

En otra ocasión se aplicó en el caso de una servidumbre voluntaria por sentencia de la C.A. de 12 de mayo de 2005.¹³⁴

Se ha fallado también que el cambio de autoridad no faculta al actual titular para actuar contra los actos propios en el ejercicio de su cargo.¹³⁵

La Corte Suprema lo invocó contra un deudor que pidió la nulidad de todo lo obrado, dejando así sin efecto la aceleración judicial incluida en los actos procesales anulados, considerando que al oponerla no actuaba de buena fe.¹³⁶

Finalmente, la C.S., en fallo de 5 de octubre de 2006, estableció la doctrina de la institución.¹³⁷

Sección Séptima *Efectos Relativos y Oponibilidad del Contrato*

117. Enunciación. Hablar de los efectos relativos del contrato, es tanto como decir el contrato y los terceros, entendiendo por tales a quienes no han intervenido en su celebración.

¹³⁴ G.J. N° 301, pág. 171.

¹³⁵ C.S. 4 de julio de 2005, G.J. N° 301, pág. 96.

¹³⁶ G.J. N° 291, pág. 116.

¹³⁷ L. & S. N° 27, pág. 21. Un análisis de la jurisprudencia en la materia en L. & S. N° 14, pág. 3. El principio de los actos propios (*venire contra proprium factum nulli conceditur*). En efecto, como se ha dicho por esta Corte, tal doctrina se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el artículo 1546 del C.C.

Esta actitud se ha consolidado en los últimos fallos de la C.S., de 13 de mayo de 2008, Rol N° 5958; 5 de octubre de 2005, Rol N° 1696 y 7 de mayo de 2008, Rol N° 1891.

Además han insistido en que su fundamento es el Art. 1546, el 24 de febrero de 2009, Rol N° 384; 16 de abril de 2009, Rol N° 1571, y 26 de octubre de 2006, Rol N° 771.

Son requisitos de procedencia de esta teoría:

- a. Una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio;
- b. Una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior, y
- c. Que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica.

Un análisis de la jurisprudencia en la materia en L. & S. N° 14, pág. 3.

Una sentencia de la C.S. de 4 de abril de 2011, aplicando el principio del acto propio, declaró que en una promesa de compraventa, no se puede invocar el propio incumplimiento para mantener pendiente su obligación.

Es ésta una materia de las complejas, si las hay, por la dificultad en la formulación de reglas generales abarcadoras de todas las situaciones posibles, y porque suele confundirse el efecto relativo del contrato con la oponibilidad de sus efectos a terceros, como se verá a continuación.

Para su desarrollo hemos optado por dividirlo en los siguientes párrafos:

Uno primero, destinado a los conceptos, y a señalar los alcances de la relatividad.

En sucesivos párrafos analizaremos las instituciones que se relacionan con la materia y cuyo estudio aprovechamos de efectuar: contrato o estipulación a favor de otro, promesa del hecho ajeno, simulación y contraescrituras.

Un quinto párrafo será dedicado a la oponibilidad del contrato, y la contrapartida, la inoponibilidad del mismo, y en el último, efectuaremos una síntesis a modo de conclusión.

Párrafo 1º

El efecto relativo del contrato

118. Concepto. El Art. 1165 del Código francés señaló expresamente que las convenciones no surten efectos sino entre las partes contratantes. No hay declaración exactamente igual en nuestro Código, pero el Art. 1545 lo señala de paso al decir que el contrato es una ley "para los contratantes". Por lo demás, es éste un principio básico y fundamental del derecho y constituye un axioma jurídico indiscutible: *res inter alio acta, aliis neque nacere, neque prodesse potest* (que podríamos verter: las cosas hechas por unos, no perjudican ni aprovechan a los demás). Así se ha fallado reiteradamente.

No es tampoco un principio limitado a los contratos, ni siquiera a las convenciones, sino a todos los actos jurídicos, y aun a ciertos actos de autoridad como son las sentencias (Art. 3º): el efecto de cosa juzgada se refiere únicamente a las partes que han intervenido en el pleito. Sólo la ley y otros actos de autoridad expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico: decreto, reglamento, etc., pueden ser de efectos generales.

El efecto relativo del contrato consiste, pues, en que él afecta únicamente a las partes contratantes y no a aquellos que no han intervenido en su celebración.

119. Efectos del contrato y existencia de tales efectos. Conviene precisar exactamente qué significa que el contrato produzca efectos relativos.

Quiere ello decir que los efectos del contrato, esto es, los derechos y obligaciones emanados de él sólo pertenecen a las partes; únicamente ellas adquieren la calidad de acreedor y deudor, y en consecuencia pueden exigir el cumplimiento y están obligadas a él, respectivamente.

En tal sentido el contrato produce efectos relativos, pero es muy distinta la situación en cuanto a la existencia misma del contrato y de sus efectos, esto es, de los derechos y obligaciones generados por él. El contrato crea un status jurídico, la mayor parte de las veces de carácter económico, con un desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro. Este estado jurídico no puede ser, por regla general, desconocido por los terceros ajenos a él; éstos no pueden negar la existencia del contrato ni sus efectos, y en tal sentido les afectan (Nº 159).

Planiol y Ripert efectúan un distingo entre efectos relativos y absolutos del contrato. Este es, por regla general, de efectos relativos, según decíamos, en cuanto a otorgar la calidad de acreedor y deudor, pero produce efectos absolutos respecto a la situación jurídica creada por él.

Más o menos lo mismo se expresa por otros autores, efectuando la distinción entre el vínculo jurídico creado por el contrato y su oponibilidad. El contrato, como todas las demás obligaciones y créditos, no vincula sino a las partes, ya que generalmente los terceros ni pueden exigir el cumplimiento ni están obligados a hacerlo; es lo mismo que expresan Planiol y Ripert: el contrato no otorga la calidad de acreedor y deudor sino a las partes. Pero frente a los terceros, el contrato es oponible, por regla general, al igual que los derechos reales: nadie puede desconocer la existencia del crédito y obligación a que dan lugar, lo que es más o menos lo mismo que decir que en este sentido el contrato produce efectos absolutos.

120. Partes y terceros. Si en cuanto al otorgamiento de los derechos y obligaciones que genera el contrato, sólo afecta, por regla general, a las partes y no a los terceros, interesa precisar quiénes invisten en él una y otra categoría.

Son partes en un contrato quienes han concurrido a su celebración, personalmente o por intermedio de un representante legal o convencional. Todas

las demás personas son terceros, definición negativa inevitable, pues no hay otra forma de involucrarlos.

Sin embargo, la situación no es igual para todos los terceros, y para precisarlos es necesario distinguir los siguientes casos:

- 1º. Del sucesor o causahabiente a título universal;
- 2º. Del causahabiente a título singular;
- 3º. Del contrato colectivo;
- 4º. De los acreedores de las partes;
- 5º. De los terceros a cuyo favor se establece un derecho en el contrato (estipulación a favor de otro);
- 6º. De los terceros por cuya cuenta se promete una obligación (promesa del hecho ajeno);
- 7º. Del tercero sobre cuyo patrimonio se ha celebrado un contrato, y
- 8º. Del tercero en cuyo perjuicio se ha celebrado un contrato.

En los números siguientes analizaremos todas estas situaciones, aun cuando, como queda dicho, algunas de ellas las dejaremos para los párrafos siguientes; de todos modos, con las debidas referencias quedará el cuadro completo de los casos en que el tercero se ve afectado o tiene interés en un contrato ajeno.

Estos terceros reciben el nombre de relativos, por oposición a los absolutos, a quienes en nada afecta el contrato ni sus estipulaciones.

121. I. Sucesores o causahabientes a título universal. El contrato afecta en todos sentidos a los herederos del causante, quienes, en nuestro derecho, son sus únicos sucesores o causahabientes a título universal.

En nuestro Código no puede decirse que los herederos sean terceros extraños al contrato, pues está inspirado en la doctrina clásica de que ellos son los continuadores de la persona del difunto. Como lo cree el Código francés, el que contrata para sí, contrata también para sus herederos (Art. 1122). Sin utilizar las mismas expresiones, dispone igual nuestro Art. 1097: los asigna-

tarios a título universal (herederos) "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles".

Como lo destaca el precepto, el principio tiene una excepción: si bien, por regla general, a los herederos se transmite la calidad de acreedor o deudor que tenía el causante en cualquier relación obligacional, el contrato no se traspaasa a los asignatarios a título universal si los derechos y obligaciones emanados de él son intransmisibles (Nº 1126), lo que ocurre generalmente en los contratos *intuito personae*, verbigracia, mandato que, normalmente, se extingue por la muerte de cualquiera de las partes.

122. II. Sucesores o causahabientes a título singular. Son sucesores o causahabientes a título singular de una persona, aquellos que hayan adquirido de ésta un bien o una relación jurídica determinados, como por ejemplo, el legatario que sucede al causante en el bien legado, o donatario respecto al objeto donado, el comprador en cuanto a la cosa comprada, etc.

Se presenta sí aquí el problema de precisar si a estos terceros afectan los contratos celebrados por su causante, pues es difícil resumir en reglas generales las múltiples situaciones que pueden darse. Creemos que son bastante exactas en todo caso las siguientes cuatro reglas:

1º. El causahabiente a título singular no se ve nunca afectado por los actos ejecutados y los contratos celebrados por el causante respecto de otros bienes de su patrimonio; sólo puede ser eventualmente alcanzado por los celebrados en relación al bien o relación jurídica determinados de que se trata;

2º. En cuanto a éstos, la regla general es igualmente que no afectan al sucesor a título singular;

3º. Sin embargo, le empecerán en los casos en que la ley expresamente lo determine así, según diremos en el número siguiente, y

4º. A falta de ley que resuelva positiva o negativamente el punto, aparece en toda su intensidad la ya señalada dificultad para establecer reglas generales. Hay quienes pretenden fijarla diciendo que el tercero se beneficia de los derechos adquiridos por el causante sobre la cosa; otros expresan más o menos lo mismo, aseverando que en todo cuanto lo beneficie, el tercero adquirente a título singular tiene facultad para apropiarse de los contratos

del causante sobre la cosa, y viceversa, no le afectan en la parte en que lo perjudiquen. También se ha formulado esta regla general sosteniendo que el causahabiente a título singular se ve afectado por los contratos del causante que dicen relación con el fin económico a que normalmente está destinada la cosa y atendiendo al cual es indispensable que este tercero adquiera la calidad de acreedor o deudor.

El problema ha de resolverse en cada caso particular de acuerdo a uno de los criterios señalados.

En los números siguientes citaremos por vía ejemplar algunas situaciones previstas por la ley, y señalaremos el vacío grave de nuestra legislación en materia de traspaso de universalidades de hecho.

123. A. Contratos que por disposición de ley afectan al sucesor a título singular.

Como dejamos establecido, citaremos algunos ejemplos de disposición legal que hacen cargar al sucesor a título singular con contratos de su causante, para permitir establecer el criterio que se sigue en la materia:

1º. Arrendamientos.

Si se transfiere una cosa que se encuentra arrendada a un tercero, hay casos en que el adquirente debe respetar los arriendos celebrados por el anterior propietario; ello ocurre, dicho en términos muy generales, cuando el arrendamiento constaba por escritura pública (Art. 1962). El sucesor a título singular se ve afectado por los contratos de su causante, pues pasa a ser acreedor de la renta de arrendamiento y demás obligaciones del arrendatario y deudor de la obligación de mantener a éste en el goce pacífico de la cosa arrendada, y demás deberes del arrendador.

Igualmente, según el Art. 792, el usufructuario está obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de la constitución del usufructo.

También, según veremos en el N° 500, producida la resolución, verbigracia, de una compraventa por no pago del precio, queda sin efecto el contrato y la cosa vendida vuelve a poder del vendedor, quien, sin embargo, está obligado a respetar los actos de administración efectuados por el comprador, y entre ellos los arriendos por éste celebrados.

Finalmente, la legislación impone también obligaciones al adquirente de inmuebles de respetar los arriendos existentes en ellos, cuando menos por ciertos plazos bastante extensos (véase número 1254).

En cambio, si, por ejemplo, se compra un inmueble y el vendedor adeuda a un contratista alguna suma por reparaciones en él efectuadas, esta deuda no afectará al adquirente, quien no pasa a ser deudor del contratista.

2º. Seguros.

De acuerdo a los Arts. 530 y 531 del C.Co., por regla general el adquirente a título universal o singular de la cosa asegurada, se beneficia de los seguros contratados a favor de ella, y, en consecuencia, pasa a ser deudor de la obligación de pagar la prima y acreedor de la indemnización, si hubiera lugar a ella.

Estos preceptos fueron reemplazados por la Ley N° 20.667 de 9 de mayo de 2013, por los Arts. 559 y 560 actuales del mencionado Código.

Dichos Arts. 559 y 560 disponen, respectivamente:

Art. 559:

“Transmisión del seguro. Transmitida la propiedad de la cosa asegurada por título universal o singular, el seguro correrá en provecho del causahabiente desde el momento en que los riesgos le correspondan, a menos que el seguro hubiere sido consentido por el asegurador en consideración a la persona del causante. Terminado el seguro por esta causa, se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 520”.

Art. 560:

“Transferencia del seguro. Si el objeto del seguro o el interés asegurable fueren transferidos, cesará el seguro de pleno derecho al expirar el término de quince días, contado desde la transferencia, a menos que el asegurador acepte que éste continúe por cuenta del adquirente o que la póliza sea a la orden.

“Sin embargo, si el asegurado conservare algún interés en el objeto del seguro, éste continuará a su favor hasta concurrencia de su interés”.

124. B. Traspaso de universalidades. Nuestra legislación, muy influenciada por la teoría del patrimonio atributo de la personalidad (N° 3), reconoce únicamente esta universalidad jurídica, intransferible por acto entre vivos y que

sólo puede ser adquirida a título universal por herencia. En tal evento la regla general es que el asignatario a título universal pase a ocupar el lugar jurídico del causante y se le transmitan todos sus derechos y obligaciones. A su vez, el heredero puede ceder su derecho de herencia y en tal caso traspasa también una universalidad jurídica, formada por toda la herencia o una cuota de ella. Nada de extraño tiene entonces que pasen al cesionario todas las relaciones jurídicas comprendidas en la sucesión, pues reemplaza jurídicamente al heredero cedente (Nº 1167).

Nada semejante ocurre, en cambio, con las llamadas universalidades de hecho, dando lugar a serios problemas en la enajenación de establecimientos comerciales, industriales, mineros, etc. Para esta enajenación no existe en nuestro Derecho una reglamentación específica, y, en consecuencia, cada uno de los elementos comprendidos en ella siguen desempeñando su mismo rol jurídico, y su transferencia, sujeta a las reglas que le son propias; los créditos deberán traspasarse al adquirente por la vía de la cesión de derechos, y las obligaciones, por los medios imperfectos que establece la legislación.

La tendencia actual en éstas, en cambio, es darle el tratamiento que merecen a los traspasos de universalidades, según volveremos a insistir en la parte destinada a las modificaciones subjetivas de créditos y obligaciones (Nº 1246).¹³⁸

¹³⁸ Hemos querido llamar la atención sobre este punto, pues en la legislación universal se encuentra en pleno desarrollo la teoría de la Empresa, como un ente jurídico distinto de la persona natural o jurídica que es su propietaria, y en que debe encontrar su solución lógica el problema esbozado.

El Derecho de la Empresa invade todo el sistema jurídico, como lo ha hecho con la Economía, por su enorme desarrollo alcanzado en el siglo XX y su tremenda significación en la vida de los pueblos. Puede apreciarse cómo entre nosotros en las diversas leyes de intervención económica dictadas en los últimos años, el legislador corrientemente refiere a la "Empresa", sin que exista un concepto unitario de la misma.

En el Código alemán y legislaciones por él inspiradas hay esbozos de solución al problema, y el Código italiano de 1942 lo afronta directamente, en especial en el Título II del Libro V, pero sin que pueda decirse que ni en la doctrina ni legislación comparada exista una teoría plenamente elaborada al respecto. (Véase Sergio FUENZALIDA PUELMA, "Concepto jurídico de la Empresa y su relación con otras figuras del Derecho", publicado en la *RDJ*, tomo 64, Primera Parte, pág. 39, y MESSINEO, ob. cit., T. II, págs. 195 y sigtes. Un fallo interesante al respecto que aplica en nuestra legislación la teoría de la Empresa, en *RDJ*, T. 66, sec. 3ª, pág. 22).

De ahí que en nuestro país, como en la mayoría, jurídicamente se confunden la Empresa y la persona natural o jurídica que es su propietaria; si es de una sociedad, por la personalidad jurídica

125. III. El contrato colectivo. Referencia. El contrato colectivo (Nº 80) es una marcada excepción al efecto relativo del contrato, pues otorga derechos y establece obligaciones para quienes no concurrieron con su voluntad a su otorgamiento siempre, naturalmente, que se hayan reunido las mayorías o representación exigidas por la ley.

126. IV. Los acreedores de las partes. Los acreedores de los contratantes se ven indudablemente afectados por las convenciones efectuadas por ellos: los acreedores del deudor, porque deberán soportar la concurrencia del nuevo acreedor en los bienes del obligado, en virtud del derecho de garantía general que todos ellos tienen; incluso éste puede imponerse a los restantes en virtud de una preferencia legal (Nº 1056).

Interesan, igualmente, a los acreedores del acreedor los créditos que éste adquiera, pues a ellos pasa a extenderse su derecho de garantía general.

No por ello los acreedores del deudor o del acreedor del contrato celebrado, pasan a tener dichas calidades respecto de éste; es éste típicamente un problema de oponibilidad del contrato (Nº 148).

Veremos también en su oportunidad que los acreedores del deudor pueden impugnar los actos y contratos celebrados por éste en fraude de sus derechos mediante el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria (Nº 845).

de ésta que le otorga patrimonio propio, es posible hasta cierto punto el traspaso de la Empresa sin que ella pierda su identidad mediante el subterfugio del reemplazo de socios por el simple traspaso de acciones si es anónima, y por sucesivas modificaciones cuando es de personas. Pero si la sociedad es dueña de Empresas, vuelve a resurgir la dificultad.

Es ésta una de las reformas que más se hace sentir en nuestro Derecho.

En parte esta necesidad ha sido llenada en el D.F.L. Nº 1, de 7 de enero de 1994, publicado en el Diario Oficial de 24 del mismo mes y año, y que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo (antes D.L. Nº 2.200, de 1978). Dice el inc. final del Art. 3º: "Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotado de una individualidad legal determinada".

Como consecuencia de lo anterior, el inc. 2º del Art. 4º dispone que "las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos del trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores". Por tratarse de un traspaso de Empresa la relación laboral también pasa a los nuevos propietarios.

Y, a la inversa, en algunas legislaciones —y se discute si en la nuestra— los acreedores del acreedor pueden ejercer en lugar de éste las acciones y derechos suyos, cuando hay negligencia de su parte en invocarlos. Es la llamada acción oblicua o subrogatoria (Nº 829).

127. V. Terceros a cuyo favor se establece un derecho en un contrato. Referencia. Esta situación se presenta en la estipulación a favor de otro, que analizaremos en el párrafo que a éste sigue.

128. VI. Terceros por cuya cuenta se promete una obligación. Referencia. Nos referimos en este caso a la promesa de hecho ajeno, que trataremos en el párrafo 3º de esta sección.

129. VII. Terceros sobre cuyo patrimonio se ha celebrado un contrato. Referencia. Un tercero puede estar involucrado en un contrato si las partes han convenido respecto de un bien de su dominio.

Ya hemos dicho que en nuestra legislación el contrato sobre cosa ajena es válido, y así pueden venderse, arrendarse, darse en comodato, donarse, legarse, etc., los objetos de otro. Lo que ocurre sí, es que tales actos no afectarán al verdadero dueño, le son inoponibles, y por ello volveremos sobre el punto al tratar esta institución (Nº 165).

130. VIII. Terceros perjudicados por el contrato celebrado. Hay muchos casos en que el contrato perjudicará a terceros, como señalábamos en el Nº 126 respecto de los acreedores del nuevo deudor. Pero ello no empece a la legitimidad de tales actos mientras no medie fraude, o sea, intención de perjudicarlos.

Este daño también se presenta en ciertos casos de contratos simulados, y en tal caso el tercero tendrá derecho a impugnarlos por la acción de simulación, según veremos en el Párrafo 4º de esta Sección.

Párrafo 2º

La estipulación en favor de otro

131. Concepto. La estipulación en favor de otro, o contrato a favor de terceros, está establecida en el Art. 1449 del Código. Dice el precepto “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para

representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”.

Con estos elementos podemos definir la institución diciendo que consiste en que un contrato celebrado entre dos partes que reciben el nombre de estipulante y promitente haga nacer un derecho a favor de un tercero ajeno a él, llamado beneficiario.

De acuerdo a estas definiciones, el contrato interesa a tres categorías de personas diferentes:

- 1º. El estipulante, que es quien contrata a favor del tercero;
- 2º. El promitente, quien se compromete a favor del tercero en la calidad de deudor de éste, y
- 3º. El beneficiario, que es el acreedor de la estipulación efectuada en su favor.

132. Aplicación: los casos más frecuentes. Como pudo apreciarse con la sola lectura del Art. 1449, la estipulación a favor de otro es una institución de amplia aceptación en nuestra legislación, lo cual fue una anticipación de nuestro Código a su época, pues la misma es la tendencia actual del Derecho Comparado.

En cambio, en el Derecho Romano y en el francés se la aceptaba con muchas limitaciones; en general, únicamente en dos situaciones: si es una cláusula en un contrato que también interesa al estipulante, y cuando va acompañada de una donación con carga. Pero dada la gran utilidad de ella, la jurisprudencia francesa, con su habitual despreocupación por el texto de la ley, ha soslayado las limitaciones y permite una aplicación muy liberal de la estipulación a favor de otro.

Pero si bien ésta puede tener lugar en cualquier clase de contratos, los casos más notorios son los siguientes:

- 1º. *El contrato de seguro.*

Por ejemplo, el marido contrata una póliza de seguro de vida a favor de su cónyuge; es típica estipulación a favor de otro, pues el contrato lo celebran

el marido y la compañía de seguros, y el beneficio es para un tercero ajeno al contrato, la mujer.

2º. *Donación con carga.*

Por ejemplo, una persona dona a otra una suma de dinero, y le impone la obligación de comprarle un vehículo a un tercero; el contrato de donación es entre donante y donatario, pero él origina un beneficio a otra persona.

3º. *Contrato de transporte.*

Y así, si envío una encomienda a otra persona, el contrato lo celebro yo con la empresa de transportes, y el derecho lo adquiere el consignatario de la encomienda, ajeno a la convención.

Sin embargo, puede servir muchos objetivos distintos, pues inclusive por su intermedio es posible efectuar traspaso de deudas, como lo veremos en su oportunidad (Nºs. 1235 y 1242).

Una sentencia de nuestros tribunales le ha impuesto sí la limitación de que debe versar sobre contratos patrimoniales.¹³⁹

133. La estipulación a favor de otro constituye excepción al efecto relativo del contrato. La institución que comentamos —y por ello la tratamos en esta Sección— constituye una marcada excepción al principio de que el contrato, por regla general, sólo otorga derechos y obligaciones a las partes contratantes.

Aquí, el contrato se celebra entre estipulante y promitente, pero el derecho, o sea, la calidad de acreedor, nace a favor del beneficiario, ajeno al contrato. Y si bien, según veremos, éste debe aceptar la estipulación, su derecho no nace con su aceptación, sino con aquélla (Nº 143).

134. En la estipulación a favor de otro no hay representación. Cuando en un contrato actúa un representante legal o convencional, no hay estipulación a favor de otro porque su efecto no se produce para un tercero extraño al

¹³⁹ RDJ, T. 45, sec. 1ª, pág. 258. Un caso en el Derecho del Trabajo respecto de los trabajadores en fallo de la Corte Suprema de 4 de enero de 1989: RDJ, T. 8, sec. 3ª, pág. 4.

acto: se entiende que el representado ha actuado justamente por medio de su representante.

En la estipulación a favor de otro no hay representación; así lo señala expresamente el Art. 1449: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla". Además, el precepto sigue justamente al 1448, que trata de la representación. Así también se ha resuelto.¹⁴⁰

Esto tiene importancia porque la institución puede fácilmente confundirse con otras, y este elemento de la ausencia de representación permite la distinción (Nº 145).

135. Requisitos de la estipulación a favor de otro. Para estudiar los requisitos de la institución, es preciso examinarlos desde el punto de vista de las partes que intervienen, estipulante, promitente y beneficiario, y del acto celebrado.

136. I. Requisitos del estipulante, promitente y del acto. No existe ninguna disposición ni puede formularse regla general alguna para precisar los requisitos de la estipulación a favor de otro en cuanto al contrato y las partes que lo celebran, ya que ellos dependerán de la convención de que se trate. Y es así como si se estipula a favor de un tercero en una donación, deberán cumplirse las condiciones de ésta.

En consecuencia, lo único que podemos decir es que tanto estipulante como promitente deben tener la capacidad suficiente para celebrar el acto de que se trate. Respecto de éste, no existe en nuestra legislación un requisito general como en la francesa, en que se exige su accesoriedad a una obligación principal; por tanto sólo deberá cumplir los requisitos propios del contrato que se celebra.

137. II. Requisitos del beneficiario. El beneficiario está en una situación muy especial, porque es totalmente extraño al contrato; en su celebración no interviene su voluntad para nada.

Doctrinariamente se señala que deben concurrir, no obstante lo expresado, dos requisitos en la persona del beneficiario:

¹⁴⁰ RDJ, Ts. 24, sec. 1ª, pág. 84, y 43, sec. 2ª, pág. 65.

1º. Debe tener capacidad de goce para adquirir los derechos que se establecen en su favor.

No se le exige capacidad de ejercicio por la señalada razón de que no interviene en el contrato; la requerirá conforme a las reglas generales para la aceptación. Pero sí que debe estar en situación jurídica de adquirir el derecho establecido a su favor.

Ello tiene importancia en relación con las prohibiciones que establece la ley para ciertas personas de celebrar determinados actos y contratos que podrían eludirse a través de una estipulación a favor de otro. Ante nuestros tribunales se ventiló el siguiente caso: de acuerdo al Art. 1796 es nula la compraventa entre el padre y el hijo colocado bajo la patria potestad. Un padre vendió una propiedad a un hijo mayor de edad, por lo cual a éste no afectaba la prohibición señalada, pero este hijo mayor había comprado para sí y sus hermanos menores de edad y sujetos a la patria potestad del vendedor. Nuestro más alto tribunal declaró nulo el contrato.¹⁴¹

2º. *Debe ser persona determinada, o determinable.*

La doctrina clásica exigía que el tercer beneficiario fuese siempre persona determinada y no aceptaba que fuese una persona futura que no existía, o indeterminada. En una oportunidad, nuestra Corte Suprema declaró nula la estipulación a favor de una persona indeterminada.¹⁴²

Pero la tendencia actual en la propia legislación, en especial en materia de seguros, es a permitir que el beneficiario sea persona futura e indeterminada, con tal que pueda determinarse al momento de hacerse exigible el derecho, como ocurre, por ejemplo, en el seguro de vida a favor de los herederos que tenga el estipulante al tiempo de su fallecimiento: el seguro beneficia a todos los herederos, y no únicamente a los que existían al tiempo del contrato.

138. Efectos de la estipulación a favor de otro. Enunciación. Para establecer los efectos que produce la estipulación a favor de tercero, es preciso distinguir tres situaciones que veremos en los números siguientes:

¹⁴¹ RDJ, T. 31, sec. 1ª, pág. 43.

¹⁴² Ver nota anterior.

- 1º. Los que se producen entre los contratantes: estipulante y promitente;
- 2º. Efectos entre promitente y beneficiario, y
- 3º. Efectos entre estipulante y beneficiario.

139. Efectos entre los contratantes. Los efectos que la estipulación produce entre estipulante y promitente los podemos a su vez desglosar en tres fundamentales:

- 1º. Sólo el beneficiario puede exigir el cumplimiento;
- 2º. Los que produce la cláusula penal accesoria a la estipulación, y
- 3º. Revocación de la estipulación.

Los examinaremos en los números siguientes.

140. A. Sólo el beneficiario puede exigir lo estipulado. El contrato celebrado producirá sus efectos normales entre las partes, y así, el estipulante de un seguro deberá pagar las primas.

Pero lo excepcional de la institución es que el efecto principal de todo contrato, el derecho a exigir el cumplimiento, incluso forzado de la obligación, no cede a favor de uno de los contratantes, sino del tercero beneficiario. En ello está precisamente la anormalidad de la estipulación en utilidad de otro: sólo éste puede solicitar el cumplimiento, y no tiene facultad para hacerlo el estipulante, a menos, como lo veremos en el número siguiente, que se establezca una cláusula penal.

Se ha reconocido al beneficiario el derecho a ejercer la acción de nulidad del contrato.¹⁴³

141. B. La estipulación a favor de otro y la cláusula penal. Como decíamos, existe una forma indirecta con que el estipulante puede compeler al promitente a que cumpla su obligación: agregar a la estipulación para otro una cláusula penal que se hará efectiva si el promitente no cumple lo convenido. La cláusula penal consiste en que una de las partes se sujete a una pena, consistente en dar o hacer algo, si no cumple oportunamente su obligación (Nº 977).

¹⁴³ C.A. de Chillán de 10 de julio de 2006, L. & S. Nº 22, pág. 95.

No hay inconveniente alguno en que el promitente se sujete a una pena a favor del estipulante si no cumple oportunamente lo convenido en utilidad del beneficiario; la propia ley lo reconoce así, como se verá a continuación, y en Francia, la cláusula penal en la estipulación a favor de tercero tiene especial importancia, pues, según lo decíamos, el Código de ese país acepta esta institución en algunos casos, uno de los cuales es que el estipulante tenga algún interés en el contrato. Al mediar una cláusula penal a su favor, éste pasa a tenerlo.

Cuando estudiemos la cláusula penal, veremos que, por el carácter accesorio que ella tiene, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal (Art. 1536), pero la que afecte a ésta no trae consigo la de la obligación principal. El precepto citado en sus dos siguientes incisos señala dos casos de excepción aparente al principio señalado: el segundo se refiere a la cláusula penal en la promesa de hecho ajeno (Nº 150), y el tercero, en la estipulación para otro.¹⁴⁴

En síntesis, esta disposición establece que valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto, si la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplirse lo prometido. Lo excepcional del caso es que el estipulante no está facultado para exigir el cumplimiento de la obligación principal, pero por no haberse pagado ésta al beneficiario, nace su derecho a cobrar la pena. El estipulante que normalmente no tiene derecho alguno, pasa a tenerlo en el evento de incumplimiento. Pero no es que haya nulidad de la obligación principal, porque ella es válida, pero no exigible por el titular de la pena.

El precepto tendría mayor trascendencia en el Código francés, donde curiosamente no está expresamente establecido, porque en dicho Código la estipulación es nula si el estipulante carece de interés en ella, y la pena se lo otorga; en él sí que la estipulación a favor de tercero es una excepción al principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, porque, a la inversa, es ésta la que está validando la obligación principal. Pothier lo decía expresamente, y nuestra legislación se dejó guiar por él, sin recordar la distinta concepción de la institución en el Código chileno.

¹⁴⁴ Véanse Sergio GATICA PACHECO, ob. cit., N°s. 271 y 272, págs. 353 y 357, y los autores citados por él.

Por la misma razón se ha llegado a sostener que en el caso no hay cláusula penal propiamente porque ella es accesoria a una obligación principal que en este caso no existe: el estipulante no tiene derecho contra el promitente, sino en el incumplimiento, o sea, sería una obligación principal, pero condicional, sujeta a la condición suspensiva del incumplimiento. La verdad es que la cláusula penal es siempre condicional (Nº 910, 2º), únicamente que aquí lo es en relación a un derecho creado por su titular a favor de un tercero.

142. C. Revocación de la estipulación. De acuerdo al ya citado Art. 1449 en estudio: “mientras no intervenga la aceptación expresa o tácita del tercero beneficiario es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”.

Aunque a primera vista este derecho de los contratantes pudiera parecer extraño, en realidad no es sino una aplicación de los principios generales; al tratar de la extinción de los contratos, veremos que la misma voluntad que los generó puede ponerles término, de acuerdo al aforismo de que en derecho las cosas se deshacen como se hacen. En consecuencia, si estipulante y promitente establecieron el contrato a favor de tercero, los mismos pueden dejarlo sin efecto, mientras no haya mediado la aceptación del tercero beneficiario.¹⁴⁵ En todo caso, la revocación debe ser unánime de los contratantes, y no unilateral por alguno de ellos.¹⁴⁶

Se trata de un derecho absoluto y, en consecuencia, no cabe aplicar en su ejercicio la doctrina del abuso del derecho (Nº 241); las partes pueden revocar la estipulación sin expresar causa y nada puede reclamar el tercero beneficiario a menos que haya mediado su aceptación.

143. II. Efectos de la estipulación entre promitente y beneficiario. Estos efectos se producen en virtud de la aceptación del beneficiario, pero debe tenerse presente lo ya dicho: no es esta aceptación la que hace nacer su derecho, no es ella la que le otorga la calidad de acreedor. El derecho del beneficiario existe desde la celebración del contrato y la aceptación no tiene otro objeto que poner término a la facultad de estipulante y promitente de dejar sin efecto la estipulación en la forma vista en el número anterior, y se

¹⁴⁵ Véase *RDJ*, T. 33, sección 2ª, pág. 11 y *FM*. Nº 551 del año 2009, pág. 111.

¹⁴⁶ Sentencia publicada en la *G.T.* de 1918, 2º sem, Nº 313, pág. 969.

funda, además, en el principio de que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad. De ahí que si el beneficiario fallece antes de dar su aceptación, sus herederos podrán hacerlo; y así se ha resuelto.¹⁴⁷

De acuerdo a la regla general, la aceptación puede ser expresa o tácita, como lo destaca el Art. 1449, y su inciso 2º determina cuándo existe esta última: "constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".¹⁴⁸

La jurisprudencia ha establecido sí una limitación a este principio: si se ha adquirido un bien raíz para un tercero, la aceptación debe otorgarse por escritura pública.¹⁴⁹

Con la aceptación, el beneficiario queda en situación de exigir cuando corresponda el cumplimiento, de acuerdo a las reglas generales de éste.

144. III. Efectos entre estipulante y tercero beneficiario. En principio no se produce relación jurídica alguna entre estipulante y tercero beneficiario, puesto que el derecho nace directamente para éste; el derecho no existe en momento alguno en el patrimonio del estipulante y, en consecuencia, no está sujeto a la garantía general de sus acreedores, sin perjuicio del derecho de éstos a impugnar la estipulación en caso de fraude, por la vía de la acción pauliana (Nº 845).

145. Naturaleza jurídica de la estipulación a favor de otro. Se han elaborado numerosas teorías en el afán de explicar esta institución, pero la verdad es que ninguna resulta totalmente satisfactoria. Las principales son la doctrina de la oferta, de la agencia oficiosa, de la declaración unilateral de voluntad y de la creación directa a favor del beneficiario, que examinaremos someramente.

¹⁴⁷ G.T. de 1922, 2º sem., Nº 255, pág. 1088 y de 1938, 2º sem., Nº 106, pág. 486. Por la razón apuntada, se ha resuelto que en el seguro de vida el derecho no se adquiere por el fallecimiento del asegurado, sino directamente por el contrato, y, en consecuencia, no está afecto a impuesto de herencia: *RDJ*, T. 26, sec. 2ª, pág. 38.

¹⁴⁸ Hay aceptación tácita en la circunstancia de pagar al estipulante una comisión por la negociación llevada a cabo: *RDJ*, Ts. 6, sec. 1ª, pág. 28, y 26, sec. 1ª, pág. 8.

¹⁴⁹ G.T. de 1914, 2º sem., Nº 378, pág. 1052.

1º. *Teoría de la oferta.*

Fue la predominante en el siglo pasado; se decía que en virtud del contrato los efectos de éste se radicarían en la forma normal en el patrimonio del estipulante, quien luego efectuaría una oferta de su derecho al tercero beneficiario; la aceptación de éste daría lugar a la formación de una segunda convención.

Esta doctrina fue rápidamente abandonada porque no corresponde a la naturaleza de la institución y es sumamente peligrosa para el tercero beneficiario. En efecto, si el derecho se radicara primero en el patrimonio del estipulante, los acreedores de éste, haciendo valer su derecho de garantía general, podrían embargarlo mientras no mellara la aceptación del beneficiario. Hemos señalado, en cambio, en el N° 143, que este peligro no existe precisamente porque el derecho nace directamente a favor del tercero. Además, la oferta de un contrato caduca entre otras causales por la muerte del oferente (N° 45), y en consecuencia, si el estipulante falleciera antes de la aceptación del beneficiario, la oferta efectuada a éste caducaría y ya no podría adquirir su derecho. Ello no ocurre, por ejemplo, en el seguro de vida en que el derecho del tercero se hace efectivo precisamente al fallecimiento del estipulante.

2º. *Teoría de la gestión de negocios.*

Aparecida en el siglo XIX, ha tenido su principal propugnador en el tratadista francés Planiol. Para éste, el estipulante no sería sino un agente oficioso, un gestor de negocios ajenos que actúa sin mandato; la aceptación del tercero equivale a la ratificación en la gestión de negocios ajenos.

La verdad es que ambas instituciones son muy semejantes; este cuasicontrato consiste precisamente en administrar un negocio sin mandato de su dueño. En realidad, fuera de los casos típicos de una y otra institución, pueden presentarse múltiples situaciones en que resulte difícil para el intérprete determinar si se trata de estipulación para tercero o gestión de un negocio de éste, y tiene importancia precisarlo porque producen distintos efectos.

Desde luego, como lo señala el propio Art. 2286, el dueño del negocio gestionado puede quedar obligado respecto al gestor, mientras que el tercero beneficiario no adquiere obligaciones, sino derechos; en seguida, el propio gestor está obligado a terminar su gestión, mientras que el estipulante, con el consentimiento del promitente, puede, incluso, revocar el acto.

Aun en el plano doctrinario, hay diferencias entre ellas, puesto que siempre la gestión lleva implícita la idea de representación, de actuación por cuenta de un tercero y si éste ratifica lo obrado por el gestor oficioso, ha habido lisa y llanamente un mandato: la estipulación a favor de otro es ajena a toda idea de representación (Nº 134): el estipulante actúa a su propio nombre.

Por otro lado, si la estipulación a favor de otro no fuere sino una agencia oficiosa, no se justificaría que el legislador reglamentara independientemente ambas instituciones, y habría bastado establecer una sola de ellas. Al no hacerlo así, el Código revela que en su concepto son actos distintos.

En todo caso esta doctrina elimina todos los inconvenientes de la teoría de la oferta.

3º. *Teoría de la declaración unilateral de voluntad.*

La ha sostenido principalmente el tratadista francés Capitant, diciendo que el promitente se obliga para con el tercero beneficiario por su propia voluntad, por una declaración unilateral de ella. Pero esto no es efectivo, por cuanto se ha obligado por un contrato con el estipulante.

4º. *Teoría de la creación directa en favor del beneficiario.*

Para esta doctrina, el derecho nacido de la estipulación se radica directamente en el patrimonio del beneficiario, y de ahí que se la llame de creación directa del derecho en favor de éste.

Ha tenido el mérito de remarcar este efecto tan particular de la institución, pero no lo explica, y por ello algunas opiniones la complementan con la anterior; sin embargo, se olvida la intervención determinante del estipulante y que éste, con acuerdo del promitente, puede revocar el contrato.

Se ha sostenido que esta doctrina es la aceptada en nuestra legislación, argumentando con lo dispuesto entonces en el Art. 12 del D.F.L. Nº 251, del año 1931, sobre Compañías de Seguros: "el monto de las indemnizaciones de los seguros sobre la vida cede exclusivamente en favor del o los beneficiarios",¹⁵⁰ pero ya hemos dicho que se trata de un efecto común y esencial de toda estipulación a favor de terceros.

¹⁵⁰ Antes correspondía al inciso 2º del Art. 8º del mismo D.F.L. con la siguiente redacción: "el valor de las pólizas de seguro de vida cede exclusivamente en favor del beneficiario". La modificación

La conclusión es que no hay explicación totalmente satisfactoria de la institución y ello es natural, porque la estipulación en beneficio de otro es una excepción a las reglas generales, a los efectos relativos del contrato y será difícil encuadrarla plenamente en otra institución.

En fallo de la C.S. de 26 de abril de 2007, se efectúa un paralelo entre la estipulación a favor de otro, y el contrato de donación.¹⁵¹

Párrafo 3º
La promesa de hecho ajeno

146. Concepto. A esta institución se refiere el Art. 1450 en los siguientes términos: “siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”.

De esta disposición se desprende claramente que la promesa del hecho ajeno no altera en absoluto las reglas generales de los contratos; no es una excepción al efecto relativo de éstos, como ocurre con la estipulación a favor de otro, porque en ésta el tercero beneficiario ajeno al contrato adquiere un derecho. En la promesa del hecho ajeno, en cambio, el tercero no contrae obligación alguna, y así lo destaca el precepto transcrito. Es lógico que así sea, ya que el tercero no tiene por qué quedar obligado por el contrato celebrado y al cual no ha incurrido con su consentimiento.

El tercero sólo se obliga, como lo señala el precepto, en virtud de ratificación; sólo entonces nace su obligación, y ella deriva de su propia voluntad.

Por la promesa de hecho ajeno sólo contrae obligación el que se comprometió a que el tercero haría, no haría o daría una cosa, y su obligación es de hacer que el tercero ratifique, esto es, consienta en una obligación que se ha prometido por él.

corresponde a la Ley N° 18.660, de 20 de octubre de 1987. Además la Ley N° 20.552 de 17 de diciembre de 2011, modificó el precepto citado.

¹⁵¹ L. & S. N° 39, pág. 27.

En consecuencia, esta institución no es sino una modalidad especial de la prestación en la obligación de hacer, en que el objeto de ella es que el tercero acepte.

Como en la estipulación a favor de otro intervienen tres personas: el promitente, quien contrae la obligación de hacer señalada; el prometido o acreedor, y el tercero que será el obligado una vez que ratifique. Y también al igual que en el contrato para tercero, es requisito indispensable para que estemos frente a una promesa de hecho ajeno que no medie representación, pues en tal caso hay lisa y llanamente obligación para el representado que no ha sido ajeno al contrato. Así lo señala el Art. 1450, al decir: "de quien no es legítimo representante", y se ha fallado por los tribunales.¹⁵²

147. Aplicación. La promesa de hecho ajeno es de aplicación general; no hay limitaciones al respecto, pero puede tener interés especial en múltiples situaciones, de las cuales citaremos algunas por vía ejemplar y a fin de redondear el concepto de la institución.

Un dueño de un teatro tiene gran interés en la actuación de un determinado artista, y un empresario se compromete con él a obtener que el artista actúe en su teatro; nadie podrá obligar a éste a hacerlo si no quiere, pero si se niega a dar la función, el empresario deberá indemnizar los perjuicios al dueño del teatro.

Una persona está litigando contra otras dos en un mismo pleito, y celebra con una de ellas una transacción para terminar el litigio, comprometiéndose ésta a que el colitigante ratificará la transacción. Si no ocurre así, el promitente deberá indemnizar los perjuicios a su contrincante con quien otorgó la transacción.

Un fallo de nuestros tribunales incidió en otro caso de promesa de hecho ajeno: un contrato entre dos socios en que uno se comprometió a obtener la disolución anticipada de la sociedad.¹⁵³

¹⁵² RDJ, T. 43, sec. 2ª, pág. 65.

¹⁵³ RDJ, T. 31, sec. 1ª, pág. 157.

En otro caso de contrato de promesa se había pactado la inscripción de un vehículo por un tercero en el Registro correspondiente.¹⁵⁴

148. Paralelo con otras instituciones. La promesa de hecho ajeno se asemeja a otras instituciones, y al igual que en la estipulación a favor de otro será difícil en determinadas circunstancias distinguirla.

1º. Gestión de negocios.

También en este caso se está actuando por un tercero, sin tener mandato de él, como ocurre en la gestión de negocios ajenos, y en verdad pareciera que la promesa del hecho de otro no fuere sino una forma particular de la agencia oficiosa, pero ajena a toda idea de representación.

2º. La fianza.

Promesa de hecho ajeno y fianza se aproximan porque en el fondo lo que está haciendo el promitente es garantizar con su propia responsabilidad la ratificación del tercero; por ello los franceses la llaman cláusula *porte forte*, esto es, salir garante. Pero existe una diferencia entre ellas que es fundamental: en la fianza se garantiza justamente el cumplimiento de una obligación ya existente; aquí, que existirá la obligación, o sea, que el tercero ratificará.

Sin embargo de lo cual no hay inconveniente alguno en que el promitente se comprometa no sólo a la ratificación, sino que garantice, además, el cumplimiento de la obligación, una vez que haya sido ratificada.

3º. Promesa de contrato.

Importa no confundir la promesa de hecho ajeno y el contrato de promesa a que se refiere el artículo 1554 del Código, y que ya hemos definido como la promesa de celebrar un contrato en el futuro; en ésta, los contratantes se comprometen personalmente a otorgar en el futuro un contrato claramente especificado.

Ambas clases de contratos imponen una obligación de hacer, pero en el contrato de promesa es otorgar el contrato prometido, y en la promesa del hecho

¹⁵⁴ C.S. 24 de mayo de 2005. Agregó la sentencia que la inscripción no es tradición, sino publicitaria.

ajeno, el deudor se compromete a obtener que un tercero dé una cosa, ejecute algo o se abstenga de hacerlo. Un ejemplo aclarará la idea: si me comprometo con una persona a venderle mi casa el 1º de mayo próximo, es una promesa de venta, y estoy obligado en esa fecha a otorgar la escritura de compraventa. Pero si a la misma persona le prometo que un tercero le venderá su casa en igual fecha, hay una promesa de hecho ajeno, y estoy obligado a obtener la ratificación del tercero bajo pena de indemnizar los perjuicios.

Y la diferencia resulta de capital importancia, porque en el contrato de promesa si yo no cumplo se me puede exigir incluso forzosamente el otorgamiento de la venta definitiva, mientras que en el otro caso si el tercero no ratifica, mi cocontratante no le puede exigir nada, sino únicamente tiene acción en mi contra por mi incumplimiento de no obtener su ratificación, y estaré obligado a indemnizarle los perjuicios. Así se ha resuelto.¹⁵⁵ Además, el contrato de promesa es siempre solemne y muy estricto en sus requisitos, lo que no ocurre, según veremos, en la promesa de hecho ajeno.

149. Requisitos de la promesa de hecho ajeno. También hay que separarlos en referencia al contrato entre promitente y acreedor, y a la ratificación del tercero.

No es posible tampoco sentar reglas generales, por cuanto dependerán los requisitos del contrato de la especie de que se trate. Desde luego, como se ha fallado, es consensual, por cuanto el legislador no lo somete a ninguna solemnidad en especial.¹⁵⁶

Respecto del tercero, deberá cumplir las exigencias necesarias para efectuar la ratificación; como la ley no ha definido en qué consiste ésta, se ha fallado que debe ser entendida en su sentido natural y obvio,¹⁵⁷ y la constituirán todos los actos del tercero que importen atribuirse la calidad de deudor que se le ha otorgado. La única limitación que han impuesto nuestros tribunales es que si la obligación versa sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, la ratificación debe otorgarse por escritura pública.¹⁵⁸

¹⁵⁵ RDJ, T. 54, sec. 1ª, pág. 36.

¹⁵⁶ RDJ, T. 54, sec. 1ª, pág. 36.

¹⁵⁷ Ver nota anterior.

¹⁵⁸ G.T. de 1889, T. II, N° 2.288, pág. 1538, y de 1900, T. I, N° 1.213, pág. 1183.

150. Efectos de la promesa de hecho ajeno. Hay que distinguirlos también entre las diferentes partes que intervienen, tal como lo hicimos en la estipulación a favor de otro.

Pero en realidad entre promitente y tercero no resulta ningún efecto, salvo lo que ellos hayan convenido para que este último otorgue la ratificación.

Las relaciones entre el acreedor y el tercero sólo tendrán lugar cuando éste ratifique y entonces dependerán de la clase de obligación prometida. Como lo destaca el propio Art. 1450, ella puede ser de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Otorgada la ratificación, el deudor queda ya obligado como cualquier otro, y procederá en su contra la ejecución forzada y la indemnización de perjuicios si no cumple.

Lo que nunca faltará en la promesa del hecho ajeno es la responsabilidad del promitente. Ya hemos dicho que éste contrae una obligación de hacer: obtener la ratificación. Este es el “hecho” prometido que da nombre a la institución.

Naturalmente, si el promitente fracasa en su intento, el acreedor no podrá (como por lo demás ocurre en muchas obligaciones de hacer: N° 979) obtener el cumplimiento forzado de la deuda, pues no habrá forma de obligar al tercero a ratificar. Por ello es que el Art. 1450 da acción al acreedor para obtener que el promitente le indemnice los perjuicios del incumplimiento; es su único derecho.¹⁵⁹

Sin embargo, es posible que al respecto se presente una situación dudosa: que la obligación prometida pueda cumplirse por el propio promitente u otro tercero distinto del ofrecido en el contrato. En tal caso, ¿estará el acreedor obligado a aceptar esa forma de cumplimiento? No será lo frecuente, pues generalmente se recurre a la promesa del hecho ajeno teniendo en mira alguna cualidad especial del tercero, pero creemos que no obstante la mala fe que podría existir en la actitud del acreedor, no sería posible obligarlo a aceptar otra forma de cumplimiento. Se opondría a ello el Art. 1450, que es categórico al señalar el efecto de la no ratificación, y el principio de la identidad del pago que consagra el Art. 1569 (N° 685): el acreedor no puede ser obligado

¹⁵⁹ Sentencia citada en las notas 104 y 105; *RDJ*, T. 54, sec. 1ª, pág. 36.

por las partes. Por ejemplo, en vez de darle en prenda un objeto al acreedor en garantía del crédito, se le traspasa el dominio del mismo, obligándose el acreedor a restituirlo una vez pagada la deuda.

Pueden estas figuras llevar envuelta simulación y fraude a terceros o a la ley, y en tales casos quedan expuestas a la sanción propia de estos casos.

Párrafo 5º

Oponibilidad e inoponibilidad del contrato

159. Oponibilidad del contrato. Cuando señalamos los deslindes del efecto relativo del contrato, hicimos presente una distinción que evita equívocos en cuanto a la existencia misma del contrato y sus efectos y a los derechos y obligaciones que él genera (Nº 119).

La situación jurídica nueva que crea el contrato no puede normalmente ser negada por nadie; produce efectos *erga omnes*. Salvo los casos de excepción, estamos todos obligados a reconocer la existencia del contrato y la calidad de acreedor y deudor que de él puede emanar para las partes, y los derechos y obligaciones creados por él. En tal sentido el contrato tiene eficacia aun respecto de terceros.

Estas situaciones jurídicas pueden ser de índoles variadas:

1º. Pueden generar un derecho real.

Si bien ya hemos señalado que en nuestra legislación el solo contrato no es capaz de transferir el dominio u otros derechos reales, pues requiere, además, que opere uno de los modos de adquirir, tan pronto como ha ocurrido esto último, se ha traspasado o constituido un derecho real que como tal es absoluto en cuanto puede oponerse *erga omnes*. Nadie puede discutir la adquisición de este derecho, y así, por ejemplo, vendido un inmueble arrendado, e inscrita la transferencia en el Registro Conservatorio competente, se extinguen normalmente los arrendamientos existentes en el predio, pues ha cesado el derecho de quien los otorgó (Art. 1950, Nº 3º); no podría el arrendatario desconocer este hecho alegando que se ha originado en un contrato que no le empece. Ni podría un interesado desconocer la hipótesis inscrita, afirmando que ha nacido del contrato hipotecario que no le afecta, etc.

2°. *Puede dar nacimiento a una persona jurídica.*

Así ocurre con el contrato de sociedad que da origen a una persona jurídica de acuerdo al Art. 2053, inc. 2°. Esta persona jurídica existe respecto de todo el mundo, y no podría mañana desconocérsela sosteniendo que el contrato que le dio origen no afecta a terceros, y

3°. *Finalmente, sin pretender agotar el tema, el contrato puede limitarse a conferir derechos personales y establecer obligaciones.*

Pues bien, nadie podrá negar la existencia del crédito y la deuda, la calidad de acreedor del titular del primero, y de deudor del obligado. Todas estas calidades son oponibles, por regla general, a terceros quienes no pueden desconocerlas. Y así, en la quiebra concurren todos los acreedores verificando sus créditos, esto es, haciendo valer los que tengan en contra del fallido. Los demás acreedores no podrán negarle al verificador su calidad de acreedor diciendo que el contrato que le otorgó tal calidad no les afecta, porque es oponible a ellos.

160. La inoponibilidad. Concepto.¹⁸⁹ La oponibilidad del contrato y sus efectos a terceros tiene sus peligros, por cuanto ellos pueden estar en legítima ignorancia de los actos celebrados por las partes, o las convenciones pueden ser efectuadas con el exclusivo objeto de engañarlos o perjudicarlos.

Pero la inoponibilidad va más allá de esto, por cuanto incluso hay muchos casos en que determinadas situaciones jurídicas van a verse privadas de eficacia, por nulidad, revocación, etc., y esta pérdida de vigencia puede afectar los derechos válidamente adquiridos por terceros mientras aquélla estuvo produciendo sus efectos normales y mantenía su apariencia de aplicación.

El legislador, por razones de equidad y de la buena fe del tercero, interviene en ciertas y determinadas circunstancias, negando eficacia frente a terceros al acto o contrato.

Si la oponibilidad de éste consiste en que los terceros no pueden negarle su existencia y la de sus efectos, la inoponibilidad es justamente la sanción de

¹⁸⁹ Sobre inoponibilidad véase el célebre estudio de Daniel BASTIAN "Essai d'une théorie générale de l'inoponibilité", París, 1929, y su versión en Chile por Alberto BALTRA CORTÉS "Ensayo de una teoría general de los actos inoponibles", M. de P., Santiago, Dirección de Prisiones, 1935.

ineficacia jurídica respecto de los terceros ajenos al acto o contrato, y en cuya virtud se les permite desconocer los derechos emanados de ellos.

El legislador, normalmente, como ocurre en nuestro Código, no establece una teoría general de la inoponibilidad, como lo hace con la nulidad; pero ella está establecida en numerosos preceptos, y su existencia está reconocida por todos los autores y la jurisprudencia.

La inoponibilidad es sanción o, en todo caso, contraria a los principios generales, por lo cual, no obstante su amplia aplicación, es de interpretación restrictiva. Es la ley la que priva de eficacia a un acto.

161. Inoponibilidad y nulidad. La diferencia fundamental entre inoponibilidad y nulidad, es que ésta supone un vicio en el nacimiento del acto jurídico, una falla en sus elementos constitutivos, mientras que en la primera la generación del acto o contrato es irreprochable; pero, por determinadas circunstancias, pierde su eficacia frente a terceros.

En la inoponibilidad hay que distinguir entre el acto o contrato y sus efectos, pues son éstos los comprometidos. El contrato es perfectamente válido y las partes siguen obligadas por él; son los terceros quienes quedan liberados de sufrir la inoponibilidad del contrato. En la nulidad, cuando ella ha sido declarada, desaparece el acto o contrato, tanto respecto de las partes como de terceros, salvo los casos de excepción en que ella no puede oponerse a éstos.

De esta circunstancia derivan las demás diferencias entre ambas órdenes de sanción; en la nulidad hay un interés público comprometido, y de ahí que se limite su renuncia, pueda en ciertos casos ser declarada de oficio, y se permita invocarla, cuando es absoluta, a todo el que tenga interés en ello. Como se verá en este estudio, son diversos los efectos de la inoponibilidad.

162. Clasificación de la inoponibilidad. Como ha quedado señalado, son variadas las causales que mueven al legislador a privar de eficacia ante terceros al acto o contrato, o a su revocación o nulidad.

Por ello se efectúa una primera distinción entre inoponibilidades por causa de forma y por causa de fondo. A esto hay que agregar una tercera categoría, bastante excepcional, de inoponibilidades derivadas de la pérdida de eficacia de un acto o contrato.

163. I. Inoponibilidades de forma. Al hablar de los contratos solemnes (Nº 69), mencionamos las formalidades de publicidad, esto es, de aquellas que justamente tienden a permitir a los terceros enterarse de la existencia del acto o contrato que puede afectarlos; si no se cumplen, el legislador defiende al tercero estableciendo en su favor la inoponibilidad del acto o contrato mientras no se cumplan las formalidades omitidas.

Estas inoponibilidades son numerosas; en el Libro IV del Código podemos enunciar las siguientes:

1º. Las contraescrituras.

Como vimos recién (Nº 153), el Art. 1707, inc. 2º, exige, para que las contraescrituras públicas de escrituras públicas afecten a terceros, que se tome razón de ellas al margen de la escritura original y de la copia con la cual está obrando el tercero.

2º. Prescripción adquisitiva.

La sentencia judicial que declara la prescripción adquisitiva del dominio o derechos reales sobre inmuebles “no valdrá contra terceros sin la competente inscripción” (Art. 2513).

3º. Cesión de créditos.

Al estudiarla, veremos que se perfecciona entre las partes por la entrega del título, y respecto del deudor y terceros, por la notificación o aceptación del deudor (Arts. 1901 y 1902) (Nº 1141). Mientras la notificación no se efectúe o el deudor acepte la cesión, ésta es válida entre cedente y cesionario, quien pasa a ocupar la calidad del acreedor, pero no puede oponerla ni al deudor ni a terceros, y uno de éstos, acreedor del cedente, podría válidamente embargar el crédito, ya que la cesión no le empece.

4º. Enajenación de cosas embargadas.

Según el Art. 1464, hay objeto ilícito, y por ende, nulidad absoluta, en la enajenación de las cosas embargadas, a menos que el juez o el acreedor la autoricen, pero de acuerdo al Art. 453 del C.P.C., si el embargo recae en bienes

raíces o derechos reales en ellos constituidos, no producirá efecto legal alguno respecto de terceros, sino desde la fecha en que se inscriba en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces respectivo; mientras ella no se efectúe, el embargo es inoponible a terceros, y así no podría invocarse la nulidad contra el tercero adquirente si la inscripción no se ha efectuado antes de la enajenación.

En el Derecho de Familia hay numerosos casos de inoponibilidad.

De inoponibilidad por falta de certeza respecto de terceros, podemos calificar la situación contemplada en el Art. 1703, que niega fecha cierta respecto de ellos a los documentos privados mientras no haya ocurrido alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto; y todo valor a los contraescritos privados de escrituras públicas en el caso ya citado del Art. 707, inc. 1º (Nº 153). Lo que pasa en estas disposiciones es que el legislador prevé el posible fraude de las partes en perjuicio de terceros, pero éstos no están obligados a probarlo, ni los contratantes podrán invocarlo en su contra, aun acreditando que no lo hubo.

164. II. Inoponibilidades de fondo. Por causa del fondo del acto o contrato, las inoponibilidades pueden presentarse en varias circunstancias. Las más frecuentes derivan de la falta de concurrencia, y del fraude.

165. A. Inoponibilidades por falta de concurrencia. Estas inoponibilidades se presentan cuando una persona no concurre con su consentimiento al otorgamiento de un acto o contrato que lo requería para producir sus plenos efectos.

Podemos citar dos casos muy representativos.

1º. La venta de cosa ajena.

Como decíamos en otra oportunidad, en nuestra legislación, a diferencia de lo que ocurre en otras, la venta de cosa ajena (como en general todos los actos sobre bienes ajenos) no es nula, sin perjuicio de los derechos del dueño sobre la cosa vendida, mientras no se extingan por el espacio de tiempo (Art. 1815). Y así, si A vende a B un inmueble que pertenece a C, la venta es válida y la tradición transforma al comprador en poseedor de la propiedad,

posesión que, unida a los demás requisitos legales, le permitirá adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. Pero esta venta no es oponible a C, el verdadero dueño, quien puede reivindicar el inmueble mientras su acción no se extinga por la prescripción adquisitiva a favor de B (Nº 1336).¹⁹⁰

2º. *Mandato.*

El mandatario actúa como tal mientras se mantenga en los límites del poder que ha recibido; si los excede, no hay representación, es como si actuara un tercero ajeno al mandante, y, en consecuencia, éste no queda obligado por los actos ejecutados por el mandatario excedido (Art. 2169). Y así, si A otorga mandato a B para administrar un inmueble, y éste lo enajena, la enajenación es inoponible al mandante A, pero éste puede ratificarla.¹⁹¹

Porque esta es la importancia que tiene reconocer que hay inoponibilidad por falta de concurrencia en los casos señalados, pues en buena doctrina cabría sostener la nulidad por falta de consentimiento. Semejante nulidad sería la absoluta, pues faltaría un elemento esencial del contrato, y si así fuera, no podría validarse por la ratificación de aquél cuyo consentimiento se ha omitido.

Se aprecia a simple vista que la nulidad absoluta es sanción muy drástica, pues sólo está comprometido el interés de este último, y es lógico que se le permita determinar si acepta o no el acto ejecutado mediante su ratificación, la que no procedería si la sanción fuere la primera. Por esta razón el legislador sólo sanciona la falta de concurrencia con la inoponibilidad y en ambos preceptos citados acepta la ratificación por el interesado.

¹⁹⁰ Así se ha fallado, por ejemplo, en sentencias de la *RDJ*, Ts. 62, sec. 2ª, pág. 1, y 89, sec. 2ª, pág. 140.

¹⁹¹ Véanse en Repertorio T. V, 3ª edición, pág. 54, N.ºs. 15 y sigtes. las siguientes sentencias: *RDJ*, Ts. 2, sec. 1ª, pág. 164; 28, sec. 2ª, pág. 40; 40, sec. 1ª, pág. 304; 43, sec. 2ª, pág. 65; 48, sec. 1ª, pág. 371; 49, sec. 1ª, pág. 112; 51, sec. 2ª, pág. 26; 53, sec. 1ª, págs. 112 y 217, etc.

Un fallo de la C.S. de 9 de julio de 2001, publicado en la *G.J.* N.º 253, pág. 66, define la autocontratación, y declara que si un socio comparece por sí y la sociedad y no está autorizada la autocontratación, el acto es inoponible.

Igualmente en fallo publicado en *L. & S.* N.º 14, pág. 142, se ha fallado que los actos del agente oficioso (N.º 193) se ratifican tácitamente si después de ellos se otorga un mandato (C.A. de 30 de marzo de 2006).

166. *B. Inoponibilidad por fraude: simulación y acción pauliana.* Otro de los peligros que, según decíamos, hay para los terceros en el efecto oponible del contrato, es que las partes se pongan de acuerdo para perjudicarlos; esto es, que lo otorguen con fines fraudulentos.

Ya vimos lo que ocurre en la simulación: el tercero no está obligado a reconocer sino el acto aparente; el oculto no le es oponible, pero nada obsta, si el tercero así lo prefiere, a que se acoja a él (Nº 154).

Otro caso de inoponibilidad por fraude—aunque no todos piensan así, según lo diremos al tratar de ella en el Nº 776—se presenta en la acción pauliana o revocatoria, que es justamente el derecho de los acreedores a dejar sin efecto los actos o contratos ejecutados en fraude de sus derechos. Porque, según hemos dicho, éstos tienen una garantía general respecto del patrimonio embargable del deudor, de modo que les afectan todos los actos ejecutados por éste que lo disminuyan o aumenten el número de sus acreedores; los terceros no pueden oponerse a estos actos, porque el deudor conserva la administración y libre disposición de su patrimonio, sino cuando prueben que se han ejecutado con el objeto de burlar sus derechos.

167. *III. Inoponibilidades derivadas de la nulidad o revocación.* Determinadas situaciones jurídicas pueden afectar a terceros, y ser posteriormente dejadas sin efecto, con grave daño a sus intereses.

Así ocurre con la nulidad que, judicialmente declarada, opera con efecto retroactivo, y da derechos contra terceros. En casos muy excepcionales el legislador, sin embargo, no permite que la nulidad pueda ser invocada en contra de ellos, no obstante su declaración judicial. Podemos citar dos casos bien característicos:

1º. *El matrimonio putativo.*

Es el matrimonio nulo celebrado ante oficial del Registro Civil con justa causa de error y buena fe; este matrimonio produce respecto del cónyuge que lo contrajo de buena fe y con justa causa de error, los mismos efectos que el válido (Art. 122). Si el matrimonio es nulo putativo e incluso simplemente nulo en los casos que menciona el inciso 2º del precepto, no se ve afectada ni se pierde la filiación matrimonial de los hijos de este matrimonio.

2º. Sociedad.

De acuerdo al Art. 2058, la nulidad del contrato de sociedad no perjudica las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad.¹⁹²

Existen otros casos, también excepcionales, en que no obstante dejarse sin efecto una determinada situación jurídica, ello no empece los derechos comprometidos de terceros. Así ocurre, por ejemplo:

2A. *Revocación del decreto de posesión definitiva de los bienes del ausente.*

De acuerdo al Art. 94, ella no afecta las enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en los bienes del ausente.

2B. *Restablecimiento de la sociedad conyugal.*

En ciertos casos de separación de bienes judicial y legal, puede restablecerse la sociedad conyugal, lo que restituye las cosas al estado anterior "como si la separación de bienes no hubiese existido. Pero valdrán todos los actos ejecutados legítimamente por la mujer, durante la separación de bienes, como si los hubiese autorizado la justicia" (Art. 165).

168. Efectos de la inoponibilidad. Como ha quedado dicho, la inoponibilidad obliga a distinguir los efectos entre las partes y en cuanto a los terceros a quienes puede afectar el acto o contrato.

Entre las partes; el acto o contrato es perfectamente válido y produce sus plenos efectos. Pero respecto de terceros el acto no obstante su perfecta validez no les afecta, no están obligados a reconocerlo.

¹⁹² Los evidentes excesos de ciertas fiscalías en los estudios de títulos de sociedades, llevaron al legislador a la dictación de la Ley N° 19.499, de 11 de abril de 1997, que establece normas sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades y modifica el Código de Comercio y otros cuerpos legales.

En virtud de esta ley se establecen normas para sanear los llamados vicios formales de la sociedad, una prescripción cortísima de dos años, que además se acredite un efectivo perjuicio por el defecto formal, y también se modifica el Código de Comercio en cuanto al funcionamiento de las sociedades nulas y sus efectos.

Últimamente se ha provocado una cierta confusión en el otorgamiento de las escrituras de sociedad (Ley N° 20.659 de 8 de febrero de 2013).

Sin embargo, cuando se le niega efectos al contrato es justamente en los casos en que existe interés por oponerlo a terceros, de manera que al privarlo de este poder, no hay duda de que ello repercute en las relaciones de los contratantes. Y así, en el caso de la venta de cosa ajena, si el verdadero dueño reivindica y el comprador es privado de la cosa comprada, puede hacer efectiva la obligación de garantía contra el vendedor, para que éste lo defienda en el pleito y le indemnice la evicción.

La inoponibilidad es un derecho del tercero; éste si quiere la invoca, pero si no tiene interés en ella, puede renunciarla, pues está establecida en su particular protección y beneficio. No puede normalmente ser declarada de oficio.

169. *Cómo se invoca la inoponibilidad.* La inoponibilidad se puede hacer valer como acción o excepción.

Como acción, reclamando del acto inoponible, como por ejemplo en la venta de cosa ajena si el verdadero dueño ejerce la acción reivindicatoria; en la simulación, por la acción de simulación (Nº 156). La acción pauliana, si se acepta que es inoponibilidad, también se ejerce por esta vía (Nº 845).

El tercero interpondrá la inoponibilidad por la vía de la excepción cuando se invoque en su contra el acto afecto a esta sanción; así ocurrirá normalmente en la inobservancia de una medida de publicidad; por ejemplo, si se enajena un bien raíz embargado, pero cuyo embargo no se ha inscrito en el Conservador de Bienes Raíces y el ejecutante demanda la nulidad de la enajenación, el adquirente le opondrá como excepción la inoponibilidad.

En cuanto a las partes legitimadas para invocar la inoponibilidad, ello depende de los casos que se presenten porque a veces ella está establecida en beneficio de todos los terceros, y entonces aquel en cuya contra se invoque el contrato inoponible podrá negarle eficacia. Pero hay otras inoponibilidades que están establecidas en beneficio exclusivo de ciertos terceros, como, por ejemplo, las del mandatario excedido a favor del mandante, quien es el único que puede invocarla.

Y en cuanto a las personas contra quienes se interpondrá, serán todos aquellos, partes o terceros, que pretendan asilarse en el acto inoponible, como el

comprador en la venta de cosa ajena y sus sucesores en la posesión de la cosa vendida; el que contrató con el mandatario excedido, etc.

170. Extinción de la inoponibilidad. Tampoco es posible establecer reglas generales que abarquen todas las situaciones en que la inoponibilidad se presenta, para determinar las causales de extinción de ellas.

Las inoponibilidades por falta de publicidad se sanean por el cumplimiento de las formalidades omitidas.

Toda inoponibilidad termina por la renuncia a ella; semejante renuncia como es natural afecta sólo a quien la efectúa, y en consecuencia, otros terceros podrían siempre invocarla. Por cierto que en la inoponibilidad por falta de concurrencia, como ella corresponde exclusivamente a aquel cuyo consentimiento fue omitido, él es el único que puede invocarla, y su renuncia, que toma el nombre especial de ratificación, sana totalmente el acto.

Finalmente, puede extinguirse la inoponibilidad por prescripción cuando ella se haga valer como acción. Y así, como la acción de simulación no tiene plazo especial, prescribe en 5 años; la revocatoria tiene plazo especial (Nº 854, 4º), y la reivindicatoria se extinguirá cuando el poseedor adquiera la cosa por prescripción adquisitiva (Nº 1336).

Normalmente, el acto inoponible no dejará de serlo por prescripción para los efectos de oponerla como excepción, salvo que ella hubiera podido invocarse como acción. Por ejemplo, en la venta de cosa ajena, si el poseedor ha adquirido por prescripción adquisitiva el dominio, y el que era el verdadero dueño es demandado por cualquier causa, no podría excepcionarse con la inoponibilidad.

Párrafo 6º

Conclusión

171. Síntesis de los efectos del contrato. Podemos resumir lo que hemos dicho sobre los efectos del contrato en los siguientes enunciados:

1º. El contrato crea un vínculo obligatorio entre las partes, que ellas están obligadas a respetar, salvo las excepciones legales;

CAPÍTULO III

CLASIFICACIONES SEGÚN EL OBJETO

372. Enunciación. Al describir el cuadro general de las clasificaciones de la obligación, dejamos pendientes para un estudio más detenido algunas que atienden al objeto; a él nos abocaremos en tres sucesivas secciones destinadas a:

- 1º. Las obligaciones de dar, hacer y no hacer;
- 2º. Las de género y especie, y
- 3º. Las de objeto simple y múltiple.

Sección Primera

Obligaciones de dar, hacer y no hacer

373. Importancia. Nuestra legislación asigna mucha trascendencia a esta clasificación, como que la repite en el Art. 1460, al referirse al objeto de la obligación (Nº 25) y al definir el contrato en el Art. 1438 (Nº 42).

374. I. Obligación de dar. Es ésta una materia en que nuestro Código evidentemente se confundió en el uso de los términos, apartándose de los conceptos universales, especialmente porque refundió en ella la de entregar. Para intentar una clarificación, la estudiaremos a través de los siguientes aspectos:

- 1º. Concepto doctrinario de la obligación de dar;
- 2º. Obligación de entregar, y
- 3º. Demostración de que en nuestro Código la obligación de dar comprende la de entregar.

375. A. Concepto doctrinario de la obligación de dar. Si en el lenguaje vulgar dar equivale a donar, en Derecho su significado propio es muy diverso. Obligación de dar es la que tiene por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real.

Dicho de otra manera, es la que nace de los títulos traslativos de dominio y demás derechos reales, como por ejemplo, en la compraventa, en que el vendedor se obliga a dar una cosa al comprador, esto es, a transferirle el dominio de ella.

376. B. La obligación de entregar. En doctrina también la obligación de entregar es la que tiene por objeto el simple traspaso material de una cosa, de su tenencia.

En el arrendamiento queda en claro su diferencia con la de dar; en este contrato el arrendador tiene una obligación de entregar, pero no de dar, porque el arrendamiento es un título de mera tenencia: el arrendatario no adquiere derecho real alguno.

Siempre en doctrina, la obligación de entregar es de hacer, puesto que se trata de traspasar materialmente la tenencia de una cosa, lo cual es un hecho.

377. C. En nuestro Código, la obligación de entregar está incluida en la de dar. Demostración. Algunos autores⁴⁶⁴ y fallos⁴⁶⁵ han pretendido aplicar entre nosotros, sin variaciones, los conceptos doctrinarios señalados en los anteriores números; pero para la mayoría de ellos,⁴⁶⁶ opinión que no tenemos más remedio que suscribir, es evidente que nuestro Código confundió los conceptos y en consecuencia, la obligación de entregar queda incluida en la de dar, y no constituye una obligación de hacer.

⁴⁶⁴ CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10, N° 614, pág. 547; María MONTENEGRO, ob. cit., N° 16, pág. 13, con una nutrida argumentación.

⁴⁶⁵ La obligación de entregar es de hacer: *RDJ*, T. 3º, sec. 2ª, pág. 105.

⁴⁶⁶ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 18; FUEYO, ob. cit., T. 1º, N° 208, pág. 236; MEZA BARROS, *De las Obligaciones*, N° 33, págs. 35 y 36; SOMARRIVA en sus clases, etc.; G. de 1933, 2º sem., N° 81, pág. 263, con un interesante voto disidente de Urbano Marín, quien sostiene que no es obligación de dar la que tiene por exclusivo objeto traspasar la mera tenencia, como ocurre en el arrendamiento.

Dicho de otra manera, en nuestra legislación la obligación de dar no tiene únicamente por objeto transferir el dominio o constituir otro derecho real, sino también traspasar la mera tenencia, y en consecuencia, hay que definirla como aquella que tiene por objeto transferir el dominio de una cosa, constituir un derecho real en ella, o traspasar su mera tenencia.

Tal conclusión fluye de los siguientes razonamientos:

1º. El Art. 1548 dispone expresamente que “la obligación de dar contiene la de entregar la cosa”. Esto quiere decir que en la obligación de dar hay dos operaciones involucradas en ella: una es la entrega jurídica, que es la obligación de dar propiamente tal, y que en nuestra legislación, como del solo contrato no nacen derechos reales, consiste en efectuar la tradición de la cosa. Tratándose de bienes muebles se cumplirá mediante la entrega de la cosa, pero si son bienes raíces, la tradición se hará de acuerdo al Art. 686, mediante la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces; así queda efectuada la entrega jurídica, pero, además, debe hacerse el traspaso material de la propiedad, entregándola físicamente al adquirente, y ésta, que es obligación de entregar propiamente tal, queda incluida en la de dar, como lo señala el precepto citado;

2º. En la compraventa el legislador, para referirse a la misma obligación, la del vendedor de dar la cosa, la denomina indistintamente como de dar y de entregar. En efecto, el Art. 1793 define la compraventa como “un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa”, etc., y cuando toca el momento de reglamentar esta obligación, en el párrafo 6º del Título XXIII del Libro 4º, lo hace bajo el epígrafe “De las obligaciones del vendedor, y primeramente de la obligación de entregar”, y en los preceptos del párrafo citado, Arts. 1824 y siguientes, vuelve reiteradamente a hablar de la obligación de “entregar”, como ocurre en el propio Art. 1824, según el cual, en general las obligaciones del vendedor se reducen a dos: “la entrega o tradición”, etc.

Los ejemplos pueden multiplicarse, ya que el Art. 1924 señala que el arrendador está obligado a “entregar” la cosa arrendada, o sea, tiene la misma obligación que el vendedor, etc.

Todo ello prueba que el legislador utiliza indistintamente ambas expresiones: dar y entregar;

3º. Los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles según lo sea la cosa que se debe o en que han de ejercerse (Art. 580), y los hechos que se deben se reputan muebles (Art. 581). Pues bien, el primero de estos preceptos señala como ejemplo: "la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada es inmueble". Si la obligación de entregar en nuestra legislación fuere de hacer, sería mueble de acuerdo al Art. 581, pero el precepto anterior la calificó ya expresamente de inmueble, por lo cual no cabe sino concluir que no es obligación de hacer, y

4º. Como se dejó constancia en la historia fidedigna del C.P.C., el procedimiento para exigir judicialmente el cumplimiento de las obligaciones de dar, incluye las de entregar (Nº 872).

Con los argumentos señalados no cabe duda de que el Código confundió y refundió en una sola las obligaciones de dar y entregar, y ésta, en consecuencia, comprende dos obligaciones de dar: la de dar propiamente tal, en cuanto tiene por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real, y la de dar, que es de entregar, y mediante la cual se traspaşa la mera tenencia.

378. II. Obligación de restituir. Una forma especial de la obligación de entregar es la de restituir, que normalmente corresponde al que ha recibido una cosa a título de mera tenencia y al agotamiento del contrato, en cuya virtud la detenta, debe devolverla a su legítimo dueño o poseedor o incluso mero tenedor, según quien sea el que le haya traspasado la tenencia material.

Típicamente entonces, la obligación de restituir tiene lugar en los contratos de mera tenencia, y así el arrendatario, comodatario, depositario, acreedor prendario, etc., a la expiración de los contratos respectivos, debe restituir la cosa arrendada, dada en comodato, depositada o dada en prenda, respectivamente, a quien se la entregó previamente.

Pero la obligación de restituir se presenta también en otras situaciones, como ocurre en el pago de lo indebido, en que debe restituirse lo pagado sin previa obligación (Nº 760), en la acción de *in rem verso* (Nº 1209), por efectos de la resolución del contrato (Nº 621), etc.

Finalmente, también se presenta en los derechos reales, y así a la expiración del usufructo el usufructuario debe restituir la cosa fructuaria, y el poseedor

vencido en el ejercicio de la acción reivindicatoria, de petición de herencia, etc., debe restituir al legítimo dueño, heredero, etc. La diferencia con los casos anteriores es que aquí existe una acción real para la restitución, mientras en los primeros hay una acción personal, proveniente del contrato o acto en cuya virtud el acreedor entregó previamente la cosa.

La obligación de restituir puede corresponder a la misma cosa que fue entregada si ella es infungible, pero puede ser equivalente a ella cuando el restituyente se ha hecho dueño de la cosa. En el usufructo el legislador marcó perfectamente esta diferencia entre restituir una cosa no fungible y volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible (Art. 764); en tal caso, la obligación de restituir es siempre de dar, y así ocurre en el mutuo, que recae sobre cosas fungibles. El mutuario no restituye la misma cosa que recibió, sino otras equivalentes. En consecuencia, la obligación de restituir puede también ser de dar o de entregar, sin que tal distinción tenga mayor importancia en nuestra legislación según lo dicho en el número anterior.

En la obligación de restituir puede haber lugar a indemnizaciones recíprocas, ya sea provenientes de los deterioros o menoscabos que haya sufrido la cosa en poder del restituyente, o a la inversa por los gastos o mejoras realizadas por éste, y en que habitualmente la ley le otorga el derecho al deudor de retener la cosa mientras ellas no le sean pagadas por el acreedor: es el derecho legal de retención a que nos referimos en los N°s 1027 y siguientes.

379. III. Obligación de hacer. Doctrinariamente, obligación de hacer es la que tiene por objeto la ejecución de un hecho, pero de acuerdo a lo anteriormente expresado este hecho en nuestra legislación no será nunca la entrega de una cosa, porque en tal caso la obligación no es de hacer, sino de dar.

Por extensión de la clasificación de los objetos, se suele hablar de obligaciones de hacer fungibles e infungibles, queriendo significar con ello que hay algunas en que es indiferente que el hecho lo ejecute el propio deudor u otra persona en lugar suyo, pero hay muchas obligaciones de hacer que dependen de una cualidad personal de aquél, por lo que en caso de incumplimiento, el acreedor no podrá obtener la ejecución forzada del hecho mismo (N° 876), se extinguen normalmente por la muerte del deudor, y la imposibilidad en la ejecución se sujeta a reglas especiales (N° 1285).

Ejemplos de obligación de hacer: construir un edificio, transportar una mercadería, defender un pleito, abrir una calle en terrenos propios en beneficio de los poseedores limítrofes,⁴⁶⁷ transportar el petróleo vendido al lugar convenido,⁴⁶⁸ prolongar, limpiar y ensanchar un canal,⁴⁶⁹ otorgar una escritura pública,⁴⁷⁰ etc.

380. IV. Obligación de no hacer. El objeto de la obligación de no hacer es una omisión: abstenerse de ejecutar un hecho que de no existir la obligación podría hacerse. Es como una limitación a la libertad de actuar de una persona, que debe privarse de hacer ciertas cosas que normalmente y a no mediar la obligación podría llevar a cabo.

Podemos citar varios casos de obligación negativa: una muy frecuente es la que contrae una persona al enajenar un establecimiento de comercio de no colocar otro de igual giro en la misma plaza;⁴⁷¹ las prohibiciones del Art. 404 del C. Co. para los socios de una sociedad colectiva, como la de no explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opera la sociedad; la de un vecino de no elevar más allá de cierta altura un muro, etc.

Ciertas obligaciones de no hacer se asemejan a las servidumbres negativas, pero se distinguen de ellas por su carácter personal, mientras que la servidumbre es un derecho real.

También la obligación negativa está afecta a normas especiales en caso de incumplimiento (N^{os} 878 y siguientes), e imposibilidad (N^o 1286).

Sección Segunda *Obligaciones específicas y genéricas*

381. Enunciación. Como se dijo en el N^o 25, todo objeto debe ser determinado o determinable, pero la determinación puede ser la máxima, en que se precisa un individuo específico dentro de un género también delimitado,

⁴⁶⁷ RDJ, T. 16, sec. 1^a, pág. 599.

⁴⁶⁸ RDJ, T. 23, sec. 1^a, pág. 273.

⁴⁶⁹ G. T. de 1919, 1^{er} sem., N^o 3.406, pág. 212.

⁴⁷⁰ RDJ, T. 63, sec. 2^a, pág. 67.

⁴⁷¹ G. T. de 1911, T. 2^o, N^o 1.100, pág. 640, y N^o 766, pág. 13.

como el bien raíz de calle Ahumada N° tanto, o meramente genérica, como una vaca, cien acciones de tal sociedad anónima, etc.

Obligación de especie o cuerpo cierto es la primera, en que el objeto debido está determinado tanto en género como en especie; las de género, aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo o una cantidad de cosas de una clase o género determinados.

La importancia de esta clasificación estriba en la distinta forma de cumplirlas, en la obligación que como consecuencia de ello se impone al deudor específico de conservación, y en la posible extinción de las primeras por pérdida de la cosa debida.

Veremos en párrafos sucesivos las obligaciones específicas, las genéricas, una categoría de estas últimas de gran importancia y aplicación, como son las de dinero, y finalmente los intereses que normalmente las acompañan.

Párrafo 1º

Obligaciones de especie o cuerpo cierto

382. Generalidades. El legislador no ha reglamentado en forma especial las obligaciones que recaen en una especie o cuerpo cierto, como lo hizo, según veremos, con las de género, pero se refirió a ellas en varias disposiciones, en especial en relación con su cumplimiento.

Las particularidades de estas obligaciones derivan de la circunstancia de que la cosa debida es única, no tiene reemplazo, y por ello:

1º. *Lleva envuelta para el deudor la obligación de conservar la especie o cuerpo cierto hasta la época del cumplimiento.* En el número siguiente estudiaremos esta obligación del deudor.

2º. *Debe pagarse la cosa debida y no otra.*

Así lo veremos al tratar del pago (Art. 1589, inc. 2º) (véase N° 685), y esta característica ya señalada impone en el cumplimiento de la obligación una indivisibilidad de pago, pues la entrega debe efectuarla, en caso de haber varios deudores, quien posea la especie o cuerpo cierto (Art. 1526, N° 2º) (véase N° 478).

3º. *Pérdida total o parcial de la cosa debida.*

En la obligación de especie o cuerpo cierto existe la posibilidad de que la cosa se destruya antes de su entrega.

La pérdida puede ser culpable o fortuita. En el primer caso, el deudor responde de los perjuicios (Nºs 896 y siguientes), y si se trata de un contrato bilateral, puede pedirse, además de éstos, la resolución del mismo (Nº 592).

Si es fortuita, la obligación se extingue por pérdida de la cosa debida (Nº 1.282), lo cual también en los contratos bilaterales da origen a una situación especial, el problema del riesgo (Nº 1294).

A la pérdida parcial nos referiremos en el Nº 1290.

383. La obligación de conservación. Vimos en el Nº 377 que de acuerdo al Art. 1548 la obligación de dar contiene la de entregar la cosa debida; agrega el mismo precepto: "Y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir".

De manera que tratándose de un cuerpo cierto hay tres obligaciones distintas contenidas en la de dar: la de dar propiamente tal, la de entregar la especie debida, y, para que ello sea posible, la de conservarla hasta la entrega. Por ejemplo, si se vende un inmueble, el vendedor está obligado a dar el bien raíz, efectuando la inscripción correspondiente en el conservador, que es su tradición; debe entregar materialmente el predio y, finalmente, conservarlo hasta ese momento.

Es lógico que le imponga esta obligación la ley al deudor, porque por el carácter irremplazable de la especie o cuerpo cierto, si ella se destruye, no podrá cumplirse la obligación, teniendo entonces lugar la distinción señalada en el número anterior, según si la pérdida es culpable o fortuita, total o parcial.

Agrega el Art. 1549: "la obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado"; este debido cuidado es el que corresponda, de acuerdo a la naturaleza del contrato (Art. 1547, inc. 1º, véase Nº 904).

En nuestra legislación se presume la infracción a esta obligación de custodia en el caso de que la especie o cuerpo cierto se destruya o deteriore; al deudor corresponderá probar la ausencia de culpa suya en el incumplimiento de la obligación de conservación (Nº 907).⁴⁷²

Atentan contra el cumplimiento de esta obligación actos jurídicos o materiales del deudor, o ajenos a él. Jurídicos, como si, por ejemplo, el deudor que no ha entregado la cosa, la enajena a otra persona. Actos materiales del deudor serían la negligencia o dolo de éste que destruye o deteriora la cosa, y ajenos a él, el caso fortuito. Ellos le impondrán responsabilidad si le son imputables, pero según lo dicho, a él le corresponde probar su ausencia de culpa o el caso fortuito.

Párrafo 2º

Las obligaciones de género

384. Concepto. A ellas el legislador destinó el Título VIII del Libro 4º, Arts. 1508 a 1510.

Según el primero, “obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado”.⁴⁷³ Como se advierte, no es que en las obligaciones de género exista absoluta indeterminación, porque ello se traduciría en la ausencia de objeto, y nulidad absoluta de la obligación. Y así, no podría deberse un animal, un árbol, etc. El género debe estar determinado, y además la cantidad del mismo que se debe, y así si se dijera que se debe trigo sin señalar la cuantía, podría pretenderse cumplir la obligación entregando un grano del mismo. Por ello no es enteramente correcto el precepto al hablar de “un individuo”, pues pueden ser varios, con tal que se determine o sea determinable la cantidad.

⁴⁷² Autores franceses distinguen entre la obligación de conservar y la de entregar la cosa en la fecha convenida. Ésta sería una obligación de resultado, de modo que si no entrega el deudor cuando debe en el estado que la especie se encuentre, queda probado el incumplimiento, y a él corresponde acreditar el caso fortuito, etc. En cambio la obligación de conservar la cosa en buen estado es de medios, pues obliga al deudor únicamente a una cierta conducta: prestar a la cosa los cuidados de un buen padre de familia, y al acreedor correspondería probar que no la cumplió. MAZEAUD, ob. cit., Parte 2ª, T. 2º, págs. 151 y sigtes.

⁴⁷³ Véase *RDJ*, T. 51, sec. 1ª, pág. 265.

Ahora bien, en la obligación genérica la determinación puede irse haciendo cada vez mayor hasta llegarse muy cerca de la máxima, que es la específica; para algunas legislaciones y autores modernos constituyen una verdadera obligación intermedia, que participa de los caracteres de la de género, pero también de la específica. Por ejemplo, si el deudor se compromete a entregar 100 litros de vino tinto, ésta es una obligación genérica corriente, pero si se ha obligado a entregar los mismos 100 litros de tal marca y tipo, y correspondiente a la cosecha de tal año, el deudor debe entregar éstos y no otros.⁴⁷⁴ La importancia de esta distinción quedará señalada en el número que sigue.

385. Efectos de la obligación de género. La obligación de género es normalmente fungible; puede darse una u otra especie, mientras quede comprendida en el género debido. De ahí que los efectos de la obligación genérica —que el legislador reglamentó en el Título VIII y no a propósito del pago, como lo hizo con las de especie— sean radicalmente inversos a los de ésta y así:

1º. No hay obligación de conservación.

Así lo señala la parte final del Art. 1510: “el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya (las cosas del género debido), mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”. El deudor puede realizar, en consecuencia, toda clase de actos jurídicos y materiales respecto de las cosas del mismo género que posea.

2º. Cumplimiento.

En la obligación de especie, sólo puede cumplirse entregando el cuerpo cierto debido. En la de género no hay cosas determinadamente debidas.

Por ello, para cumplirla debe procederse a la especificación, o sea, a la elección entre los individuos del género de aquellos que deben entregarse al acreedor.

La elección no es de éste, a menos que así se haya expresamente estipulado: “En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente

⁴⁷⁴ FUEYO, ob. cit., T. 1º, N°s. 133, pág. 160, y 136, pág. 162.

ningún individuo" (Art. 1509, primera parte). De manera que al momento del pago el deudor elige las cosas con que va a cumplir, y así, si debe 100 sacos de trigo, retira de sus bodegas los 100 sacos y los entrega al acreedor.

Puede entregar cualquier individuo del género, pero con una limitación que le coloca la ley: debe ser de una calidad a lo menos mediana, si no se ha precisado otra (Art. 1509, parte final).

3º. *No existe pérdida de la cosa debida.*

Se dice que el género nunca perece (*genus nunquam perit*), y por ello el art. 1510, en su primera parte dispone que "la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación". Y si no existe este modo de extinguir las obligaciones en las de género, tampoco tiene en principio aplicación la teoría del riesgo (Nº 1304).

Sin embargo, señalamos en el número anterior la existencia de obligaciones que sin dejar de ser genéricas, se acercan en cierto sentido a las específicas: las de un género precisado o delimitado, como el ejemplo señalado del vino de tal marca, calidad y año. Pues bien, en ellas, el deudor deberá conservar las cosas necesarias para cumplir la obligación, entregar exactamente lo prometido, y puede producirse la posibilidad de pérdida sin culpa, como lo veremos precisamente a propósito del cumplimiento imposible (Nº 1284). Adelantemos eso sí que la jurisprudencia en general ha resistido esta última posibilidad.

Párrafo 3º

Obligaciones monetarias

386. Las obligaciones de dinero. De más parece destacar la importancia y frecuencia de las obligaciones expresadas en una suma de dinero.

Es una obligación genérica,⁴⁷⁵ fungible por excelencia, y de amplio poder de liberación, ya que sirve para la adquisición de toda clase de objetos y servicios. Normalmente, las obligaciones de los principales contratos recaen en sumas de

⁴⁷⁵ Por excepción no será genérica una obligación de dinero, cuando éste se individualice por su ubicación, como por ejemplo, el legado de las monedas de oro depositadas en tal parte.

Véase advertencia en el prólogo de esta 6ª edición.

El Art. 9º de la misma ley dispone que “podrá estipularse el pago de intereses sobre intereses, capitalizándolos en cada vencimiento o renovación. En ningún caso la capitalización podrá hacerse por períodos inferiores a 30 días”. O sea, se da la solución inversa, y se acepta expresamente que se estipule el anatocismo. Aún más, el inc. final agrega que “los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubieren sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario”. Vale decir, también es la solución inversa al Art. 1559, regla 3ª.

Finalmente, el inc. 2º establece que los intereses capitalizados con infracción a lo dispuesto en el inciso 1º se consideran interés para todos los efectos legales, y en consecuencia, si con ello se excede el máximo convencional, se rebajan al interés corriente.

Pero el Art. 9º de la Ley N° 18.010 sólo se aplica a las operaciones de crédito de dinero. Para las demás rige la disposición del Art. 1559 regla 3ª. Esto es, en el caso de mora en el pago de una obligación de dinero, los intereses atrasados no producen intereses.

Pero, ¿qué ocurre en estos demás casos en que no rige el Art. 9º de la Ley N° 18.010? ¿Puede o no pactarse el anatocismo? La discusión es más o menos la misma que existía bajo la vigencia del Art. 2210 en cuanto a si éste era de aplicación general o sólo referido al mutuo.

Sin embargo, derogado el Art. 2210, no hay en el Código precepto alguno que prohíba el anatocismo, ya que el Art. 1559, regla 3ª, sólo se refiere a los intereses penales.

En consecuencia, si aún antes de esta derogación se pensaba que fuera del mutuo podía pactarse el anatocismo, no obstante sus múltiples inconvenientes, con mayor razón hoy hay que concluir que en virtud del principio de la libertad contractual es lícito pactar intereses de intereses.⁵²³

Sección Tercera

Obligaciones con Pluralidad de Objetos

408. Obligaciones de objeto simple y complejo. Lo normal es que la obligación tenga un objeto y dos sujetos, acreedor y deudor.

⁵²³ Véase 1ª edición de esta obra, N° 369, pág. 244.

Pero puede presentarse el caso de pluralidad de unos u otros, y entonces se habla de obligaciones complejas en cuanto al objeto o los sujetos.

En la obligación simple o de objeto único, hay uno sólo debido, y el deudor cumple con él la obligación. En la obligación compleja existen varios objetos adeudados, pero puede cumplirse de dos maneras: pagando todos ellos, en cuyo caso nos encontramos con las obligaciones acumulativas, o sólo algunos, lo que se presenta en las obligaciones alternativas y facultativas.

En consecuencia, hay tres categorías de obligaciones con pluralidad de objetos: la acumulativa, a que nos referimos en el número siguiente, como párrafo 1º, la alternativa y la facultativa, a las que destinaremos un párrafo para cada una, terminando en un 4º párrafo con un paralelo entre todas ellas y otras instituciones.

Párrafo 1º

Obligaciones acumulativas

409. Concepto y caracteres. Existe una cierta vaguedad en las denominaciones de esta categoría de obligaciones, hablándose de obligaciones de simple objeto múltiple, conjuntas o conjuntivas y acumulativas.

Cuando se deben varios objetos, ello puede ocurrir de dos maneras distintas:

1º. Simplemente se adeudan objetos distintos sin relación entre ellos, como si por ejemplo una persona vende a otra por un mismo contrato un automóvil y un bien raíz; tal como lo hicieron en un solo contrato, bien podrían haber otorgado uno para cada operación. En consecuencia, hay tantas obligaciones distintas como objetos debidos, y cada una de ellas es exigible separadamente, y

2º. La obligación es una sola, pero para cumplirla el deudor debe efectuar varias prestaciones, de manera que la obligación no estará cumplida mientras no se satisfagan todos los objetos debidos. Así, por ejemplo, una agencia de viajes que organiza una gira artística debe proporcionar a los viajeros alojamiento, transportes, visitas a museos, etc., o si se vende una universalidad de hecho, como un amoblado de comedor, compuesto de una mesa, seis sillas, un aparador, etc. Hay varias prestaciones y todas ellas deben efectuarse para que

la obligación quede cumplida; el acreedor puede exigir el pago simultáneo de todas ellas. Esta es la obligación acumulativa que la ley no ha reglamentado, por lo que se sujeta a las reglas generales.

Párrafo 2º

Obligaciones alternativas o disyuntivas

410. Concepto y caracteres. Las obligaciones alternativas o disyuntivas, como también se las llama, sí que están reglamentadas especialmente en el Título 6º del Libro 4º, Arts. 1499 a 1504.

El primero de ellos las define como aquellas por las cuales se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras. De ahí su nombre, pues hay una elección del objeto de la obligación, o una cosa o la otra. Hay varias prestaciones debidas, pero al deudor le basta el cumplimiento de una de ellas para extinguir la obligación, como si me obligo con una persona a entregarle o un automóvil, o una propiedad raíz o \$ 500.000. Las tres cosas se deben, pero se paga una sola de ellas.

Lo que caracteriza estas obligaciones es el uso de la conjunción disyuntiva “o”; si se usara la acumulativa “y”, todas las cosas se deberían, y serían varias las obligaciones o una de objeto múltiple, según lo expuesto anteriormente.

Presenta las siguientes características:

1º. La elección es por regla general del deudor, pero puede corresponderle al acreedor.

De acuerdo al inc. 2º del Art. 1500, “la elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario”. Los efectos de la obligación alternativa y que se refieren fundamentalmente a la forma de cumplirla, y a la pérdida de las cosas debidas disyuntivamente, varían de modo radical en uno u otro caso;

2º. Los objetos se deben bajo la condición de que sean elegidos para el pago.

La obligación alternativa misma no es condicional, pues no hay ningún hecho futuro o incierto que suspenda su nacimiento o extinción, pero sí las cosas se deben todas ellas bajo la condición de que el deudor o acreedor, según a quien corresponda la decisión, las elija para el pago. Elegida una de ellas, es

como si las demás nunca se hubieran debido, y la obligación se refiriera exclusivamente a la cumplida. Veremos en seguida los efectos que ello produce;

3º. *La obligación será mueble o inmueble, según lo sea el objeto que se determine para el pago;*

4º. *El deudor debe pagar enteramente con una de las cosas debidas.*

Así lo señala el inc. 1º del Art. 1500: “para que el deudor quede libre, debe ejecutar o pagar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba; y no puede obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra”, y

5º. *No es indispensable que las cosas debidas sean equivalentes, pues la ley no lo exige.*⁵²⁴

411. Efectos de la obligación alternativa. Para determinarlos debemos distinguir tres situaciones, a que nos referiremos en los números siguientes:

1º. Elección del deudor;

2º. Elección del acreedor, y

3º. Pérdida de algunas o todas las cosas debidas disyuntivamente.

412. I. Efectos de la obligación alternativa cuando la elección es del deudor. Son ellos:

1º. *Obligación de custodia.*

Al deudor le basta conservar una sola de las especies debidas. Lo señala así el inc. 1º del Art. 1502: “si la elección es del deudor, está a su arbitrio enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativamente debe mientras subsista una de ellas”.

En la obligación de especie el deudor tiene la obligación de conservarla hasta su entrega (Nº 362), pero como en la alternativa si la elección es suya,

⁵²⁴ G.T. de 1878, Nº 351, pág. 159.

el deudor puede pagar con cualquiera de las debidas, le basta con conservar una, y así cumplirá con ella;

2º. El acreedor no puede exigir determinadamente una de las cosas debidas.

Lo señala así el Art. 1501: "siendo la elección del deudor, no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben".

No hay con ello excepción al principio del Art. 1569, inc. 2º, según el cual el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa distinta de la debida (Nº 685), porque no se le ofrece un objeto diverso, sino uno de los que se deben, estando el acreedor obligado a recibir el elegido por el deudor;

3º. Pluralidad de deudores.

Si son varios los deudores, y la elección es de ellos, deben hacerla de consuno (Art. 1526, Nº 6º), en un caso de indivisibilidad de pago (Nº 484), y

4º. Efectos especiales en caso de pérdida de las cosas debidas, que veremos en el Nº 414.

413. II. Efectos de la obligación alternativa cuando la elección es del acreedor.
En general, son inversos a los recién señalados:

1º. Obligación de conservación.

Debe el deudor conservar todas las especies debidas si la obligación se refiere a cuerpos ciertos, pues el acreedor puede exigirle cualquiera y será responsable en caso de haber destruido la que elija éste;

2º. El acreedor puede exigir cualquiera de las cosas debidas.

No tiene aplicación el Art. 1501 y el acreedor, en consecuencia, demandará la cosa que él decida.

3º. Pluralidad de acreedores.

La elección deberán efectuarla de consuno, si los acreedores de la obligación alternativa son varios (Art. 1526, Nº 6º), y

4º. Los especiales en caso de pérdida de las cosas alternativamente debidas, los veremos a continuación.

414. III. Efectos de la pérdida de todas o algunas de las cosas alternativamente debidas. Están reglamentados en el inc. 2º del Art. 1502, y en los Arts. 1503 y 1504, que no hacen, por otra parte, sino aplicar las reglas generales.

Hacen necesario efectuar algunos distinguos: en primer lugar, si la pérdida es total o parcial, fortuita o culpable, y finalmente, según de quien sea la elección.

1º. Pérdida total.

Se impone un nuevo distingo si es fortuita o culpable.

A. Caso fortuito.

Si todas las cosas disyuntivamente debidas perecen, no habiendo culpa del deudor, se extingue la obligación. Así lo señala el inc. 1º del Art. 1504.

B. Culpa del deudor.

En semejante evento, el deudor está siempre obligado al precio de una de las cosas y a la indemnización de perjuicios, y lo único que varía es el precio de qué cosa debe, según de quien era la elección.

Si ella pertenecía al deudor, deberá el precio de la cosa que él elija y la indemnización de perjuicios, y

Si la elección correspondía al acreedor, el deudor es obligado al precio de la cosa que aquél elija y a la indemnización de perjuicios (Art. 1504, inc. 2º).

2º. Pérdida parcial.

Debe hacerse el mismo distingo anterior, según si es fortuita o culpable.

A. Caso fortuito.

“Si una de las cosas alternativamente prometidas no podía ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor es obligado a ella” (Art. 1503).

B. Culpa del deudor.

Nuevamente es preciso subdistinguir, según a quien corresponda la elección.

Si ella es del deudor, sin duda escogerá alguna de las cosas que subsistan para liberarse de la indemnización de perjuicios, pero si pertenece al acreedor, éste puede a su arbitrio, según el inc. 2º del Art. 1502 (de manera que no cabría oponerle el abuso del derecho, N° 241), pedir cualquiera de estas dos alternativas:

- a) alguna de las cosas que subsisten, estando obligado el deudor a dársela, o
- b) el precio de la cosa destruida, más la correspondiente indemnización de perjuicios.

Párrafo 3º
Obligaciones facultativas

415. Concepto y caracteres. También las reglamenta el Código, en el Título 7º del Libro 4º, Arts. 1505 y 1507.

El primero las define: "obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa". Por ejemplo, el testador, en su testamento, impone a un heredero la obligación de entregar una casa al legatario, pero dándole la facultad de que, si así lo prefiere, cumpla su obligación pagándole la suma de \$ 1.000.000.

Se altera la ya citada regla del Art. 1569, inc. 2º, pues se obliga al acreedor a recibir otra cosa distinta de la debida, pero desde el nacimiento de la obligación el deudor tenía esta facultad (N° 685).

Lo que distingue a la obligación facultativa es que hay un solo objeto debido, en el ejemplo, la casa; no se deben la casa y el millón de pesos o una u otro, pero el deudor, al momento del cumplimiento, puede liberarse de la obligación con el objeto debido o con otro previamente determinado; en tal sentido, la obligación es de objeto múltiple pero sólo para el deudor.

416. Efectos de la obligación facultativa. Los efectos de esta clase de obligaciones derivan de la característica ya señalada de que hay un solo objeto debido, y en consecuencia:

1º. *El acreedor sólo puede demandar el objeto debido.*

Así lo dispone la parte primera del Art. 1506: "En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor es directamente obligado"; en el ejemplo propuesto, la casa, porque es lo único debido; sólo a ella está obligado el deudor. La de pagar \$ 1.000.000 podría considerarse como una obligación sujeta a la condición meramente potestativa de que el deudor quiera cumplirla, lo que equivale a decir que no hay obligación alguna (Nº 549).

2º. *Pérdida del cuerpo cierto debido.*

Por la misma razón anterior, si la cosa se debe específicamente y se destruye sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, el acreedor no tiene derecho a pedir cosa alguna (parte final del Art. 1506), o sea, se extingue la obligación, aun cuando subsista la cosa con que el deudor tenía facultad de pagar.

Nada dijo la ley para el caso de pérdida culpable o durante la mora del deudor, pero resulta evidente que éste pagará con la otra cosa a fin de evitarse el pago de los perjuicios. Pero el acreedor no está facultado ni aun en este caso para exigirla,⁵²⁵ sólo puede demandar la indemnización de perjuicios si el deudor no se allana a entregarla.

Párrafo 4º

Paralelo recíproco y con otras instituciones

417. *Paralelo entre las obligaciones complejas según el objeto.* Entre las obligaciones acumulativas por un lado y las alternativas y facultativas por el otro, no hay más semejanza que la pluralidad de objetos, pero mientras en las primeras todos ellos deben cumplirse, en las segundas uno solo se encuentra en tal situación.

Es posible, en cambio, la confusión entre la disyunción y la facultad, especialmente si en la primera la elección corresponde al deudor, lo que es la regla general. En ambos casos, éste determina con qué objeto cumple, y para

⁵²⁵ G.T. de 1936, 2º sem., Nº 106, pág. 408.

distinguir las no queda sino atender a la estipulación de las partes, teniendo presente la disposición del Art. 1507, que, en caso de duda, dispone que la obligación se tendrá por alternativa. Ello es más favorable para el acreedor, según veremos en seguida.

Las principales diferencias que pueden anotarse y la trascendencia que tiene no confundirlas, derivan de:

1º. En la obligación alternativa se deben varias cosas distintas, pero se cumple con una sola de ellas, mientras que en las facultativas, una sola cosa es la debida, quedando al arbitrio del deudor cumplir con la otra;

2º. En estas últimas, siempre elige el deudor, y en la disyuntiva, puede corresponder escoger al acreedor, si así se estipula;

3º. De ahí que en la alternativa, si la elección corresponde a este último, puede exigir determinadamente cualesquiera de las cosas debidas, lo que jamás ocurre en las facultativas: el acreedor sólo puede reclamar lo debido;

4º. Por la misma razón, resultan diferentes los efectos de la pérdida de algunos de los objetos a que se refiere la obligación; en la alternativa, ésta subsiste mientras exista uno de ellos, a menos que siendo la elección del acreedor, exija éste el precio de la cosa destruida y la indemnización de perjuicios. En la facultativa, si el objeto debido se destruye por caso fortuito, el acreedor no puede reclamar lo que el deudor tenía facultad de darle en sustitución, y

5º. En la disyunción, la obligación será mueble o inmueble, según lo sea la cosa con que se pague; en la facultativa, para la calificación se atenderá siempre al objeto debido, aunque posteriormente se pague con el otro.⁵²⁶

418. Distinción con otras obligaciones: de género, dación en pago y cláusula penal. Para precisar el concepto de las obligaciones con multiplicidad de objetos, no basta compararlas entre sí, es preciso también distinguirlas de otras instituciones con las cuales guardan ciertas semejanzas.

⁵²⁶ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 211.

1º. *Obligaciones de género.*

El parentesco estriba en que también en éstas, al momento del cumplimiento, hay una elección por regla general a cargo del deudor: éste escoge entre los individuos del género prometido con cuáles paga, pero la confusión es difícil, porque en éstas, es único el objeto debido y la indeterminación sólo existe para la especificación dentro de él de las cosas con que se cumplirá.

2º. *Dación en pago.*

El acreedor, según dijimos, está obligado únicamente a recibir la cosa debida; tal es la regla general, pero no hay inconveniente en que por un acuerdo con el deudor, la obligación se extinga con otra cosa diversa. Es la dación en pago (Nº 771). En la obligación facultativa también el acreedor recibe objeto diverso al debido, pero porque desde el nacimiento de la obligación el deudor tiene este derecho.

Mientras en la dación en pago concurre la voluntad del acreedor al tiempo del pago, en la obligación facultativa no puede oponerse a que se le cumpla con objeto diverso.

Difiere igualmente de la disyunción, porque no participa su voluntad en la determinación de la cosa con que se le paga si la elección es del deudor, y si le pertenece, porque éste queda obligado a entregar lo que escoja aquél.

3º. *Cláusula penal.*

Muy diferentes parecen a primera vista las obligaciones alternativas y facultativas y la cláusula penal, porque ésta es una caución, una obligación accesoria que sólo tiene lugar en el incumplimiento de la principal (Nº 977). Ni en la disyunción ni en la facultad hay obligación principal y accesoria ni dependen del cumplimiento o incumplimiento.

Sin embargo, producido el incumplimiento, el acreedor normalmente podrá demandar o la obligación principal o la pena, una de las dos cosas, lo que igualmente ocurre en la obligación alternativa cuando la elección es del acreedor y éste escoge qué objeto demanda. Igualmente, como en la facultativa, el deudor puede resultar pagando una cosa diversa a la debida.

Debe reconocerse que hay dificultad en ciertos casos para la calificación, lo cual explica ciertas vacilaciones en la jurisprudencia que veremos en seguida,

pero para efectuarla debe atenderse al elemento incumplimiento que identifica a la cláusula penal: si se ha estipulado la obligación del deudor de un objeto diverso si no cumple con el debido, habrá pena y no disyunción ni facultad.

Así parece más bien que ocurría en el siguiente caso fallado por la Corte de Iquique: el deudor se había obligado a devolver ciertos envases dentro de un plazo, y en su defecto a pagar cierta suma por lo que omitiere restituir; se calificó de obligación facultativa por el tribunal citado y se negó derecho al acreedor a demandar el dinero,⁵²⁷ lo cual parece erróneo, porque justamente éste se había estipulado para el caso de incumplimiento.

Igualmente dudoso es otro caso en que se comprometió una persona a cederle a otra sus derechos en una mina si no le pagaba en cierto plazo una suma de dinero en el evento de venta de un grupo minero. La Corte Suprema lo calificó de obligación facultativa.⁵²⁸

⁵²⁷ *G.T.* de 1936, 2º sem., N° 106, pág. 408.

⁵²⁸ *RDJ*, T. 48, sec. 1ª, pág. 62.

CAPÍTULO IV

LAS OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS

419. Clasificación. Decíamos que la regla general en derecho es que la obligación tenga un solo sujeto activo y un deudor único, pero tampoco hay inconveniente para que no sea así. El mismo Art. 1438 al definir el contrato señaló que “cada parte puede ser una o muchas personas”, y lo que la ley dijo del contrato vale para toda clase de obligaciones.

Estas obligaciones complejas en cuanto al sujeto por la existencia de más de uno de ellos activa o pasivamente se pueden, a su vez, clasificar desde dos ángulos:

1º. En cuanto a la persona en que incide la pluralidad, existen la activa, si concurren varios acreedores, pasiva, si hay más de un deudor, y mixta, si ella se presenta tanto respecto de los acreedores como de los deudores, y

2º. Simplemente conjuntas o mancomunadas, solidarias e indivisibles.

En ellas, a su vez, se pueden combinar las clasificaciones anteriores, como lo destacaremos en las secciones siguientes en que sucesivamente estudiaremos estas tres categorías, mediante las cuales se hará referencia a las activas, pasivas y mixtas.

Sección Primera

Obligaciones Simplemente Conjuntas o Mancomunadas

420. Concepto. La obligación simplemente conjunta o mancomunada es aquella que tiene un objeto divisible y hay pluralidad de deudores, de acree-

dores o de ambos, pero cada deudor está obligado al pago de su parte en la deuda, y cada acreedor puede demandar únicamente su cuota en ella.

Por ejemplo, doy en mutuo \$ 30.000 a A, B y C; si no se pacta solidaridad y como el objeto es divisible, cada uno de ellos pasa a deberme \$ 10.000.

En el fondo sucede lo mismo que en las obligaciones con varios objetos: existen tantas obligaciones autónomas como acreedores o deudores concurren, y por eso hay quienes sostienen que existe más bien disyunción, o sea, separación, que no conjunción, unión.

El Código no reglamentó especialmente esta clase de obligaciones, pero se refirió a ellas principalmente en los Arts. 1511 y 1526, inc. 1º.

Dice aquél: “en general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito”. Y el inc. 1º del Art. 1526 repite más o menos lo mismo: “si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya”.

421. Características. La categoría de obligaciones con pluralidad de sujetos que estamos analizando presenta principalmente las siguientes particularidades:

1º. Pluralidad de partes y unidad de prestación.

De acuerdo a los preceptos transcritos en el número anterior, para la existencia de una obligación conjunta se precisan a lo menos tres personas, dos acreedores y un deudor, o dos de éstos y uno de aquéllos; pero la prestación ha de ser una sola y de cosa divisible, como lo señalan expresamente los artículos citados, pues si es indivisible ya no estamos en el terreno de la mancomunidad, sino de la indivisibilidad (Nº 466).

La unidad en la prestación no quita que pueden ser también varios los objetos debidos, como si en el ejemplo señalado los deudores deben un conjunto de cosas.

2º. Jurídicamente, constituyen la regla general.

Como también lo destacan los citados preceptos, aunque en la práctica suele ser a la inversa, jurídicamente la obligación conjunta es la regla general; se requiere una convención, declaración o disposición legal para que la obligación sea solidaria o indivisible. En consecuencia, en nuestro Código, a toda obligación con pluralidad de sujetos debe calificársela de conjunta en principio, salvo que expresamente se le haya negado tal calidad.

3º. Puede ser originaria o derivativa.

Será originaria la obligación conjunta cuando desde su nacimiento intervienen en ella varios acreedores o deudores o unos y otros a la vez. Desde su nacimiento la obligación tuvo pluralidad de sujetos.

No obstante ser la obligación conjunta jurídicamente la regla general, no es frecuente en su forma originaria, porque normalmente el acreedor, si hay varios deudores, exige la solidaridad entre ellos.

Más común será la obligación conjunta derivativa, lo que ocurre cuando fallece el acreedor o deudor, únicos o solidarios, esto es, la obligación nació como única o solidaria, pero por un hecho posterior, el fallecimiento de una de las partes, ha pasado a ser conjunta.

Y ello porque cuando fallece el acreedor sus créditos por regla general se dividen entre sus herederos (Nº 1128); corresponderán a ellos en conjunto como cualquier otro bien de la herencia o se dividirán conforme a sus derechos en ésta, pero no podrá cada uno cobrar más allá de su cuota por sí solo.

Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas (inc. 1º del Art. 1354), y en consecuencia, si por ejemplo he dado en mutuo \$ 30.000 a una persona, y ésta fallece dejando 3 herederos por partes iguales, cada uno me está obligado por \$ 10.000. La obligación originariamente entre dos partes ha pasado a ser conjunta.

4º. Por regla general las obligaciones mancomunadas se dividen entre acreedores y deudores por partes iguales.

Así lo comprueba el Art. 2307, ubicado en la comunidad: "si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos

ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda”.

Semejante forma de división puede ser alterada por la convención o la ley.

Así, no hay inconveniente en el ejemplo anterior que A me deba \$ 15.000 y B y C, cada uno \$ 7.500.

Y la ley establece una división distinta en el ya citado caso de las deudas hereditarias, que corresponden a los herederos a prorrata de sus cuotas, y éstas no tienen por qué ser siempre iguales. Así, puede haber un heredero de la mitad y otros dos por un cuarto de la herencia cada uno, y en tal proporción se dividirán entre ellos las deudas hereditarias.

422. Efectos. Las obligaciones mancomunadas producen los efectos siguientes:

1º. Pago de la deuda.

El deudor no está obligado sino al pago de su cuota de la deuda; si paga de más habrá un pago de lo no debido, si cometió error (Nº 678), y puede repetir por el exceso contra el acreedor, y si lo hizo intencionalmente se aplican las mismas reglas del pago efectuado por un tercero extraño (Nºs. 659 y siguientes).

A su vez, cada acreedor no puede exigir sino el pago de su cuota en la deuda, y si en el hecho percibe más de ella, el deudor no queda liberado frente a los demás acreedores, y tiene derecho a repetir contra el acreedor por el exceso, pues hay un pago de lo no debido.

2º. Otros modos de extinción.

Lo que se dice del pago rige para todos los modos de extinguir las obligaciones (Nº 1251), y así, si entre el acreedor y uno de los deudores se produce confusión, ello no afecta a los demás obligados.

El Código se preocupó expresamente de la nulidad en el Art. 1690: “cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras”.

3º. *Interrupción de la prescripción.*

La interrupción que obra en beneficio de alguno de los coacreedores no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores perjudica a los otros (Art. 2519). Dicho de otra manera, ella afecta únicamente al acreedor y deudor que intervienen (Nº 1349).

4º. *La mora.*

La constitución en mora de uno de los deudores por el requerimiento del acreedor, no coloca en igual situación a los demás, y, a la inversa, el requerimiento al deudor de uno de los acreedores no aprovecha a los restantes (Nº 942).

5º. *Insolvencia de un deudor.*

La cuota del deudor insolvente no grava a los demás codeudores. Así lo dejó expresamente señalado el Art. 1526, lo que constituye una notoria diferencia con la solidaridad, en que la solución es la inversa (Nº 460), y

6º. *Cláusula penal.*

Como lo veremos en su oportunidad, el Art. 1540, inc. 1º, establece que si la obligación principal es de cosa divisible, la pena en principio es conjunta (Nº 992).

En síntesis, pueden resumirse los efectos de la mancomunidad diciendo que los actos ejecutados por uno de los acreedores o alguno de los deudores sólo los afectan a ellos y no a los demás coacreedores o codeudores.

423. Excepciones a la conjunción. Las reglas anteriores sufren excepción en dos casos:

1º. En la solidaridad, en la cual cada acreedor puede demandar el total de la deuda, estando cada deudor obligado al pago total de ella, y

2º. En la indivisibilidad, en que la prestación por su naturaleza o la convención no puede cumplirse por parcialidades.

Ambas constituyen en nuestro derecho una excepción al derecho común, y pasamos a estudiarlas en las siguientes secciones.

Sección Segunda
La solidaridad en general

424. Concepto. A diferencia de las obligaciones conjuntas en que se aplican las reglas generales del derecho, la solidaridad como excepción que les hace, fue reglamentada expresamente en el Título 9º del Libro 4º, Arts. 1511 a 1523.

El inc. 1º del Art. 1511 ya lo citamos porque consagra como regla general la conjunción, si la obligación es de cosa divisible, y agrega en el 2º: “en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *insólidum*”.

Según esto, Arturo Alessandri la definía como “aquella en que hay varios deudores o varios acreedores, y que tiene por objeto una prestación que, a pesar de ser divisible, puede exigirse totalmente por cada uno de los acreedores o a cada uno de los deudores, por disponerlo así la ley o la voluntad de las partes, en términos que el pago efectuado a alguno de aquéllos o por uno de éstos extingue toda la obligación respecto de los demás”.⁵²⁹

Puede sintetizarse la definición diciendo que obligación solidaria es aquella en que debiéndose una cosa divisible y existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, cada acreedor está facultado para exigir el total de la obligación, y cada deudor puede ser obligado a cumplirla íntegramente.

En todo caso, lo que caracteriza a la obligación solidaria es que su objeto es divisible y produce el efecto señalado, del cual derivan todos los restantes: cada acreedor puede exigir el total de la deuda a cada uno de los deudores.

En el ejemplo que venimos utilizando, si he prestado a A, B y C \$ 30.000 y hemos estipulado solidaridad, puedo cobrar a cualquiera de ellos los \$ 30.000 y no únicamente \$ 10.000, como ocurre en las obligaciones conjuntas.

De acuerdo al precepto transcrito, es igual hablar de obligación solidaria o *insólidum*.

⁵²⁹ Ob. cit., pág. 216. Como veremos (Nº 433), ella contiene un pequeño error: la solidaridad puede emanar de una sentencia judicial, pero siempre que la ley faculte al juez para imponerla.

Una interesante sentencia de la C.A. de Santiago de 28 de septiembre de 2005, analizó en un pagaré la existencia de un *guaranty* (estipulación frecuente en la banca, de procedencia extranjera) para concluir que no era ni aval ni codeudoría solidaria.⁵³⁰

425. Clasificación. La solidaridad según si se presenta entre acreedores, deudores o ambos a la vez, admite una triple clasificación, de acuerdo a lo expresado en el N° 419:

1°. Solidaridad activa, cuando existe pluralidad de acreedores, y cada uno de ellos puede exigir el total de la obligación al deudor;

2°. Solidaridad pasiva, si hay varios deudores y un solo acreedor facultado para demandar a cualquiera de ellos el total de la deuda, y de mucho mayor importancia que la anterior (N° 440), y

3°. Solidaridad mixta, cuando a la vez concurren varios acreedores y pluralidad de deudores, de manera que cualquiera de los primeros puede exigir a cualquiera de los segundos el total de la obligación.

Esta última categoría no requiere de mayores comentarios, porque en cuanto se refiere a los acreedores, se aplican las reglas de la solidaridad activa, y en lo que respecta a los deudores, las de la pasiva. Por ello sólo estudiaremos en particular estas dos últimas.

También en cuanto a su fuente, la solidaridad puede ser convencional, testamentaria, legal y judicial en un caso de excepción (N° 429).

Finalmente, autores franceses distinguen solidaridad perfecta e imperfecta, clasificación que entre nosotros no tiene cabida (N° 443).

426. Requisitos. Enunciación. La solidaridad supone desde luego un presupuesto que por obvio no requiere mayor comentario, la pluralidad de sujetos, pues si hay un solo acreedor, él cobrará todo el crédito, que únicamente a él pertenece, ya que de acuerdo al Art. 1591 el acreedor puede rechazar un pago parcial.

⁵³⁰ L.S. N° 2, pág. 114.

Pero no basta la existencia de varias partes, pues es necesario además:

1º. Un objeto divisible;

2º. Unidad en la prestación, lo cual no obsta a que exista pluralidad de vínculos, y

3º. Que se encuentre establecida en la ley, el testamento, la convención y en un caso de excepción, la sentencia judicial.

En los números siguientes analizaremos estos requisitos.

427. I. En la solidaridad el objeto debe ser divisible. Así lo dejó señalado expresamente el Art. 1551, pues si el objeto no tiene este carácter, o sea, si es indivisible, salimos de los márgenes de la solidaridad para entrar en los de la indivisibilidad, en que también cualquiera de los acreedores puede exigir el pago total al deudor que escoja, pero por otras razones y sujeto a otras reglas (Nº 466).

428. II. Unidad de prestación y pluralidad de vínculos. Estos dos caracteres son fundamentales en la solidaridad.

El requisito de la unidad de prestación está establecido en el Art. 1512: "la cosa que se deba solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma". Es lógico que así sea, porque si el objeto debido no es lo mismo, van a existir tantas obligaciones cuantos sean los objetos.

Aplicando este requisito, la Corte Suprema declaró que no había solidaridad en el siguiente caso: una persona se obligó a entregar tres películas a otras, y un tercero se obligó como deudor solidario a pagar \$ 20.000 al acreedor si no se entregaban las películas; no existía unidad en la prestación, pues las obligaciones eran distintas.⁵³¹

También por la unidad de la prestación se ha resuelto que si la deuda es del trabajo y se persigue la responsabilidad solidaria del socio de una sociedad colectiva comercial, son competentes los juzgados del trabajo, pues el asunto no pasa a ser civil o mercantil.⁵³²

⁵³¹ RDJ, T. 32, sec. 1ª, pág. 188.

⁵³² RDJ, T. 60, sec. 1ª, pág. 29.

Sin embargo de este requisito, la Corte Suprema ha resuelto que cabe en la solidaridad la llamada "caución indefinida"; en el caso fallado la mujer se había constituido en codeudora solidaria de su marido "de las obligaciones que éste haya contraído o contraiga en el futuro con el banco de que se trata", y la Corte estimó que la obligación estaba determinada en cuanto a su género y contenía los datos "para determinar su cantidad".⁵³³

Dicho de otra manera, la solidaridad puede pactarse en una cláusula de garantía general, porque siempre los codeudores solidarios deberán lo mismo.

Pero si la prestación es una sola, existe pluralidad de vínculos, tantos cuantas sean las partes que intervienen. Y así, si son tres los codeudores solidarios y uno el acreedor, hay tres vínculos jurídicos que son como hilos que parten de la mano del acreedor hacia cada uno de los deudores, según una imagen muy usada. Por ello es que el Art. 1512, después de sentar el principio de que la cosa debida debe ser la misma, agrega "aunque se deba de diversos modos".

Este principio es riquísimo en consecuencias jurídicas, de las cuales por el momento enunciaremos las principales:

1º. Alguno de los vínculos puede estar afecto a modalidades.

El mismo Art. 1512 señala como ejemplo de que la cosa única se deba de distintas maneras, que lo sea "pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o plazo respecto de otros".

Y así, en el caso que estamos usando es posible que A deba pura y simplemente, en cuya situación puedo exigirle el cumplimiento de inmediato; B debe cumplir a 3 meses fecha y como su deuda es a plazo, no puede pedirse antes de su vencimiento, y finalmente, la de C es condicional, sujeta a la condición suspensiva de que perciba un crédito que se le debe; mientras esto no ocurra no se le puede demandar el pago. Todo es perfectamente posible por el principio que comentamos.

⁵³³ F.M. Nº 5, pág. 820.

2º. *Puede ser diversa la causa de las obligaciones.*

Y así, en el mismo ejemplo, los \$ 30.000 del mutuo le han sido facilitados a A, B y C que se han obligado solidariamente con él para su pago; tratándose de un contrato unilateral, la causa para A es la entrega que se le ha hecho del dinero, pero para B y C puede ser la mera liberalidad a fin de ayudar a A a obtener su crédito, lo que sin la solidaridad no habría conseguido, o la recompensa que éste les ofrece, etc.

3º. *Pueden ser diversos los plazos de prescripción, según la naturaleza del vínculo jurídico.*

Así se ha fallado.⁵³⁴

4º. *Puede ser nula la obligación respecto de alguno de los obligados y válida para los demás.*

Porque hay pluralidad de vínculos independientes, uno de ellos puede resultar afectado por un vicio de nulidad que no concurre en los demás, como si en el ejemplo que venimos utilizando A es menor de edad y actuó sin su representante legal. Su obligación adolece de nulidad relativa, pero las de B y C son perfectamente válidas, etc.

429. III. Las fuentes de la solidaridad. Enunciación. El Art. 1511 señaló que la solidaridad podía provenir de la convención, el testamento o la ley, que en el solo Código eran las únicas fuentes de solidaridad activa o pasiva.⁵³⁵ Hoy en día, según decíamos, hay un caso muy excepcional en que el juez puede imponerla por estar expresamente facultado por ley para ello.

Si la solidaridad no es establecida directamente por la ley, “debe ser expresamente declarada” (inc. final del Art. 1511). En consecuencia, la ley no la presume ni subentiende y debe establecerse claramente por su condición de

⁵³⁴ G.T. de 1937, 2º sem., Nº 190, pág. 733.

⁵³⁵ RDJ, Ts. 33, sec. 1ª, pág. 193, y 59, sec. 2ª, pág. 43, este último posterior a la aparición del caso de solidaridad judicial del Nº 395.

excepción a las reglas generales del derecho, que, como hemos dicho varias veces, en nuestra legislación son las de la mancomunidad.⁵³⁶

La regla es justamente la contraria en algunos de los Códigos modernos, en que se presume la solidaridad si existen varios deudores, a menos que se diga lo contrario. Por ejemplo, Art. 427 del Código alemán, 1924 del italiano, etc.

Que la solidaridad sea establecida expresamente significa en nuestro Código que debe quedar claramente consagrada: en presencia de una cláusula dudosa debe ser descartada y no puede aplicarse por analogía. Pero tampoco es preciso utilizar términos sacramentales, pues ellos están hoy desterrados del Derecho; lo normal será que se diga que las partes se obligan solidariamente, *in sólido*, cada uno por el total, etc.

La C.S. ha declarado que establecer si existe o no solidaridad es cuestión de Derecho, por lo que queda bajo su control por la vía del recurso de casación en el fondo.⁵³⁷ En un caso de prórroga de un arriendo de acuerdo al Art. 1956 del C.C., se resolvió que para que continúe la solidaridad, el codeudor solidario debe concurrir a la prórroga.⁵³⁸

En los números siguientes examinaremos estas diversas fuentes de la solidaridad.

430. A. La ley. La ley en realidad es fuente de la solidaridad pasiva, pero no se conocen casos en nuestra legislación ni en la extranjera de solidaridad activa legal debido a la menor importancia que ella tiene.

En cambio, los casos de solidaridad pasiva establecidos en el C.C., en otros Códigos y leyes son numerosos, aunque ello no les quita el tantas veces destacado carácter de excepcionales que impide su aplicación analógica, como ha solido hacerlo con textos parecidos a los nuestros, la jurisprudencia francesa (Nº 443).

⁵³⁶ *RDJ*, T. 12, sec. 1ª, pág. 495; *G.T.* de 1887, Nº 663, pág. 379, y Nº 2.212, pág. 1.354; de 1889, T. 2º, Nº 3.706, pág. 1.865; de 1906, T. 1º, Nº 611, pág. 987, y de 1928, 1º sem., Nº 173, pág. 753; *G.J.* Nº 25, pág. 54.

⁵³⁷ *RDJ*, T. 33, sec. 1ª, pág. 193.

⁵³⁸ *L.S.* Nº 1, pág. 19.

Algunos casos del C.C. los hemos ya señalado: el Art. 2317 para los coautores de un mismo hecho ilícito civil (Nº 299). Otros serían, por vía de ejemplo, el Art. 546 para los miembros de una corporación carente de personalidad jurídica; los Arts. 419 y 1281 por la responsabilidad que les cabe en el ejercicio de sus funciones a los guardadores y albaceas, si ellos son varios, etc.

El Art. 2317 inciso 2º por su parte dispone:

“Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”, que como sabemos establece la solidaridad en materia de responsabilidad extracontractual.

En el Derecho Comercial son numerosos los casos en que se la establece: el Art. 370 del C. de Co. para los socios de la sociedad colectiva mercantil, el Art. 79 de la Ley Nº 18.092, de 14 de enero de 1982, sobre Letras de Cambio y Pagarés para todos los que firmen una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes o endosantes.⁵³⁹

431 B. El testamento. Es la voluntad del causante la que establece la solidaridad entre sus sucesores, como si por ejemplo deja un legado a una persona y establece la obligación solidaria de todos sus herederos para su pago.

El legatario podrá demandarlo a cualquiera de ellos. Según lo expresado, la solidaridad en el testamento debe estar claramente establecida.

432. C. La convención. La estipulación de las partes es también una fuente voluntaria de la solidaridad; son ellas quienes la convienen.

No es requisito que se pacte de manera coetánea con el nacimiento de la obligación; puede acordarse posteriormente siempre que sea en forma clara establecida en relación a ésta.

433. D. La sentencia judicial por regla general no es fuente de solidaridad. Excepción. El Art. 1511 enumera únicamente la convención, el testamento y

⁵³⁹ Los efectos de la solidaridad cambiaria difieren eso sí de la común. Véase nota 577 de este primer tomo.

la ley como fuentes de la solidaridad, y por ello nuestros tribunales han reconocido que carecen de atribuciones para imponerla;⁵⁴⁰ se limitan a declararla cuando ella la establece la ley o la voluntad de las partes.

Existía en el Código un caso de excepción en que la solidaridad podía tener su origen en una sentencia judicial: era el contemplado en el inc. 3º del N° 5º del Art. 280, con la redacción que le dio la Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952, y hoy derogado por la Ley de Filiación N° 19.585, de 26 de octubre de 1998. Según este precepto, el hijo simplemente ilegítimo tenía derecho a pedir alimentos a su presunto progenitor si el período de su concepción correspondía a la fecha de la violación, estupro o rapto de la madre; si el primer delito fue realizado por varios, debía el juez determinar quién era el presunto padre y “si ello no fuere posible, podía condenar solidariamente al pago de dichos alimentos a todos los autores de la violación”. Y estimamos que esa solidaridad era judicial, pues el juez estaba facultado para imponerla; no era la ley la que la establecía directamente, sino que el tribunal podía constituirla entre los coautores del delito, como lo revelaba claramente la expresión “podrá” que usaba el legislador.⁵⁴¹

Naturalmente que el juez sólo puede imponer la solidaridad cuando la ley lo faculte expresamente para ello, como ocurría en el caso citado.

434. Explicación de la solidaridad. Para fundamentar la solidaridad existen principalmente dos doctrinas, la clásica romanista y la francesa, que explican este fenómeno jurídico de que el acreedor pueda cobrar íntegro un crédito que no le pertenece en tal forma, y que el pago efectuado por el o uno de los deudores a cualquiera de los acreedores lo extinga totalmente.

En la tesis romanista cada acreedor es dueño del crédito total, lo que se explica por una razón histórica, dado que en Roma, por no aceptarse sino imperfectamente la cesión de créditos, se recurría a la figura del mandato para cobrar, unido a la solidaridad, a fin de que el cesionario pudiera exigir

⁵⁴⁰ RDJ, Ts. 25, sec. 1ª, pág. 264; 29, sec. 1ª, pág. 480, y 59, sec. 2ª, pág. 43.

⁵⁴¹ SOMARRIVA, *Derecho de familia*, 2ª ed., 1963, N° 574, pág. 550, quien cita a De la Maza y Larraín, sosteniendo que era un caso de solidaridad pasiva legal, lo que no es exacto en nuestro concepto por la razón apuntada en el texto.

íntegramente el crédito que le había sido cedido. Como dueño del crédito puede disponer de éste en su propio beneficio, prescindiendo de los demás coacreedores.

Desde el punto de vista pasivo, la solidaridad se fundaba en la noción de que cada deudor está obligado por el total, lo es de toda la deuda y puede operar con ella como el deudor único puede hacerlo con la suya, aun cuando tales actos perjudiquen a los demás deudores. Los demás efectos de la solidaridad pasiva se explican con el principio de la unidad de prestación y la pluralidad de vínculos.

En la concepción francesa va envuelta la idea de representación, esto es, se actúa por cuenta de los coacreedores o codeudores.

En la activa, cada acreedor no es dueño del crédito total, sino únicamente de su parte o cuota y, en consecuencia, no puede efectuar actos de disposición del crédito íntegro sino en virtud de un mandato tácito y recíproco que esta doctrina supone que existe entre los coacreedores. Tácito, porque no se expresa, y recíproco, porque cada uno de ellos lo tiene respecto de los demás. Es entonces como mandatario que cada acreedor puede cobrar el total de la deuda y tomar providencias conservativas en favor de los demás, esto es, ejecutar actos en beneficio común, pero no propio. De ahí su principal diferencia con la tesis romana, en que el acreedor como supuesto dueño del crédito total, puede, como todo dueño, disponer de él en su favor.

En la pasiva, amén del principio ya señalado de la unidad de prestación acompañado de la pluralidad de vínculos, muchos efectos secundarios se explican también con la misma doctrina del mandato tácito y recíproco que existiría entre todos los codeudores solidarios en sus relaciones con el o los acreedores y establecido en beneficio de éstos. Como se le objeta que en la solidaridad legal mal cabe hablar de mandato, se tiende a reemplazarlo por la noción de representación legal, que es más lógica. No obstante, cabe advertir que ni aun en la misma Francia existe acuerdo unánime entre los autores.

Por último, en Italia, principalmente, tiende a abrirse paso una nueva doctrina basada en la comunidad de los intereses entre coacreedores y codeudores, los unos interesados en obtener el pago y los otros la liberación.

435. Doctrina que inspira nuestra legislación. Al respecto existe una discrepancia entre los autores y la jurisprudencia.

Claro Solar⁵⁴² y Alessandri⁵⁴³ creen que nuestro Código adoptó la doctrina de Roma tanto para la solidaridad activa como para la pasiva, basándose fundamentalmente en dos argumentos, de texto legal e histórico:

1º. El primero es el Art. 1513 que permite a cada acreedor remitir, novar y compensar el crédito solidario (Nº 438, 2º). Ello prueba que es dueño del crédito total, como lo supone la doctrina romana, pues dispone en su propio beneficio de él, lo que no se acepta en la de la representación, como lo demuestra la solución inversa que da al punto el Art. 1198 del Código francés, y

2º. Porque Bello así lo dijo en nota al margen del Art. 1690 del Proyecto Inédito, equivalente al citado 1513 actual: "El proyecto se separa aquí del Código francés y sigue el Derecho Romano".

Sin embargo, otras opiniones sostienen que debe separarse la solidaridad activa y la pasiva. En cuanto a la primera, no hay dudas de que el Código siguió la doctrina romana,⁵⁴⁴ no así en la segunda, porque todas las soluciones del legislador se fundan en la teoría francesa, y porque así lo prueba la cita de Bello. En efecto, ella fue colocada al Art. 1513 que reglamenta la solidaridad activa y dijo: "el proyecto se separa aquí", en esta parte, lo que quiere significar que la sigue en lo restante.⁵⁴⁵

La jurisprudencia de los tribunales, sin hacer distinción entre activa y pasiva, pero en fallos referidos exclusivamente a esta última, ha declarado uniformemente que nuestra legislación acepta la doctrina del mandato tácito y recíproco.⁵⁴⁶

⁵⁴² Ob. cit., tomo 10, Nº 407, pág. 384.

⁵⁴³ Ob. cit., pág. 225.

⁵⁴⁴ Somarriva en sus clases; ALESSANDRI, ob. cit., pág. 221; FUEYO, ob. cit., tomo 1º, Nº 171, pág. 191.

⁵⁴⁵ SOMARRIVA, *Cauciones*, Nº 53, pág. 50.

⁵⁴⁶ RDJ, Ts. 17, sec. 1ª, pág. 19; 19, sec. 1ª, pág. 171; 27, sec. 1ª, pág. 513; G. T. de 1930, 2º sem., Nº 118, pág. 444, sentencias que son criticadas precisamente por Claro Solar y Alessandri.

Sección Tercera
Solidaridad activa

436. Su escasa aplicación actual. Ya hemos dicho que la solidaridad activa consiste en que habiendo pluralidad de acreedores de una cosa divisible, cada uno de ellos puede exigir el total de la obligación y cumplida ésta por el deudor respecto de uno, se extingue para los demás.

Tuvo su auge en Roma como paliativo a las restricciones de la representación, mandato y cesión de créditos, pero se encuentra en franco desuso por los peligros que encierra.

En efecto, como cada uno de los acreedores puede cobrar el total del crédito, es posible que los demás se encuentren con el problema de que quien percibió su pago no quiere pagarles su parte; en nuestro Código, además, puede disponer del crédito, novándolo, remitiéndolo y compensándolo en perjuicio de sus coacreedores. Todo ello amplificado por las circunstancias de que la solidaridad activa se transmite a los herederos del acreedor fallecido, de modo que cada heredero tiene los mismos derechos ya señalados.

Semejantes inconvenientes se evitan cuando hay muchos acreedores dándose poder a uno de ellos o a un tercero de confianza para que cobre en nombre de todos. Normalmente, es el deudor que tiene varios acreedores quien pide semejante mandato, a fin de evitarse las molestias de tener que efectuar tantos pagos y el peligro de equivocarse y pagar mal.

437. Efectos de la solidaridad activa. Hemos señalado ya la explicación de ellos (Nº 434), y que nuestro Código considera a cada acreedor como dueño total del crédito (Nº 435).

Debemos distinguir los efectos entre acreedores y deudor, y entre aquéllos una vez extinguida la obligación.

438. I. Efectos entre los acreedores y el deudor. Son ellos los siguientes:

1º. Cada acreedor puede exigir el pago total de la deuda al deudor, y en consecuencia el cumplimiento que a cualquiera de sus coacreedores efectúe el deudor extingue la obligación respecto de todos ellos.

Se exceptúa el caso de que el deudor haya sido demandado por alguno de los acreedores, pues entonces deberá pagarle a éste. Así lo señala el inc. 1º del Art. 1513: “El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante”.

2º. Lo que se dice del pago vale igualmente para los demás modos de extinguir las obligaciones (Nº 1258).

El inc. 2º del Art. 1513, que ya hemos comentado por ser la demostración de la aplicación de la doctrina clásica en esta parte, se preocupa de la novación, compensación y remisión, y dispone: “la condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de éstos no haya demandado ya al deudor”.

El inc. 2º del Art. 1668 se preocupó de la confusión, como lo veremos en el número siguiente.

3º. La interrupción que beneficia a uno de los acreedores, aprovecha a todos; así se desprende del Art. 2519 (Nº 1349), y

4º. Constituido el deudor en mora por uno de los coacreedores, queda en mora respecto de todos.

439. II. Efectos entre los coacreedores una vez extinguida la deuda. Nada dijo el Código al respecto.

Con la teoría del mandato tácito y recíproco se producen los efectos propios de este contrato, o sea, el acreedor que extinguió la deuda debe rendir cuenta a sus mandantes: los demás acreedores.

En la romana, el dominio del acreedor sobre el total del crédito rige únicamente ante el deudor; en la realidad, sólo le corresponde su parte o cuota, y en consecuencia resulta evidente que también deberá darles dicha porción. De no hacerlo así habría para el acreedor que recibió el pago un enriquecimiento sin causa.

Si no les paga su parte, los acreedores demandarán al que recibió el pago o hizo operar otro modo de extinguir cobrándole naturalmente su cuota en el crédito. La solidaridad ha terminado.

Así lo confirma el ya citado inc. 2º del Art. 1668, único en que el legislador se preocupó del punto. Se pone el precepto en la situación de que haya operado la confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, y en tal caso el primero "será obligado a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito" (Nº 818).

Sección Cuarta *Solidaridad pasiva*

440. Enunciación. Si escasa es la aplicación de la solidaridad activa, enorme es, en cambio, la importancia de la pasiva por el carácter de caución que según veremos tiene.

Su estudio lo haremos dividido en cuatro párrafos: generalidades para el primero, efectos de la solidaridad entre acreedor y deudores, y entre éstos, extinguida que sea ella, en las dos siguientes y el final, para la extinción de la solidaridad.

Párrafo 1º *Generalidades*

441. Concepto y caracteres. Según lo expresado anteriormente, la solidaridad pasiva consiste en que existiendo pluralidad de deudores, el acreedor puede exigir el total de la deuda a cualquiera de ellos, y de la misma manera el cumplimiento de uno de los deudores extingue la obligación respecto de todos.

Supone pluralidad de deudores, unidad de prestación de cosa divisible y pluralidad de vínculos y una disposición legal, disposición testamentaria, estipulación de las partes o, por excepción, una sentencia judicial que la establezca claramente.

Pero, además, la solidaridad pasiva presenta otra característica, a la que debe su intensiva aplicación: de caución personal, según diremos en el número siguiente.

442. La solidaridad pasiva como caución. Relaciones con la fianza. Al hablar de los contratos accesorios (Nº 73) señalamos la noción de caución, su división en reales y personales, y quedó esbozada la razón por la cual la solidaridad pasiva lo es: porque el acreedor va a poder hacer efectivo su crédito en tantos patrimonios cuantos sean los deudores, de manera que si uno de ellos es insolvente siempre le queda el recurso de cobrarles a los otros.⁵⁴⁷

En el ejemplo de que nos venimos valiendo, si A fuere el único deudor y no pudiera pagarme, el crédito quedaría definitivamente impago, pero si B y C son sus codeudores solidarios, hay más posibilidades de cumplimiento, pues tendría que sobrevenir la insolvencia a los tres para que no se cancelara la deuda. En consecuencia, mientras mayor sea el número de los deudores solidarios, más derechos de garantía (prenda) generales tiene el acreedor y mayor seguridad de ser pagado.

El carácter caucionador de la solidaridad pasiva se hace más patente cuando alguno de los codeudores solidarios no tiene interés en la deuda (Nº 459); ha accedido a ella exclusivamente para garantizar el crédito.

Como caución difiere la solidaridad pasiva de la cláusula penal, porque ésta la puede constituir el propio deudor o un tercero, y aun en este caso, porque aquélla supone una sola obligación, mientras la cláusula penal exige dos: la principal garantizada y la pena para el caso de no cumplirse aquélla. Y supera como garantía la solidaridad a la cláusula penal, porque si ésta la ha constituido el propio deudor, su efectividad es meramente psicológica (Nº 979), y si un tercero, es necesario el incumplimiento del deudor principal para que el acreedor le pueda cobrar (Nº 985). En cambio en la solidaridad, el acreedor elige al deudor a quien exigirá el pago.

Más semejanzas existen entre la solidaridad y la fianza, porque ésta también supone como mínimo dos deudores, uno principal y el otro subsidiario. Pero la diferencia reside justamente ahí: en la fianza hay dos obligaciones, una subordinada a la otra, mientras en la solidaridad puede haber varios obligados, pero una obligación tan sólo.⁵⁴⁸

⁵⁴⁷ Se ha fallado que no es contrario al Derecho Público que la mujer se constituya en codeudora solidaria de su marido: *RDJ*, T. 90, sec. 1ª, pág. 108.

⁵⁴⁸ *RDJ*, T. 36, sec. 1ª, pág. 330.

También la solidaridad pasiva ofrece mayor garantía que la fianza, principalmente en dos sentidos:

1º. Porque el fiador goza normalmente de beneficio de excusión, en cuya virtud podrá exigirle al acreedor que se dirija primero contra el deudor principal y sólo si éste no le paga, proceda en contra suya. Por ello se le llama deudor subsidiario. Semejante beneficio no existe en la solidaridad pasiva, puesto que el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores, y

2º. Porque el fiador goza también del beneficio de división, de manera que si ellos son varios, sólo es posible demandar a cada uno por su parte o cuota en la fianza; en la solidaridad, como es obvio, no hay nada parecido (Art. 1514).⁵⁴⁹

Sin embargo de lo dicho, ambas cauciones pueden combinarse, resultando entonces la llamada fianza solidaria. Es muy frecuente que especialmente los bancos estipulen como caución una "codeudoría y fianza solidaria". Obviamente, en tal caso se aplican las reglas de ambas instituciones, y como los efectos de la solidaridad pasiva son más drásticos, priman estas últimas. Así se ha fallado.⁵⁵⁰

A pesar de lo dicho, hay una diferencia a favor de la fianza, por la cual al acreedor le podría, eventualmente, convenir asilarse en ésta.

En efecto, en la solidaridad rige el principio de la unidad de la prestación, con lo cual no puede ser diferente lo que deba uno u otro codeudor solidario, ya que el acreedor puede cobrarle a cualquiera, y como se verá más adelante, si el demandado realmente no es deudor directo, sino que está caucionando la obligación de otro, si paga podrá repetir en contra del verdadero deudor (Nº 459). Por ello, de acuerdo a los Arts. 2343 y 2344, el fiador no puede obligarse a más ni en términos más gravosos que el principal deudor, pero sí puede hacerlo por menos y en términos menos gravosos que el deudor prin-

⁵⁴⁹ Se ha fallado que si uno de los deudores se obligó expresamente en forma solidaria, pero el otro no, el primero es en realidad fiador y no codeudor solidario; *RDJ*, T. 27, sec. 1ª, pág. 513.

⁵⁵⁰ Corte de Santiago, 25 de septiembre de 1996, *G.J.* Nº 182, sent. 3ª, pág. 76.

cipal, y también puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor.

Nada de esto es posible en la solidaridad y si hay ésta y fianza, la limitación rige para la fianza, pero no puede hacerlo para la codeudoría, por lo cual, si se la limita, como suele hacerse, no hay solidaridad, de acuerdo a los Arts. 1444 y 1682 del Código. Así se ha fallado por la C.S.⁵⁵¹

443. Solidaridad imperfecta. Los autores franceses, pretendiéndose fundar en el Derecho Romano, hacen una distinción entre solidaridad perfecta que produce todos los efectos de ella, y que pasamos a estudiar en los siguientes números, e imperfecta, que tan sólo genera el efecto más peculiar de la solidaridad pasiva: que el acreedor pueda demandar el total de la deuda a cualquiera de los deudores, pero no a los restantes.

Hay disparidad de opiniones, además, entre ellos sobre los casos de solidaridad imperfecta. Para algunos autores la hay siempre en la legal, porque en tal caso no podrían operar los efectos secundarios, ya que, no cabría hablar de mandato (Nº 434), pero la tesis predominante es que ella se presenta en los casos en que la doctrina y jurisprudencia han creado la solidaridad sin texto legal, principalmente en la responsabilidad extracontractual por la falta en el Código francés de un precepto equivalente a nuestro Art. 2317. Es como si retenidos por haber establecido solidaridad sin texto expreso, le restringieran sus efectos.

Pero si en Francia ha podido sostenerse, entre nosotros con justa razón es rechazada generalmente,⁵⁵² primero, porque, como excepción que es a las reglas generales, la solidaridad no puede establecerse a falta de texto legal; en seguida, entre nosotros no existe el más grave problema que ha originado la cuestión en Francia: la ausencia de una disposición que la imponga a los coautores de un hecho ilícito y, finalmente, porque la reglamentación de la solidaridad pasiva es una sola, sin distinción para sus efectos entre algunos casos y otros.

⁵⁵¹ F. del M. Nº 350, Nº 13, pág. 974. En contra C.A. de Santiago de 2 de junio de 2003: G.J. Nº 276, pág. 124.

⁵⁵² Por vía de ejemplo, ALESSANDRI, ob. cit., pág. 237; SOMARRIVA, *Cauciones*, pág. 67, Nº 67.

444. Efectos de la solidaridad. Enunciación. Hemos ya esbozado las doctrinas que intentan explicar los efectos de la solidaridad (N^{os}. 434 y 435).

Corresponde ahora estudiarlos al igual que los de la solidaridad activa, distinguiendo los que se producen entre el acreedor y los deudores solidarios, y los que pueden generarse entre éstos una vez extinguida la deuda. A cada una de estas divisiones destinamos los párrafos siguientes.

Párrafo 2º

Efectos de la solidaridad pasiva entre acreedor y deudores

445. Enunciación. Los efectos que la solidaridad pasiva produce entre el o los acreedores y los codeudores solidarios se refieren a los siguientes aspectos:

- 1º. La demanda del acreedor;
- 2º. La extinción de la deuda;
- 3º. La interrupción de la prescripción y la mora;
- 4º. Otros efectos de menor trascendencia, y
- 5º. Las excepciones del deudor demandado.

Los veremos en los números que a éste siguen.

446. I. La demanda del acreedor. El Art. 1514 establece cómo debe cobrar su crédito el acreedor: "podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división".

El acreedor entonces escoge a su arbitrio, esto es, sin que pueda alegársele abuso del derecho (Nº 241): si quiere demanda a todos sus deudores conjuntamente,⁵⁵³ o procede contra uno o más de ellos. En el ejemplo de que

⁵⁵³ Se ha resuelto que en tal caso debe hacerlo en un solo juicio y que únicamente puede demandar por cuerda separada si renuncia a la solidaridad y cobra a cada uno su cuota: *G.T.* de 1930, 2º sem., Nº 118, pág. 444. En contra *RDJ*, T. 28, sec. 1ª, pág. 762, y nos parece la buena doctrina, porque el Art. 1515, según veremos, autoriza al acreedor para demandar a otro de los codeudores si en la primera demanda no obtiene el pago, y porque según el Art. 1516, inc. 2º, se

nos valemós, si quiero demandar a A, B y C por los \$ 30.000 o a cualquiera de ellos por esta misma suma.

Y los deudores, como lo señala el precepto, no pueden oponer el beneficio de división, que es una característica fundamental de la moderna solidaridad pasiva, y es una de las diferencias que le anotábamos con respecto a la fianza.

Se ha resuelto que prorrogada la competencia por uno de los deudores demandados, la prórroga afecta a todos.⁵⁵⁴

También que la solidaridad se comunica a todas las acciones del acreedor que afecten a todos los deudores; ello a propósito de la acción resolutoria (Nº 606) que el acreedor puede intentar contra cualquiera de los deudores solidarios.⁵⁵⁵ Dicho de otra manera, tratándose de un contrato bilateral, el derecho alternativo del acreedor en caso de incumplimiento a exigir el pago forzado o la resolución del contrato (Nº 581), se sujeta a la misma regla del Art. 1514.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el acreedor ha demandado a uno solo de los deudores y no obtiene el pago integral? La respuesta la da el Art. 1515: “la demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado”.⁵⁵⁶

renuncia tácitamente la solidaridad si se demanda a un deudor, expresándolo así y sin hacer reserva de la solidaridad. En el caso de que haya más de dos codeudores solidarios, puede el acreedor demandar solidariamente a algunos de ellos y no a todos, o a uno.

⁵⁵⁴ *RDJ*, T. 19, sec 1ª, pág. 171.

⁵⁵⁵ *RDJ*, T. 50, sec. 1ª, pág. 57. En fallo de la C.S. de 28 de enero de 2008 se ha sostenido que no es indispensable que en la escritura pública en que se pactó solidaridad de todas las obligaciones que ella abarca se mencione el crédito por el cual se demanda ejecutivamente a un deudor solidario. Publicado en *F.M.* Nº 549, de 2008, pág. 51.

⁵⁵⁶ En el Derecho Romano anterior a Justiniano, si el acreedor demandaba a uno sólo de los deudores y no obtenía el pago total, no podía dirigirse contra los otros, porque a unidad de obligación, unidad de acción, pero la solución se alteró con Justiniano.

Para algunos autores este efecto se explica por la unidad de la prestación, mientras para otros por la razón antes señalada es la demostración de que no existe semejante unidad, y todos los efectos se explican por la representación.

No cabe duda de que nuestro Código considera que hay una sola obligación, y no obstante reconoce, como se ha visto, el derecho del acreedor a instaurar varias demandas separadas.

Este derecho a perseguir a los restantes codeudores mientras haya una parte insoluta de la deuda sólo se extingue cuando deja de haberla, esto es, la obligación está íntegramente pagada.⁵⁵⁷

Al respecto se presentan dos problemas que merecen tratamiento separado: el efecto de la cosa juzgada, y el caso de que el crédito sea privilegiado respecto de algún deudor.

No es lugar para disquisiciones doctrinarias, pero nos parece que al margen del texto legal en realidad en la solidaridad existen varias obligaciones diversas, sólo que ligadas por la prestación.

⁵⁵⁷ *RDJ*, T. 28, sec. 1ª, pág. 762. Agregó la sentencia que bien puede también el acreedor demandar a otros de los codeudores estando pendiente el juicio con el primer demandado.

Nos parece más que discutible la conclusión de esta sentencia.

En efecto, puede suceder que haya más de dos deudores solidarios. Es obvio que en tal caso el acreedor puede demandarlos a todos en conjunto o a sólo uno de ellos, porque así lo dice el Art. 1514. Pero existen dos situaciones dudosas:

a. ¿Puede el acreedor demandar solidariamente a más de un deudor, pero no a todos ellos? Por ejemplo, son codeudores solidarios A, B, C y D, y el acreedor demanda en un mismo juicio a A y B, pero no a C y D.

Literalmente no estaría dentro del precepto que habla de "cualquiera de ellos" en singular. Dicho de otra manera, en el Art. 1514 la opción es demandarlos a todos o a uno de los codeudores solidarios.

Sin embargo, creemos que ello es posible, porque en nada se los perjudica.

b. El segundo caso es mucho más conflictivo y consiste en determinar si en el evento señalado puede el acreedor demandar separadamente a los codeudores solidarios o a algunos de ellos. En el mismo ejemplo anterior, el acreedor demanda separadamente a A, B, C y D en cuatro juicios diferentes, o a A y B también en juicios separados, pero no a C y D.

Creemos que ello no puede hacerse, porque cada demanda será por el total de la obligación y el acreedor podría, en definitiva, obtener doble pago y además, como lo veremos en el N° 447, en términos generales hay cosa juzgada entre los codeudores solidarios y ¿qué va a pasar, en tal caso, si en los juicios se dictan sentencias contradictorias?

Reafirma esta solución el Art. 1515, que se comenta en el texto, y que faculta al acreedor para perseguir a los otros codeudores solidarios si el que fue demandado no extingue totalmente la obligación solidaria.

Quiere decir que si el acreedor demandó a uno de los codeudores solidarios y no a todos en conjunto, sólo tiene acción contra los otros codeudores solidarios si la deuda no fue extinguida en el primer juicio.

Por ello creemos que debe rechazarse la posibilidad de que el acreedor demande separadamente a dos o más deudores solidarios y es criticable la sentencia citada, salvo que el acreedor se desista del primer juicio para intentar el segundo.

447. A. La cosa juzgada. En el caso de que el acreedor haya demandado a uno de los codeudores solidarios, se presenta el problema de determinar qué efectos produce la sentencia recaída en dicho juicio respecto de los demás.

En virtud del principio de la representación legal existente entre los codeudores solidarios, la conclusión es que existe cosa juzgada para todos los efectos, pues los restantes codeudores solidarios han estado representados en el juicio por el demandado. La única salvedad es que ello es sin perjuicio de las excepciones personales que puedan corresponderles a los que no actuaron en el juicio (Nº 454).

Sin embargo, la Corte Suprema ha declarado que no existe acción de cosa juzgada para hacer cumplir la sentencia en contra de los deudores que no figuraron como demandados en el juicio.⁵⁵⁸ Si en el ejemplo he demandado a A y la sentencia ha declarado la deuda y la solidaridad, querría decir que no podría demandar a B o C ejecutivamente para hacerla cumplir, lo que es criticado por la doctrina⁵⁵⁹ por la razón antes apuntada.

Lo que sí no podría hacer el acreedor es demandar a uno de los deudores y embargar bienes de otro; la medida debe trabarse en los bienes del demandado.⁵⁶⁰

448. B. Crédito privilegiado respecto de un deudor. Puede ocurrir que el crédito sea privilegiado, o sea, tenga preferencia para su pago (Nº 1054) respecto de

⁵⁵⁸ *RDJ*, Ts. 40, sec. 1ª, pág. 249, y 65, sec. 1ª, pág. 322. En este último caso se trataba de deudas alimenticias, y se hacía efectiva la solidaridad legal del Art. 18 de la Ley Nº 14.908 de octubre de 1962 respecto de los que vivan en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante y de los que, sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de la obligación alimenticia. Si bien jurídicamente vale el argumento del texto, la verdad es que en la solidaridad legal choca un poco la conclusión, porque, por ejemplo, en el caso fallado se ejecutaba al presunto concubino sin siquiera haberlo escuchado en el juicio; la conclusión es que en todo caso debe reconocerse a aquel contra quien se invoca la solidaridad un amplio derecho para probar en la ejecución que ésta no existe, no obstante lo que se haya establecido en el juicio declarativo.

⁵⁵⁹ SOMARRIVA, ob. cit., Nº 55, pág. 55. Es la misma opinión de la doctrina y jurisprudencia francesas.

⁵⁶⁰ Por vía de ejemplo, *RDJ*, T. 18, sec. 1ª, pág. 482.

todos los deudores, como ocurre, por ejemplo, en los créditos del pupilo en caso de pluralidad de guardadores.

Pero por la diversidad de vínculos es posible también la situación inversa: el crédito es privilegiado respecto de alguno o algunos de los codeudores solidarios, pero no de los demás, como si en el ejemplo propuesto un tercero se constituye en codeudor solidario de los guardadores para mejor garantizar la responsabilidad de éstos frente al pupilo.

En tal caso se presenta el problema de determinar si el crédito pasa a ser también privilegiado respecto de este tercero.

Doctrinariamente la solución debe ser negativa, porque el privilegio es inherente al crédito a que accede (Nº 1062) y no se comunica a los demás obligados,⁵⁶¹ sin embargo de lo cual la Corte Suprema dio solución contraria en el caso de una fianza solidaria a favor del Fisco por derechos de aduana.⁵⁶²

449. II. Extinción de la deuda. Extinguida la obligación por uno de los deudores, ella perece igualmente para todos los demás en sus relaciones con el acreedor; es la contrapartida de lo anterior: si el acreedor puede exigir el cumplimiento íntegro a cualquier deudor, el pago hecho por éste libera a los demás, y lo que se dice del pago es válido para todos los demás modos de extinguir las obligaciones (Nº 1258).

Algunos de ellos requieren un comentario especial:

1º. Novación y dación en pago.

El Art. 1519 se preocupó especialmente de la novación; si ella se efectúa entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, la novación "liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida". La novación supone la extinción de la obligación primitiva y de ahí la liberación de los demás deudores, que no tienen por qué quedar afectos a la nueva obligación si no han consentido en ella.

⁵⁶¹ SOMARRIVA, *Cauciones*, Nº 56, pág. 57, quien critica además la sentencia citada en el texto porque la fianza solidaria sigue siendo fianza y como obligación accesoria no goza del privilegio de la principal.

⁵⁶² RDJ, T. 36, sec. 1ª, pág. 330.

Lo que el Código dijo de la novación hay que entenderlo igual para la dación en pago. Si uno de los deudores por un acuerdo con el acreedor le entrega una cosa diversa a la debida, la obligación se extingue.

2º. *Imposibilidad en el cumplimiento.*

Si la cosa debida solidariamente perece, es necesario hacer un distingo. Si hay caso fortuito, la obligación se extingue respecto de todos los codeudores solidarios, efecto que se explica habitualmente por el principio de la unidad de la prestación.

Pero "si la cosa perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpable o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diera lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso". (Art. 1521).

O sea, se separa el precio de la cosa y la indemnización de perjuicios. El primero lo deben solidariamente todos los deudores, culpables o inocentes, sin perjuicio del derecho de éstos a repetir contra aquéllos.

Pero en la indemnización termina la solidaridad: sólo es obligado a ella el o los deudores culpables o morosos. Esta interpretación que también establece el Código francés y parece provenir de una errónea interpretación de los textos romanos, doctrinariamente puede ser criticable, porque se aparta de la teoría del mandato, pero se ha impuesto, pues no parece equitativo hacer cargar al deudor inocente con la indemnización de perjuicios.

3º. *Transacción.*

Habitualmente se la define como un contrato que tiene por objeto precaver un litigio eventual o poner fin a uno ya existente, haciéndose las partes concesiones recíprocas. El Código la considera un acto *intuitu personae*, como lo dice expresamente el Art. 2456, y por ello el Art. 2461 dispone que la transacción no surte efecto sino entre los contratantes y en consecuencia si hay muchos interesados, la consentida por uno de ellos no perjudica ni beneficia a los demás, "salvo, empero, los efectos de la novación en la solidaridad".

Lo que pasa es que la transacción es un acto complejo que puede llevar envueltos otros pactos jurídicos, entre ellos precisamente una novación, que

de acuerdo al ya citado Art. 1519 libera a los demás codeudores solidarios que no han consentido expresamente en ella.

Por tanto, la transacción por regla general no afecta a los demás codeudores, pero los libera en caso de novación.

4º. *Remisión.*

Si el acreedor condona la deuda a todos los codeudores solidarios, se extingue la obligación. Pero si la remite a uno o más de ellos, pero no a todos, de acuerdo al Art. 1518 no puede dirigirse contra los demás que aún permanecen obligados sino con rebaja de la cuota que correspondía al o los remitidos en la deuda. En el ejemplo que utilizamos, si condono la deuda a A, no puedo cobrar a B y C los \$ 30.000 primitivos, sino únicamente el saldo de \$ 20.000. Ello se explica perfectamente, porque según veremos (Nº 456), el deudor que paga la deuda tiene el derecho de repetir contra los demás deudores por su parte o cuota en ella. El acreedor no puede por sí solo eliminar a uno de los deudores de esta obligación de contribución, y por ello si le remite la deuda, pierde la cuota de éste.⁵⁶³

Por eso, según veremos, se considera la remisión como excepción mixta (Nº 455).

5º. *Compensación.*

También se preocupó el legislador específicamente de la compensación, que produce la extinción de la deuda cuando las partes son recíprocamente acreedoras y deudoras. Puede ocurrir que alguno de los codeudores solidarios sea a su vez acreedor del acreedor común.

Si opone la compensación al ser demandado por éste, la obligación se extingue, y tendrá derecho a cobrar a los demás codeudores su parte en la deuda. Pero los demás codeudores solidarios no pueden oponer la compensación sino cuando el que es acreedor a su vez del acreedor de todos ellos les ha cedido su derecho.

Por ello también la compensación se considera como excepción mixta (Nº 455).

⁵⁶³ De acuerdo a la Ley de Quiebras este efecto sólo se extiende al acreedor que votó favorablemente el convenio de remisión.

450. III. Interrupción y mora. El Código resuelve expresamente lo relativo a la prescripción en el Art. 2519, en cuya virtud la interrupción de ella, sea civil o natural, pues el precepto no distingue, que opera respecto de uno de los codeudores solidarios, perjudica a los demás; la solución es, pues, justamente la inversa de las obligaciones conjuntas (Nº 422 Nº 3).

No dijo en cambio la ley expresamente que colocado en mora uno de los deudores todos ellos lo queden, pero es uniformemente aceptado por la doctrina.

La norma de la interrupción ha tenido mucha aplicación práctica ante nuestros tribunales y es así como se ha resuelto que los abonos del deudor principal o de uno de los deudores solidarios interrumpen la prescripción respecto a los demás.⁵⁶⁴

También se ha discutido en materia de pagarés, ya que la solidaridad cambiaria tiene diferencias con la del Código Civil, y es así como se ha declarado que el Art. 100 de la Ley Nº 18.092, de 14 de enero de 1982, prima sobre el Art. 2519, pues exige que en los pagarés la interrupción sea personal.⁵⁶⁵

Se ha fallado que interrumpida la prescripción respecto del suscriptor de un pagaré, ella perjudica al avalista del mismo por ser responsable solidario de su pago.⁵⁶⁶

451. IV. Otros efectos de la solidaridad pasiva. Podemos mencionar, además de los ya señalados, otros efectos de menor envergadura de la solidaridad pasiva:

1º. La cláusula penal estipulada por todos los codeudores solidarios para el caso de incumplimiento de la obligación solidaria, puede demandarse a cualquiera de ellos.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ F.M. Nº 396, sent. 14, pág. 664, y G.J. Nº 137, sent. 2ª, pág. 37, y Nº 170, sent. 3ª, pág. 71.

⁵⁶⁵ F.M. Nº 462, sent. 12, pág. 592.

⁵⁶⁶ F.M. Nº 357, sent. 6ª, pág. 490.

⁵⁶⁷ SOMARRIVA, *Cauciones*, Nº 63, pág. 66. ALESSANDRI, ob. cit., pág. 228.

2º. Para el perfeccionamiento de la cesión de créditos respecto del deudor y terceros es necesario que se notifique a aquél, o que acepte la cesión (Nº 1141). Si la deuda es solidaria, basta la notificación o aceptación de uno de los deudores, porque éste representa a todos.

3º. Finalmente, hay una serie de situaciones que pueden producirse entre el acreedor y un deudor solidario, que pueden perjudicar a los demás. De acuerdo a la teoría del mandato, ellas deberían afectar a los otros codeudores, como por ejemplo, la aceptación de la demanda, la confesión en juicio; pero aun en Francia parece a los autores dudoso extender esta doctrina a tales casos, por el peligro de fraude que envuelven.

452. V. Las excepciones del deudor demandado. Clasificación. El deudor demandado podrá defenderse oponiendo excepciones dilatorias o perentorias; el Código se preocupa de estas últimas y de los Arts. 1520 y 2354 se desprende una clasificación de ellas en reales, personales y mixtas, que analizaremos en los números siguientes.

453. A. Excepciones reales. Se las llama también comunes, de la naturaleza o inherentes a la obligación y miran a ésta objetivamente considerada. De acuerdo a una sentencia, son las inherentes a la obligación, o sea, dicen relación con la obligación misma sin considerar a la persona que la ha contraído.⁵⁶⁸ Según el Art. 1520, inc. 1º, las puede oponer cualquiera de los deudores solidarios, por la misma razón de que afectan a toda la deuda.

Podemos citar como principales las siguientes:

1º. La nulidad absoluta, dado que la puede oponer quien tenga interés en ello;

2º. Los modos de extinguir las obligaciones que afecten a éstas en sí mismas, como pago, novación, prescripción, dación en pago, pérdida fortuita de la cosa debida, etc.

Se ha fallado también en un caso de cláusula de aceleración del plazo de un documento acogido a la Ley Nº 18.092, para uno solo de los deudores, que ella no favorece al codeudor solidario (Nº 418).⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ G.J. Nº 124, sent. 3ª, pág. 25, C.A. de Santiago, de 1 de mayo de 1990.

⁵⁶⁹ G.J. Nº 141, sent. 3ª, pág. 28.

Se ha fallado también que si uno de los codeudores solidarios opuso la prescripción y otro no, ello no aprovecha a este último, porque se entiende que la renunció;⁵⁷⁰

3º. La cosa juzgada, de acuerdo al Art. 2354 (Nº 447);

4º. Las modalidades que afecten a todos los vínculos jurídicos, como si la deuda es a plazo no vencido para todos los deudores;

5º. La excepción del contrato no cumplido⁵⁷¹ (Nº 1021) o sea, si tratándose de un contrato bilateral el acreedor no ha cumplido su obligación, cualquiera de los codeudores demandados puede negarse al cumplimiento.

454. B. Excepciones personales. Las excepciones personales son las que atañen a la situación particular del deudor que la invoca, y lógicamente sólo puede oponerlas aquél en que inciden. Así lo señala el Art. 1520, inc. 1º: el deudor solidario, además de las reales, puede invocar “todas las personales suyas”.

En ello reside la diferencia entre las reales y las personales: las primeras las puede oponer cualquiera de los codeudores solidarios, pero no puede invocar las personales de otro codeudor. Ellas, en consecuencia, perjudican a los demás codeudores que siempre quedan obligados al total.

Tales son:

1º. Las causales de nulidad relativa, pues ellas sólo pueden ser invocadas por aquel en cuyo beneficio se han establecido. Por ejemplo, incapacidad relativa, vicios del consentimiento;⁵⁷²

⁵⁷⁰ F.M. Nº 385, sent. 7ª, pág. 737.

⁵⁷¹ G.T. de 1921, 2º sem., Nº 288, pág. 1.167.

⁵⁷² Sin embargo, el Art. 2354 enumera el dolo y la fuerza como excepciones reales. Este precepto se aplica a la fianza, y no puede extenderse a la solidaridad por el principio de la independencia de los vínculos. En nada afecta a A, en el ejemplo que nos hemos propuesto, que el consentimiento de B haya sido obtenido con dolo o violencia. Su propio consentimiento no adolece de vicios.

En la fianza, en cambio, existe una mayor dependencia de la obligación accesoria a la principal, y de ahí la distinta solución que da el legislador.

Por ello es que la doctrina se inclina a considerar siempre como personales en la solidaridad a los vicios de la voluntad, salvo que incidan en todos los deudores.

2º. Las modalidades en cuanto afecten al vínculo del deudor que la opone como excepción;

3º. El beneficio de competencia (Nº 1049), y la cesión de bienes (Nº 1045), y

4º. La transacción, salvo en cuanto envuelva una novación (Nº 449, 3º).

Se ha fallado que es excepción personal para los demás codeudores la cláusula de aceleración pactada respecto de uno solo de ellos.⁵⁷³

Se ha resuelto también que sobreseída la quiebra del deudor principal, sólo se extingue la obligación del fallido, pero no la de los codeudores solidarios no fallidos, porque es una excepción personal.⁵⁷⁴

También se ha resuelto que la cesión de bienes no aprovecha a los otros codeudores solidarios.⁵⁷⁵

455. C. Excepciones mixtas: remisión y compensación. A la remisión y compensación se les otorga el carácter de excepciones mixtas, porque producen efectos especiales, según vimos en el Nº 449.

Si la remisión es total, es real lisa y llanamente, y si ha beneficiado a alguno de los deudores es personal, porque sólo el favorecido la puede oponer, pero también real en cuanto los demás deudores exijan la rebaja que les concede el Art. 1518 por la parte del deudor condonado.

La compensación es igualmente personal del deudor que es acreedor del acreedor común, pero si él ya la opuso o cedió sus derechos a los demás codeudores, todos ellos pueden oponerla.

Párrafo 3º

Efectos entre los codeudores solidarios extinguida la deuda

456. Contribución a la deuda. Pagada la deuda por alguno de los codeudores, la solidaridad ya ha cumplido su función en beneficio del acreedor; resta

⁵⁷³ G.J. Nº 141, sent. 3ª, pág. 28.

⁵⁷⁴ F.M. Nº 398, sent. 7ª, pág. 837, y R.D.J. T. 89, sec. 1ª, pág. 2.

⁵⁷⁵ F.M. Nº 383, sent. 9ª, pág. 595.

únicamente determinar qué relaciones se producen con los demás deudores que no han contribuido a la extinción.

Esto de que una persona deba pagar una deuda más allá de lo que realmente debe (obligación a la deuda), se presenta en varios casos en el Derecho, como por ejemplo, en la liquidación de la sociedad conyugal, en el pago de las deudas hereditarias, y también aquí en la solidaridad pasiva.

Efectuado el pago, ella debe ser solventada por el que realmente debe y hasta el monto de lo adeudado. Es la llamada contribución a las deudas.

Para determinarla en la solidaridad pasiva se hace preciso efectuar una serie de distinguos, de los que resultará quién soporta en definitiva la extinción:

1º. Según si el modo de extinguir la obligación significó algún sacrificio económico para alguno de los deudores;

2º. Si lo importó, nueva distinción según si la solidaridad beneficiaba a todos los deudores o a algunos de ellos, y

3º. Si ella reportaba provecho a algunos deudores solidarios, una última diferenciación de acuerdo a quién fue el que extinguió la obligación, situaciones todas que veremos en los números siguientes.

La C.S. ha dicho que el codeudor no interesado en la deuda no tiene acción en contra del interesado mientras la deuda esté aún pendiente.⁵⁷⁶

457. I. Caso en que haya operado un modo no satisfactorio de la obligación. Como veremos en su oportunidad (Nº 1260), existen modos de extinguir las obligaciones que importan la satisfacción del crédito de la manera normal (pago), o por otra vía que le equivale (dación en pago, compensación, novación, confusión), que es el término que precisamente utiliza el Art. 1522.

Pero hay otros que no satisfacen el crédito y, en consecuencia, no imponen ningún sacrificio económico al deudor, como la remisión total, prescripción extintiva, imposibilidad en el cumplimiento, plazo extintivo, etcétera.

⁵⁷⁶ L.S. Nº 25, pág. 50.

Según decíamos, la primera distinción para determinar los efectos de la solidaridad entre los codeudores una vez extinguida la obligación atiende a esta clasificación de los modos de terminarla.

Si nadie ha desembolsado nada para extinguir la deuda, no hay relación alguna posterior entre los codeudores. Cesan todos los efectos de la solidaridad con la extinción.

Pero si ella ha significado algún sacrificio económico para el deudor que le puso término ante el acreedor, entonces deberán, en principio, contribuir con su parte o cuota aquellos que no han intervenido en la cancelación de acuerdo a los nuevos distingos que previamente deben hacerse.

458. II. Caso en que la solidaridad interesaba a todos los deudores. La primera nueva diferenciación que se debe efectuar es si la solidaridad estaba establecida en beneficio de todos los deudores o interesaba sólo a algunos de ellos. Esta separación la efectúa el Art. 1522.

Dice el precepto: "El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda".

La disposición está repetida en el N° 3° del Art. 1610, que se refiere precisamente a los casos de subrogación legal (N° 658), y aplicada a una situación particular por el Art. 1668 en la confusión (N° 818).

Pero esta subrogación legal presenta algunas particularidades con respecto a los demás casos de ella.

En primer lugar, porque normalmente la subrogación opera a favor de un tercero ajeno a la deuda que la ha pagado, y aquí en beneficio de uno de los propios deudores.

En seguida, porque la subrogación es una institución propia del pago, y en la solidaridad se extiende a otros modos de extinguir equivalentes a él, como confusión, novación, compensación, dación en pago, y

Finalmente, en la subrogación el crédito pasa al nuevo acreedor exactamente igual como era antes (N° 721). Involucra todos los accesorios de la deuda,

entre los cuales iría incluida normalmente la solidaridad. Y así, si en vez de alguno de los codeudores solidarios pagare un tercero extraño, éste podría siempre cobrar solidariamente a aquéllos.

Pero si la extinción la efectúa uno de ellos, el Art. 1522 no lo permite; la obligación pasa a ser conjunta entre los codeudores solidarios, y en el ejemplo que utilizamos, si paga A, éste puede cobrar sólo \$ 10.000 a B y otro tanto a C. La razón de la disposición es de fácil comprensión: la solución contraria transformaría la solidaridad en un cuento de nunca acabar: A cobra el total a B, éste a su vez se subrogaría para cobrar el total a A o a C, y así sucesivamente, formándose un circuito cerrado insoluble.⁵⁷⁷

Y para estos efectos, según hemos dicho, se presume que todas las cuotas de los deudores son iguales.

459. III. Caso en que la solidaridad interesaba a algunos de los deudores. En virtud del principio de la pluralidad de vínculos (Nº 428, 2º), es posible que alguien se obligue solidariamente con el único objeto de caucionar las obligaciones de los restantes codeudores solidarios. En consecuencia, tiene obligación a la deuda, pero ninguna contribución a la misma.

Respecto de este codeudor solidario para determinar los efectos de la extinción de la obligación por un modo satisfactorio de ella, hay que distinguir según si la cancelación la efectuó él mismo o los demás codeudores solidarios.

Así lo establece el inc. 2º del Art. 1522: "si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes

⁵⁷⁷ En la solidaridad cambiaria, en cambio, el que paga puede repetir por el total contra los anteriores obligados, y así, si la letra de cambio la cancela un endosante, puede cobrar el total de ella a los anteriores endosantes, aceptante y librador (Art. 82, inc. 2º de la Ley Nº 18.092, de 14 de enero de 1982). Es la particularidad de esta solidaridad en que hay una verdadera graduación de obligados.

La cancelación por el librador pone término a la solidaridad cambiaria, porque es el último obligado: *G.T.* 1911, T. 2º, Nº 284, pág. 121.

En la solidaridad normal la otra solución posible sería que la subrogación operara por el total de la deuda, deducida la cuota del que pagó, contra los restantes deudores, y así sucesivamente hasta la extinción total, lo que Bello aplicaba en los primeros proyectos.

o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores”.

En consecuencia, si la deuda fue extinguida por alguno de los deudores interesados en ella, nada pueden cobrarle al que no tenía tal interés, porque la ley lo asimila al fiador, y el deudor subsidiario nada debe si la obligación la paga el deudor principal. Y por ello se ha resuelto que si la obligación concernía a uno sólo de los deudores solidarios y éste la paga, no tiene derecho a repetir contra nadie.⁵⁷⁸

Y a la inversa, si la cancelación la efectuó quien no tenía interés en la deuda, tendrá derecho a repetir por el total contra los restantes codeudores o contra cada uno de ellos, porque el precepto lo considera como fiador, y éste cuando paga, se subroga al acreedor y si la deuda es solidaria, se beneficia de ella.⁵⁷⁹

Cabe advertir que el precepto señala que al subrogarse el codeudor solidario se considera fiador, por lo cual se le aplican aquellas normas de la fianza que no existen en la solidaridad. Por ejemplo, la llamada excepción de subrogación, a que se refiere el Art. 2355 del Código, que dispone:

“Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal”.

Creemos que el codeudor que no tenía interés en la deuda puede oponerle al acreedor esta excepción, puesto que se le aplican las normas de la fianza al tenor del inciso 2º del Art. 1522.

460. Insolvencia de alguno de los deudores solidarios. A esta situación se refiere el último inc. del Art. 1522 en los siguientes términos: “la parte o cuota del deudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad”.

⁵⁷⁸ RDJ, T. 35, sec. 1ª, pág. 50.

⁵⁷⁹ G.J. Nº 120, sent. 2ª, pág. 18. En fallo publicado en la RDJ, T. 89, sec. 2ª, pág. 155, se ha resuelto que el subrogante no tiene por qué hacerlo valer en el mismo juicio, sino que puede iniciar uno nuevo.

En el ejemplo que nos hemos propuesto, si A ha pagado los \$ 30.000 de la deuda, puede cobrar \$ 10.000 a B y otro tanto a C, pero si este último es insolvente, A y B deben cargar con su cuota, y, en consecuencia, el primero podrá cobrar a B, \$ 15.000, \$ 10.000 que es su propia cuota, y \$ 5.000 que le corresponden por la parte del insolvente.

La solución es la inversa a la de las obligaciones conjuntas en que la cuota del insolvente no grava a los demás deudores (Nº 422, 5º), y como la obligación solidaria se vuelve conjunta en las relaciones entre los deudores, efectuado que sea el pago, aquí se hace una excepción a dicha regla, muy comprensible, pues en caso contrario, quien extinguió la obligación, habría tenido que cargar con toda la cuota del insolvente, lo que evidentemente es injusto.

De acuerdo al precepto transcrito, está obligado a contribuir a la cuota del insolvente aun el deudor a quien el acreedor ha eximido de la solidaridad, lo que es igualmente lógico porque semejante convención entre ellos no puede perjudicar a los demás codeudores que no han intervenido en su celebración.⁵⁸⁰

Naturalmente que el deudor que no tenía interés en la deuda, según vimos en el número anterior, tampoco contribuye a la cuota del insolvente.

Párrafo 4º *Extinción de la solidaridad*

461. Formas de extinción. La solidaridad puede extinguirse por vía principal o accesoria; en este último caso, ella termina por haber expirado la obligación solidaria. En cambio, cuando la solidaridad se extingue por vía principal, la obligación subsiste y es aquélla la que ha dejado de operar, ella y sus efectos, total o parcialmente.

Esto último ocurre en dos casos: la renuncia del acreedor a la solidaridad, y la muerte del deudor solidario.

⁵⁸⁰ Respecto del deudor a quien se remitió su deuda, ALESSANDRI estima que debe contribuir a la cuota del insolvente. Ob. cit., pág. 234. En cambio, SOMARRIVA sostiene que con ella carga el acreedor. Ob. cit., Nº 80, pág. 81.

462. I. Renuncia del acreedor. La solidaridad se ha establecido en exclusivo beneficio del acreedor, por lo cual, de acuerdo a la regla general del Art. 12, no hay inconveniente alguno para que la renuncie, máxime si está facultado para condonar la deuda misma.

El Art. 1516 reglamenta la renuncia, que puede ser parcial y total, tácita o expresa.

Es total en la situación prevista en el inc. final del precepto: "Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda". La obligación pasa a ser conjunta.

Es parcial cuando se refiere a uno o algunos de los codeudores solidarios, y en tal caso no podrá cobrarles a los favorecidos el total de la deuda, sino únicamente su cuota, sin perjuicio de su derecho a cobrar el total a cualquiera de los otros codeudores no beneficiados con la renuncia o el saldo de ella, si el favorecido con ésta pagó su parte (inc. 3º).

Es expresa la renuncia que se hace en términos formales y explícitos, y tácita cuando se reúnen las tres circunstancias del inc. 2º del precepto:

1º. Que el acreedor haya demandado la cuota de uno de los deudores o le haya recibido el pago de ella; estas dos circunstancias no son copulativas, sino disyuntivas;

2º. Que de ello haya quedado constancia en la demanda o en la carta de pago (recibo), y

3º. Finalmente, que el acreedor no haya hecho reserva especial de la solidaridad o general de sus derechos.

El Art. 1517 se refiere a la renuncia de la solidaridad en obligaciones de pensiones periódicas: ella se limita a las devengadas, pero no a las pensiones futuras, a menos que el acreedor así lo exprese.

463. II. Muerte de un deudor solidario. Se refiere a ella el Art. 1523, último del Título 9º: "los herederos de cada uno de los deudores solidarios son, entre todos, obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria".

Es ésta la más importante diferencia entre la solidaridad y la indivisibilidad (Nº 474); ésta se transmite a los herederos, aquélla no.

El acreedor, en caso de muerte de uno de los codeudores solidarios, puede actuar en cualquiera de estas formas:

1º. Cobrar el total de la deuda a alguno de los sobrevivientes, y

2º. Dirigirse contra los herederos, y puede hacerlo también de dos maneras: si los demanda en conjunto, les puede cobrar íntegramente el crédito, pero si demanda a uno solo de ellos, sólo le puede cobrar la cuota que, como heredero, le corresponda en la deuda total. En el ejemplo, si A ha muerto dejando dos herederos, D y E, por partes iguales, el acreedor podrá cobrarle los \$ 30.000 a B o C sobrevivientes, porque la solidaridad no se altera respecto a ellos; o demandar en conjunto a D y E, pero si demanda a uno solo de éstos, sólo puede hacerlo por \$ 15.000.

La alteración que se produce es que los herederos en conjunto están obligados al total de la deuda, manteniéndose así la solidaridad, pero cada uno de ellos está obligado sólo a su cuota, y en tal sentido la solidaridad ha derivado en conjunción.

Si bien la solidaridad no pasa de pleno derecho a los herederos, no hay inconveniente alguno para que así se estipule. Así lo prueba el Art. 549, inc. 2º, que permite a los miembros de una persona jurídica que se han obligado solidariamente, convenirla también para sus herederos.

Sección Quinta *La indivisibilidad*

464. Pauta. Dividiremos el estudio de esta materia, de suyo oscura y compleja, en cuatro párrafos relativos a la indivisibilidad en general, a la activa, a la pasiva y la de pago.

Párrafo 1º *La indivisibilidad en general*

465. Origen y desarrollo. Aun cuando también de origen romano, su desarrollo moderno data de la obra del jurisconsulto francés Dumoulin, intitu-

lada "Desentrañamiento del laberinto de lo divisible e indivisible" (*Extrictio labyrinthi dividui et individui*), título por sí solo revelador de la complejidad de la materia.

La teoría de este autor fue acogida por el Código francés, en el cual se ha inspirado el nuestro, pero la institución ha revelado en general poco interés práctico, porque su principal diferencia con la solidaridad en cuanto a los efectos es que se transmite a los herederos del acreedor o deudor. Basta eliminarla dándole igual carácter en la solidaridad para que pierda toda importancia, como es la tendencia en algunas legislaciones actuales.

Se exceptúan de lo dicho las indivisibilidades contempladas en el Art. 1526, y de que tratamos en el párrafo 4º de esta sección, de gran aplicación práctica, y los demás casos en que la impone la naturaleza de la prestación.

466. Concepto de indivisibilidad jurídica. Como la solidaridad, la indivisibilidad supone la existencia de una sola prestación y la pluralidad de los sujetos activos o pasivos.

Si hay diferentes prestaciones, existen obligaciones diversas y no indivisibilidad.

Por otro lado, bien poca importancia tiene que la cosa sea divisible o indivisible si son uno solo el acreedor y el deudor; el primero le exigirá al segundo íntegramente la prestación en virtud del Art. 1591, pues el deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes lo que le debe, sea divisible o indivisible el objeto de la obligación.

De acuerdo al inc. 1º del Art. 1523: "la obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota".

El concepto está lejos de ser claro, porque tomado a primera vista, resulta que nunca habría indivisibilidad jurídica. Todas las cosas son susceptibles de división física y de cuota.

Lo que se quiere decir es que hay indivisibilidad cuando la cosa, al partirse, pierde su identidad, y así un automóvil naturalmente que puede separarse en sus elementos integrantes, pero entonces deja de ser tal.

Y al referirse a la división intelectual o de cuota, se quiere significar que nadie, en el mismo ejemplo, puede deber una quinta parte de un automóvil, pero todas las cosas son susceptibles de descomponerse en partes para el ejercicio de los derechos, y así, no hay inconveniente alguno para que cinco personas sean dueñas en quintas partes del mismo vehículo.⁵⁸¹

De ahí que sea más propio definir la obligación indivisible como aquella en que existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, la prestación no es susceptible de efectuarse por parcialidades, y en consecuencia, cada acreedor puede exigirla y cada deudor está obligado a cumplirla en su totalidad.

467. Clasificación. La indivisibilidad puede ser, al igual que la solidaridad, activa, pasiva y mixta, según se presente en el acreedor, en el deudor o en ambos a la vez.

Pero desde Dumoulin, se ha hecho de ella otra clasificación en absoluta, relativa y de pago.

1º. Indivisibilidad absoluta, que se llama también necesaria o natural.

Ella es impuesta por la naturaleza misma de la prestación, de modo que es más poderosa que la propia voluntad de las partes, quienes no podrían, en consecuencia, derogarla o modificarla.

Es difícil encontrar otro caso que el ejemplo dado en el inc. 2º del propio Art. 1524: la obligación de constituir una servidumbre, porque si ella afecta a un predio, y éste es dividido entre tres propietarios distintos, el gravamen seguirá afectando en la parte que le corresponda a cada uno de ellos.

2º. Indivisibilidad relativa, o de obligación.

El objeto mismo de la obligación puede ser dividido, y la prestación cumplirse por parcialidades, pero para los fines previstos por las partes resulta indispensable que se cumpla en forma total y no parcial. Igualmente es su contenido el que impone la indivisibilidad a la obligación.

También un ejemplo de ella está contenido en el inc. 2º del Art. 1524: la de hacer construir una casa. Por su naturaleza misma, la obligación es

⁵⁸¹ Véase ALESSANDRI, ob. cit., págs. 242 y sigtes.

divisible, y así, primero se harán los cimientos, luego se levantarán las murallas, más tarde se techará la casa, y finalmente se harán las terminaciones; pero el objeto realmente buscado es la construcción de la casa, y no estará cumplido sino cuando el edificio esté terminado. En consecuencia, si son varios los que se comprometieron a la construcción, están obligados por el total de la obra.

La diferencia entre este caso y el anterior, es que como la última no la fuerza la naturaleza, las partes pueden alterarla por la convención.

3º. Indivisibilidad de pago o convencional.

Se llama así a los casos del Art. 1526, que estudiaremos en el párrafo final de esta sección, pero en realidad no todos ellos son convencionales. Muchos derivan del modo como las partes han considerado la obligación y que el legislador interpreta, pero otros son de indivisibilidad legal lisa y llana. El precepto en realidad establece excepciones a la divisibilidad, esto es, a la regla general de que la obligación no siendo solidaria, se divide entre los deudores (Nº 476).

La indivisibilidad puede realmente pactarse por las partes, pero será más bien extraño, porque el mismo efecto más claramente lo otorga la solidaridad; el único interés es hacer transmisible a los herederos la circunstancia de poder exigir o ser obligados al total de la deuda.

Finalmente, la indivisibilidad puede ser originaria o derivativa; lo primero si desde un comienzo existía pluralidad de partes y la obligación en sí misma o la estipulación de las partes le conferían tal carácter. Lo segundo, cuando la obligación tenía un solo deudor y acreedor, y fallece uno de ellos y la prestación, por su forma de ser o la estipulación de las partes, no puede cumplirse dividida.

468. La indivisibilidad en las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Para precisar el concepto de obligación indivisible, conviene relacionarlo con la clasificación de dar, hacer y no hacer.

La obligación de dar —en su sentido jurídico (Nº 375), pues la de entregar una especie o cuerpo cierto es indivisible (Nº 478)— es normalmente divisible, y la excepción la constituye justamente la de constituir una servidumbre en la forma que ya vimos. En los demás casos cada deudor puede transferir su

parte en el dominio, o constituir su cuota en el derecho real de que se trate, y viceversa, para los acreedores, si ellos son los muchos.

Las de hacer, en cambio, serán por regla general indivisibles, puesto que el objeto lo es, y si se encarga la ejecución de una obra a varias personas, cada una estará obligada por el total. Se ha resuelto que es indivisible la de los promitentes vendedores para otorgar la escritura definitiva de compraventa,⁵⁸² y la defensa de un pleito encargada a tres abogados.⁵⁸³

En la de no hacer, carece de importancia la indivisibilidad, porque si bien es cierto que todos los deudores deben abstenerse del hecho, la contravención se traduce normalmente en la indemnización de perjuicios (Nº 881), que por regla general es divisible. El objeto de la obligación de no hacer sólo puede considerarse indivisible en el sentido de que el incumplimiento parcial siempre significa infracción de la obligación, como si por ejemplo los deudores se comprometieron a no talar 4 cuerdas de un bosque, y talar una. Ha habido incumplimiento, pero a la indemnización sólo está obligado el infractor, y si son varios, entre ellos se dividirá (Nº 960).

Si puede destruirse lo hecho (Nº 879), la obligación pasa a ser de hacer, y se aplica lo dicho anteriormente para éstas.

Párrafo 2º

La indivisibilidad activa

469. Concepto y efectos. Tal como ocurre con la solidaridad, la indivisibilidad activa presenta poco interés práctico, porque los casos de mayor aplicación de la indivisibilidad, los del Art. 1526, son todos pasivos. En consecuencia, queda reducida a los casos de la natural y relativa, que no son muy frecuentes.

Sus efectos principales son los siguientes:

1º. Derecho a exigir el cumplimiento.

Cada uno de los acreedores podrá exigir el total de la obligación al deudor; así lo señala la parte final del Art. 1527.

⁵⁸² RDJ, T. 42, sec. 1ª, pág. 251.

⁵⁸³ RDJ, T. 50, sec. 1ª, pág. 231, con voto disidente.

En esto no hay diferencia alguna con la solidaridad, pero sí aparece cuando el punto se refiere a los demás modos de extinción, porque en la indivisibilidad el acreedor no tiene derecho a disponer del crédito.

Así lo señala el Art. 1532: "siendo dos o más los acreedores de la obligación indivisible, ninguno de ellos puede, sin el consentimiento de los otros, remitir la deuda o recibir el precio de la cosa debida. Si alguno de los acreedores remite la deuda o recibe el precio de la cosa, sus coacreedores podrán todavía demandar la cosa misma, abonando al deudor la parte o cuota del acreedor que haya remitido la deuda o recibido el precio de la cosa". Lo mismo se aplicará, por ejemplo, si opera una novación, una dación en pago, etcétera.

2º. Pago a uno de los acreedores.

Recíprocamente a lo anterior, el pago efectuado por el deudor a uno de los acreedores extingue la obligación respecto de todos ellos; entre los coacreedores deberá efectuarse posteriormente la liquidación, asignándole a cada cual lo que le corresponde del crédito;

3º. Es transmisible.

La indivisibilidad se transmite a los herederos del acreedor. Así lo señala el Art. 1528 en su parte final: cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la ejecución de la obligación indivisible;

4º. Interrupción.

No dijo el legislador que la interrupción de la prestación efectuada por uno de los acreedores de la obligación indivisible beneficiara a los demás.

En cambio, según luego veremos, el Art. 1529 lo señaló respecto de los deudores de una obligación indivisible.

No obstante, parece evidente que si cada acreedor puede cobrar el total, la acción que con tal objeto intente, interrumpe la prescripción respecto de todos los acreedores.

5º. Suspensión.

En cambio, en la suspensión la solución debe ser la contraria, porque ella es un beneficio que la ley otorga a ciertas personas, principalmente incapaces que, en consecuencia, sólo puede aplicarse en provecho de ellas.

Sin embargo, hace dudar de la solución anterior la circunstancia de que en un caso de indivisibilidad absoluta, la servidumbre, el legislador dio la solución contraria; dice el Art. 886 que si contra uno de los propietarios indiviso del predio dominante no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno, o, lo que es lo mismo, queda suspendida para todos ellos.

Podría, pues, argumentarse que la misma conclusión debe sentarse en los restantes casos de indivisibilidad activa, aunque parece dudoso por el carácter de excepción de este beneficio (Nº 1350).

Párrafo 3º *La indivisibilidad pasiva*

470. Enunciación de sus efectos. La indivisibilidad pasiva tiene lugar cuando existiendo varios deudores, por la naturaleza misma de la obligación, el modo en que ha sido establecida o la disposición de la ley, la prestación no puede efectuarse en forma parcial.

Dicho a modo de enunciación, sus principales efectos son los siguientes, que veremos en los números venideros:

- 1º. Cada deudor está obligado al pago total de la deuda;
- 2º. El pago efectuado por cualquiera de los deudores extingue la obligación respecto de todos ellos;
- 3º. La interrupción que afecta a uno de los deudores perjudica a todos ellos;
- 4º. La indivisibilidad se transmite a los herederos del deudor, y
- 5º. La indemnización de perjuicios por el incumplimiento de una obligación indivisible es, en cambio, divisible.

471. Cada deudor está obligado al pago total de la deuda. Así lo señala la parte primera del Art. 1527: "cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad".

Existe, eso sí, una diferencia con esta última: en la solidaridad, la ley prohíbe al deudor demandado presentar cualquier excusa para que el acreedor se

dirija también contra los demás codeudores. Tampoco en la indivisibilidad existe beneficio de división, pero sí que el deudor puede, en ciertos casos que señala el Art. 1530, pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla entre todos.

Para determinar cuándo tiene este derecho, el precepto formula un distinguo: "Si la obligación es de naturaleza tal que él pueda cumplirla, no está el demandado facultado para solicitar plazo alguno y debe cumplir, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores, para la indemnización que le deban".

No siendo así, esto es, si la obligación no tiene tal naturaleza, entonces puede solicitar un plazo para entenderse con los demás deudores para el cumplimiento.

472. II. Pago efectuado por uno de los codeudores. Dice el Art. 1531: "el cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos". En virtud de la obligación a la deuda, en la indivisibilidad como en la solidaridad, según acabamos de ver, cada deudor está obligado al cumplimiento total.

Como en ésta, extinguida la obligación, viene la contribución a la deuda, esto es, el que pagó tiene derecho a cobrar a los demás su parte o cuota en la obligación.

Por ello es que el Art. 1530, citado en el número anterior, dispuso que si por su naturaleza la obligación sólo puede cumplirla el deudor demandado, debe éste pagarla "quedándole a salvo su acción contra los demás deudores, para la indemnización que le deban".

473. III. Interrupción de la prescripción. En este caso, el legislador se preocupó expresamente de ella en el Art. 1529: "La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto de los otros".

En cuanto a la suspensión, y ya que nos referimos a ella en la activa, no hay problemas en la pasiva, pues como sus causales inciden en el acreedor si éste se encuentra en alguna de ellas, la prescripción no corre.

474. IV. Transmisibilidad de la indivisibilidad. Ya hemos señalado que la principal diferencia entre solidaridad e indivisibilidad en cuanto a sus efectos es que esta última se transmite a los herederos del deudor o acreedor.

Así lo señala para los primeros la parte inicial del Art. 1528: “cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo”.

475. V. La obligación de indemnizar los perjuicios es divisible. Más adelante veremos en conjunto lo que ocurre cuando hay varios deudores con la obligación de indemnizar los perjuicios por el incumplimiento o pago imperfecto de una obligación, sea ella conjunta, solidaria o indivisible (Nº 959). En general, es siempre divisible.

Si la obligación que no se ha cumplido es indivisible, la solución está prevista en los Arts. 1533 y 1534, que, a modo de síntesis, establece las siguientes reglas:

1º. Si la obligación indivisible se hace imposible de cumplir por el hecho o culpa de un deudor, éste solo será responsable de todos los perjuicios (Art. 1533, inc. 2º).

2º. En caso contrario, responden todos los deudores, pero la obligación es divisible, o sea, cada uno responde de su cuota (Art. 1533, inc. 1º), y

3º. “Si de dos codeudores de un hecho que deba efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo y el otro lo rehúsa o retarda, éste sólo será responsable de los perjuicios que de la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor”⁵⁸⁴ (Art. 1534).

Párrafo 4º

Excepciones a la divisibilidad

476. Concepto. Los seis casos de indivisibilidad que contempla el Art. 1526 están concebidos como excepción a la regla general de la conjunción cuando concurre pluralidad de acreedores o deudores.

⁵⁸⁴ Los que gustan de los aspectos anecdóticos de los Códigos no dejan de destacar que el precepto transcrito, sobre todo en su primera parte, puede cantarse con la música de la Canción Nacional.

En efecto, el inc. 1º sienta esta norma común, y concluye diciendo: "Exceptúame los casos siguientes". Siendo de excepción la enumeración es taxativa, no hay otros casos que se puedan concebir por analogía, sino que la interpretación ha de ser restrictiva.

Se las ha llamado también indivisibilidades convencionales, porque son las partes quienes expresa o tácitamente la han deseado.

Y también, indivisibilidades de pago, porque la cosa en sí misma admite división, pero los interesados o el legislador, interpretando su voluntad, han establecido que estas obligaciones que por su naturaleza pueden ser cumplidas por cada deudor en su parte, lo sean en forma total. En consecuencia, la indivisibilidad aparece sólo en el momento del cumplimiento, y de ahí esta denominación.

Todos los casos del precepto son de indivisibilidad pasiva, según ya lo habíamos advertido; el objeto de ellos es precisamente permitir al acreedor un cobro total en las circunstancias que prevén; no hay, en consecuencia, indivisibilidades de pago activas.

Dicho a modo de enunciación, los seis casos de indivisibilidad del Art. 1526 que estudiamos en los números que a éste continúan, son los siguientes:

- 1º. La acción prendaria e hipotecaria;
- 2º. La entrega de un cuerpo cierto;
- 3º. La indemnización de perjuicios;
- 4º. Las deudas hereditarias;
- 5º. Cosa cuya división causa perjuicio, y
- 6º. La obligación alternativa.

477. I. La acción prendaria e hipotecaria. El acreedor prendario o hipotecario tiene dos acciones: una personal, derivada de la convención cuyas obligaciones se garantizan con estas cauciones reales y otra acción real, proveniente de éstas. Y así, por ejemplo, si A da un mutuo a B de \$ 100.000, con garantía de una propiedad raíz de éste, y B posteriormente enajena la propiedad a C, A podrá a su arbitrio ejercer la acción personal del mutuo contra B, o bien la

hipotecaria contra C. La indivisibilidad se refiere exclusivamente a la acción real, prendaria o hipotecaria, pero no a la personal.

Ella está establecida en el N° 1° del Art. 1526, y en los Arts. 2405 para la prenda y 2408 para la hipoteca, y abarca varios aspectos:

1°. *El objeto dado en prenda, o hipoteca.*

Si son varios los objetos afectos a una misma prenda o hipoteca, el acreedor puede perseguir a cualquiera de ellos o a todos ellos por el total de la deuda.

Así lo señala el Art. 2408, inc. 2°: “cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda”, aplicado por el Art. 1365 en materia sucesoria. Así se ha fallado también.⁵⁸⁵ Por ejemplo, se constituye hipoteca sobre un inmueble para garantizar un mutuo por \$ 100.000, y posteriormente se divide el predio en tres lotes. El acreedor hipotecario podrá perseguir los 3 lotes conjuntamente o a cada uno de ellos por los \$ 100.000.

2°. *Desde el punto de vista del crédito.*

Todo el inmueble hipotecado o la cosa dada en prenda continúa garantizando el crédito hasta la total extinción de éste, y en consecuencia si el deudor ha hecho abonos, no podría, por ejemplo, pedir la restitución de parte de la prenda o un alzamiento parcial de la hipoteca. Así lo señala el Art. 2408, al decir que cada cosa hipotecada a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda, “y de cada parte de ella”.

3°. *Todo ello se refleja en el caso de pluralidad de partes.*

En virtud de la indivisibilidad, “la acción prendaria o hipotecaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada” (Art. 1526, N° 1, inc. 1°), y si son varios los poseedores, contra todos ellos.⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ RDJ, T. 4, sec. 1ª, pág. 328. Por ello se ha rechazado la petición del deudor ejecutado para que el predio se remate en lotes: RDJ, T. 26, sec. 1ª, pág. 162, o del segundo acreedor de uno de los inmuebles hipotecados para que el acreedor se pague proporcionalmente en los predios hipotecados, G.T. 1864, N° 1.467, pág. 532.

⁵⁸⁶ RDJ, T. 14, secc. 1ª, pág. 302.

Al mismo tiempo, el deudor que paga su cuota no puede exigir la restitución de parte de las cosas dadas en prenda, ni el alzamiento parcial de la hipoteca mientras no esté íntegramente cancelado el crédito.

A la inversa, el acreedor que recibe su parte o cuota en la deuda no puede restituir las cosas empeñadas ni cancelar la hipoteca, ni aun en parte mientras no estén pagados sus coacreedores (inc. 2º del N° 1 del Art. 2405).⁵⁸⁷

El fundamento de la indivisibilidad de la prenda e hipoteca es que el legislador desea rodear a las cauciones reales del máximo de eficacia posible, a fin de dar al acreedor la seguridad de que verá satisfecho íntegramente su crédito; por lo tanto, está establecida en exclusivo beneficio de él, y de acuerdo a la regla general del Art. 12, puede renunciarla, y así, por ejemplo, podría si no hay otros coacreedores, alzar parcialmente la hipoteca, liberar una parte o uno de los inmuebles afectos, etc. Así se ha resuelto.⁵⁸⁸

478. II. Entrega de una especie o cuerpo cierto. Según el N° 2º del Art. 1526: "si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo".

Hay una excepción a la regla de que las obligaciones se dividen entre los codeudores, pues ésta corresponde exclusivamente al poseedor de la especie o cuerpo cierto.

Ella deriva de las características especiales de estas obligaciones (N° 381); como decíamos en el N° 376 la obligación de entregar en nuestra legislación está incluida en la de dar, pero en este caso es evidente que la ley se está refiriendo a la de entregar propiamente tal, a la entrega material y no a la de dar en su sentido doctrinario, esto es, de transferir el dominio o constituir un derecho real, que es la entrega jurídica.

Esta es perfectamente divisible, pero, en cambio, la entrega material sí que no puede dividirse, porque la especie o cuerpo cierto no puede ser objeto de división sin dejar de ser tal. Y por ello debe entregarlo materialmente quien lo posea.

⁵⁸⁷ RDJ, T. 7, sec. 1ª, pág. 480.

⁵⁸⁸ RDJ, T. 4, sec., 1ª, pág. 328. Agregó el mismo fallo que no puede el deudor exigir al acreedor que pague todos los inmuebles hipotecados.

479. III. Indemnización de perjuicios. Referencia. Ya hemos advertido que estudiaremos todo lo relacionado con la obligación de indemnización en caso de pluralidad de partes conjuntamente (Nº 959).

El Nº 3º del Art. 1526 dispone: “aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor”.

La expresión “solidariamente” no es afortunada, pero quiso significar que el deudor culpable es el único responsable de la indemnización por el incumplimiento. En consecuencia, la obligación no se divide entre todos los deudores, sino que corresponde únicamente a aquél, y en ello consiste la excepción a la divisibilidad.

480. IV. Deudas hereditarias. Según hemos dicho anteriormente, por regla general las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, de manera que el pasivo hereditario sin necesidad de esperar la partición, por el solo fallecimiento del causante, queda dividido de pleno derecho entre los herederos a prorrata de sus cuotas, mientras el activo permanece en indivisión. El pago de las deudas hereditarias es una obligación conjunta por regla general.

El Nº 4º del Art. 1526, en relación con los Arts. 1358 a 1360, reglamenta la posibilidad de que el testador, los coherederos, la partición o la convención con el acreedor establezca una división distinta; a las primeras situaciones se refiere el inc. 1º del Nº 4º, y a la segunda los restantes incisos del mismo número. Veremos estos dos casos en los números siguientes.⁵⁸⁹

481. A. Caso en que los herederos, el testador o la partición establezcan una división diferente de las deudas hereditarias. Dice el inc. 1º del Nº 4º del Art. 1526: “cuando por testamento o por convención entre los herederos, o por la partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor podrá dirigirse o contra

⁵⁸⁹ Véanse *Derecho Sucesorio*, págs. 666 y siguientes, y ESCOBAR RIFFO, ob. cit. Nº 62, págs. 100 y siguientes.

Se discutió su aplicación en relación con la prescripción en sentencia de la C.A. de Santiago de 20 de marzo de 2007: *L.S.* Nº 37, pág. 87.

este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata”.

El precepto aplica la regla más amplia de los Arts. 1358 y 1359, que justamente se ponen en el caso de que se altere en cualquier forma la división legal de las deudas; el Art. 1526, N° 4°, que se grave íntegramente a un heredero con toda una deuda. La solución es siempre la misma, los acreedores, si quieren, se allanan a la división distinta, o se acogen a la legal. Y hay una clara excepción a la divisibilidad, porque bien puede el acreedor cobrar el total al heredero que se ha gravado con el total de la deuda.

Ello puede ocurrir en cualquiera de las tres formas que señala el precepto: por disponerlo así el testador; haberlo acordado los herederos o haberse determinado por acto de partición, como si por ejemplo el heredero se adjudica una propiedad más allá de sus derechos a la herencia, y en vez de pagar a la sucesión el alcance, se hace cargo del pago de dicha deuda. En todos los casos hay una alteración voluntaria de la regla legal de que las deudas hereditarias se dividen a prorrata, y por ello se habla de indivisibilidad pactada.

El acreedor goza de un derecho alternativo; si quiere se somete a la modificación del testador, las partes o la partición, pero también, y como ninguno de estos actos puede afectarle sin su voluntad, está facultado para intentar las acciones propias del Art. 1354 y cobrarle a cada heredero su cuota en la deuda.

En consecuencia, todos ellos continúan obligados a la deuda, pero si la pagan, viene el problema de contribución a la misma, y podrán repetir en contra del heredero que está gravado con el total de ella.

482. B. Caso en que el causante y el acreedor estipulan indivisibilidad. A esta situación se refiere el inc. 2° del Art. 1526, N° 4°: “si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aún por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento”.

Ya habíamos señalado que las partes podían corregir el defecto de la solidaridad, agregándole la indivisibilidad para el caso de fallecimiento de alguno de los deudores. El precepto lo faculta expresamente.

Pero no se aplica sólo si la deuda originariamente corresponde a varios deudores, sino también cuando tiene uno solo, y las partes acuerdan que será indivisible para los herederos del deudor único. Por ejemplo, A debe a B \$ 100.000, y se estipula que si fallece A, sus herederos serán obligados al pago total. A muere dejando dos herederos por partes iguales: D y E. B puede cobrar los \$ 100.000 a cualquiera de ellos.

El demandado está facultado, según sabemos, para pedir plazo para entenderse con los demás herederos, y si en definitiva se ve obligado a pagar el total (obligación a la deuda), puede repetir contra ellos por el exceso pagado. Si por ejemplo D pagó los \$ 100.000, puede repetir contra E por la parte de éste, \$ 50.000 (contribución a la deuda). Por ello el precepto dice: "o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento".

Este caso presenta dos particularidades de interés:

1º. Es una indivisibilidad pactada, y muy frecuente en las obligaciones bancarias;

2º. Es indivisibilidad pasiva, como lo dispone expresamente el inciso final del Art. 1526: "pero los herederos del acreedor si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas". De manera que los herederos del acreedor tienen dos caminos: demandar cada uno su cuota en la deuda, o si actúan todos ellos pueden cobrar el total.⁵⁹⁰

483. V. Cosa cuya división causa perjuicio. Dice el inc. 1º del N° 5º, del Art. 1526: "Si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores

⁵⁹⁰ Este precepto tiene importancia para resolver el problema de orden sucesorio de determinar cómo se dividen los créditos hereditarios entre los asignatarios universales; si de pleno derecho, al igual que las deudas hereditarias, o mediante la partición, como ocurre con todos los demás bienes hereditarios.

Este Art. 1526, N° 4, parece indicar lo primero, puesto que faculta a cada heredero a cobrar su cuota en el crédito; sin embargo, la mayoría de los autores opina que esto rige únicamente en las relaciones de los herederos con el deudor, pero no entre ellos; en consecuencia, entre los asignatarios universales se aplica la regla general de los bienes hereditarios y permanecen en indivisión hasta que la partición los asigne a uno o más de ellos, con el efecto retroactivo propio de ésta que hace al adjudicatario suceder en el dominio directamente al causante (Art. 1344). Véase *Derecho Sucesorio*, T. II, N° 829, pág. 659 y *Repertorio*, T. IV, pág. 152, fallos 1 y 2.

podrá ser obligado a entenderse con los otros para el pago de la cosa entera, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los otros”.

La diferencia entre este caso y el anterior es que las partes no han pactado la indivisibilidad, pero el legislador la establece interpretando su voluntad, porque si la división le produce grave perjuicio, es obvio que el acreedor no ha querido que la cosa le sea entregada por parcialidades.

El precepto pone un ejemplo relativo a la deuda de un terreno; debe tratarse de uno indeterminado y no de una especie o cuerpo cierto, ya que en tal caso estaríamos en el N° 3° del precepto; el N° 5° lo deja bien claro al decir: “un terreno o cualquiera otra cosa indeterminada”, como si dos personas venden a otra dos hectáreas de terrenos ubicados en un sector determinado para que esta última instale una fábrica. No podría uno de los vendedores entregar una hectárea y el segundo otra separada, porque para el fin que se propone el comprador ello le ocasionaría un grave perjuicio.

Esta indivisibilidad es también sólo pasiva. Así lo dice el inc. 2° del N° 2°: “pero los herederos del acreedor no podrán exigir el pago de la cosa entera, sino intentando conjuntamente su acción”.

484. VI. Obligaciones alternativas. Referencia. Ya nos hemos referido al N° 6° del Art. 1526, al estudiar las obligaciones alternativas (N°s. 412 y 413). Nos remitimos a lo dicho.

Sección Sexta

Paralelo entre las obligaciones con pluralidad de partes

485. Enunciación. Para terminar este estudio de las obligaciones complejas en cuanto a las partes que intervienen, efectuaremos en números sucesivos un paralelo entre la conjunción por un lado y la solidaridad e indivisibilidad por el otro, y luego entre estas dos últimas.

486. I. Conjunción por un lado, solidaridad e indivisibilidad por el otro. La verdad es que entre la simple conjunción por un lado y las demás categorías de obligaciones con pluralidad de sujetos no hay más relación que ésta: la existencia de varios deudores, muchos acreedores o los unos y los otros a la vez.

que las partes puedan alterar diciendo, por ejemplo, que las capitulaciones valdrán aunque no se otorgue aquél. Es un requisito de la eficacia del acto o contrato, un presupuesto de él, impuesto por la ley.

491. Aplicación de las modalidades. Para determinar el campo de aplicación de las modalidades es preciso distinguir entre los actos patrimoniales y de familia.

Los primeros, donde impera la voluntad de las partes y el legislador se limita normalmente a suplirla cuando no la han manifestado, admiten por regla general toda clase de modalidades, y sólo por excepción la ley las excluye de ciertos actos o contratos.

Por ejemplo, de acuerdo al Art. 1227 no se puede aceptar o repudiar la herencia condicionalmente ni hasta o desde cierto día, esto es, debe ser un acto puro y simple. En materia sucesoria también, el Art. 1192 declara que la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno, aunque ello se debe a que esta asignación forzosa es mixta, patrimonial en parte y de Derecho de Familia en otra.

Porque en éste la regla es justamente la inversa de los actos patrimoniales, pues el legislador reglamenta imperativamente los actos de familia por el interés general en ellos involucrado, y por ello el matrimonio según la propia definición del Art. 102, el reconocimiento de hijo natural, la legitimación, la adopción (Art. 9º de la Ley Nº 7.613: "no podrá sujetarse a condición, plazo, modo o gravamen alguno"), etc., no admiten ninguna clase de modalidades.

492. Enumeración. Las principales modalidades que reglamenta la ley son el plazo, la condición y el modo, aunque este último es más propio de las liberalidades, por lo cual daremos de él una muy somera reseña en la última sección de este capítulo.

En cambio, el plazo y la condición son de mucha aplicación en materia de obligaciones y los estudiaremos en las secciones siguientes.

Sección Segunda *Obligaciones a Plazo*

493. Reglamentación y pauta. El Código fue algo desordenado para la reglamentación del plazo; dio las reglas de su computación en el Título Preliminar,

Arts. 48 a 50; trató “De las obligaciones a Plazo” en el Título 5º del Libro 4º, Arts. 1494 a 1498, en que por lo demás se refirió sólo al plazo suspensivo y no al extintivo. Finalmente, debe tenerse presente que de acuerdo al Art. 1498 “lo dicho en el Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias a día se aplica a las convenciones”, esto es, también rigen las disposiciones dadas por el Código para la sucesión por causa de muerte.

Trataremos la materia dividida en tres párrafos: concepto y clasificación; efectos y extinción del plazo.

Párrafo 1º
Concepto y Clasificación

494. Concepto. De acuerdo al Art. 1494: “el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación”. La definición abarca una sola clase de plazo, según decíamos, el suspensivo, ya que al otro, el extintivo, y que es una forma de extinguir las obligaciones (Nº 1258), no se refiere el Título 5º del Libro 4º.

Ampliando la definición para comprenderlo, podemos decir con la mayoría de los autores que el plazo es el hecho futuro pero cierto del cual depende la exigibilidad o extinción de un derecho.

La diferencia fundamental del plazo con la otra principal modalidad, la condición, y de la cual todas las demás son meras consecuencias, es la certidumbre que existe en el primero en cuanto a que el hecho ocurrirá, y que no hay en la condición (Nº 539).

En el plazo, pues, se sabe que el hecho futuro ha de ocurrir, es ineludible que llegará por las leyes propias de la naturaleza; la condición puede ocurrir o no, y de ahí que hay condiciones fallidas (Nº 553), cuando se sabe que no sucederá el hecho si es positivo, o aconteció si es negativo. No hay plazos fallidos.

En el párrafo 3º del Título 4º del Libro 3º a propósito de las asignaciones testamentarias a día se preocupó el Código de precisar cuándo hay certidumbre de que el hecho ocurrirá, y en consecuencia, plazo, y cuándo condición.⁵⁹¹ Es

⁵⁹¹ Véase *Derecho Sucesorio*, Nº 323, págs. 282 y siguientes del 1º tomo.

fácil en todo caso resumir las reglas allí contenidas: si hay incertidumbre en que el hecho ha de ocurrir, se trata de una condición, y plazo si aquél tiene que suceder.

Y así son plazos: una fecha determinada: el 15 de octubre de tal año; tantos días, horas, meses o años. No importa tampoco que no se sepa cuándo el hecho va a ocurrir, como en los plazos indeterminados (Nº 496) y por ello la muerte de una persona es un plazo, porque se sabe que ha de venir, aunque no en qué momento.

Como decíamos, de esta diferencia entre plazo y condición nacen todas las demás, y que irán apareciendo en este capítulo, pero queremos destacar desde luego que la condición cumplida opera para ciertos efectos retroactivamente, como si ella nunca hubiera existido, mientras que el plazo opera siempre para lo futuro (Nº 556).

495. Clasificación del plazo. Enunciación. El plazo admite diversas clasificaciones, de las cuales las más importantes que estudiaremos en los números siguientes son:

- 1º. Determinado e indeterminado;
- 2º. Fatal y no fatal;
- 3º. Expreso y tácito;
- 4º. Convencional, legal y judicial;
- 5º. Continuo y discontinuo, y
- 6º. Suspensivo y extintivo.

496. I. Plazo determinado e indeterminado. Lo que distingue el plazo determinado del que no lo es, según decíamos, es el conocimiento que se tiene de cuándo ha de ocurrir el hecho en que consiste.

Siempre se sabe que el hecho sucederá, pues si no habría condición y no término, pero se ignora en qué momento.

Por ejemplo, el plazo será determinado si vendo un vehículo a una persona, y ésta se compromete a pagarlo en tal fecha, a 90 días, etcétera.

El plazo es indeterminado si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona (Art. 1081, inc. 2º). Se sabe que tal sujeto debe morir, por lo cual hay certidumbre en el hecho, pero se ignora cuándo.

Veremos que también la condición puede tener uno u otro carácter, y así será condición determinada aquella en que el hecho puede ocurrir o no, pero suponiendo que llegara, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla cierta edad (Art. 1081, inc. 3º) (Nº 487). No se sabe si dicha persona cumplirá la edad prevista, pues puede fallecer antes, pero si lo hace, se conoce en qué momento lo hará.

En cambio, en la condición indeterminada no se sabe si el hecho va a ocurrir ni cuándo, como el día en que una persona se case (Art. 1081, inc. final) (Nº 497).

La regla general es la de los plazos determinados, pues es difícil dar otro ejemplo contrario que el del propio Código; la muerte de una persona.

497. II. Plazos fatales y no fatales. El plazo es fatal cuando llegado su vencimiento, se extingue irrevocablemente el derecho que debió ejercitarse dentro del término señalado; y no lo es, si no obstante haberse cumplido el plazo, el derecho aún puede ejercerse válida y eficazmente. O sea, el transcurso del plazo no ha extinguido irrevocablemente el derecho.

El Art. 49 dispone al respecto: "cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo; y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo". El concepto lo repite en cierto sentido el Art. 64 del C.P.C., porque justamente esta clasificación adquiere su mayor trascendencia en el Derecho Procesal en que abundan los plazos fatales, como para intentar determinados recursos, etc. Pero ello no obsta a que también se aplique la clasificación en las convenciones.⁵⁹²

⁵⁹² RDJ, T. 55, sec. 1ª, pág. 212.

Como lo señala el Código, estos plazos se reconocen por el uso de la expresión “en” o “dentro de” propias de los fatales, pero no es ello indispensable, pues hay casos en que la propia ley les da este carácter, o señala los efectos propios del mismo, o utiliza otras expresiones semejantes, etc.

Los plazos fatales están muy relacionados con la caducidad de los derechos (Nº 1311).

498. III. Plazo expreso o tácito. El inc. 1º del Art. 1494 tras señalar la definición ya comentada del plazo, agrega que éste puede ser expreso o tácito.

El primero es el que se establece en términos formales y explícitos, por la estipulación de las partes, y por ser el plazo una modalidad, constituye la regla general.

“Es tácito el indispensable para cumplirlo”. En efecto, hay ciertas obligaciones que, aun cuando no se estipule un plazo, lo requieren por razones de distancia, de cosecha, fabricación, etc.; no se pueden pagar de inmediato. Y así en una compra al extranjero si no se fija fecha de entrega, cuando menos se demorará todo el tiempo necesario para que la mercadería llegue a nuestro país. Éste es el plazo tácito de la obligación.

499. IV. Plazos convencionales, legales y judiciales. Como su propio nombre lo señala, esta clasificación atiende a quién establece el plazo, si las partes, la ley o el juez.

Plazo convencional, o mejor dicho voluntario, es el que establecen las partes de común acuerdo, o el testador en su testamento. Constituyen la regla general en materia de plazos, porque siendo éstos modalidades rara vez el legislador o el juez intervienen fijándolos.

Los plazos legales son escasos en materia civil, no así en derecho procesal, por ejemplo, en que se les señala para las diversas etapas y actuaciones del proceso.

En materia de obligaciones podemos señalar algunos casos, como ocurre con los de prescripción que establecen numerosas disposiciones (Nºs 1.324 y siguientes), el del Art. 1879 para el pacto comisorio calificado en la compra-venta por no pago del precio, que otorga al comprador un término de 24 horas para enervar la resolución *ipso facto*, pagando el precio adeudado (Nº 602);

el caso del Art. 2200 en el mutuo: “si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho de exigirlo dentro de los diez días subsiguientes a la entrega”, etcétera.

Saliendo del Derecho de las Obligaciones y siempre en el Código Civil, pueden señalarse el plazo que el Art. 1304 otorga a los albaceas para el ejercicio de su cometido: un año; al partidor, el Art. 1332 de dos años, etcétera.

Por regla general al juez sólo le corresponde respecto de los plazos una labor interpretativa de las disposiciones legales, convencionales o testamentarias, y no fija plazos.⁵⁹³ Sólo puede hacerlo cuando la ley expresamente lo faculta para ello.

Así lo señala el inc. 2º del Art. 1494: “no podrá el juez sino en casos especiales que las leyes designan, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”.

Por ello son excepcionales los plazos judiciales en nuestra legislación, sin embargo de lo cual podemos mencionar los siguientes en el Código Civil:

El Art. 904 en las prestaciones mutuas de la acción reivindicatoria, según el cual el poseedor vencido “restituirá la cosa en el plazo que el juez señalare”;

El Art. 1094, que faculta al juez para fijar el tiempo en que ha de cumplirse el modo, si el testador no lo ha determinado (Nº 633);

El Art. 2201, que dispone: “si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término”;

El Art. 378, inc. 2º, faculta al juez para ampliar o restringir el plazo de 90 días que tienen los guardadores para confeccionar inventario;

El Art. 1276 faculta al juez para fijar un plazo, a fin de que el albacea concurra a ejercer su cargo, y el Art. 1305 para ampliar el que tiene para efectuar el encargo, etcétera.

⁵⁹³ *RDJ*, T. 58, sec. 1ª, pág. 179.

El plazo que fija el juez no es fatal.⁵⁹⁴

500. El plazo de gracia en la legislación francesa y en la nuestra. El Código chileno, al establecer la regla de que el juez sólo fija plazos en los casos específicos en que la ley lo ha facultado para ello, se apartó del francés en que el juez puede conceder un plazo de gracia al deudor para que cumpla su obligación.

Esta institución que se suele fundar en la equidad ha permitido en el mismo país sostener que el juez no está obligado a aceptar siempre la resolución solicitada por el incumplimiento de las obligaciones provenientes de un contrato bilateral, sino que puede calificar aquél (Nº 593), y constituye, en consecuencia, una limitación a la fuerza obligatoria del vínculo contractual, puesto que la obligación no se cumple en la forma estipulada, y llega a importar una revisión del contrato (Nº 115).

Nuestra legislación rechazó expresamente esta solución en el inc. 2º del Art. 1494; cierto que el Art. 1656 en la compensación menciona el plazo de gracia, pero es uno que otorga el propio acreedor al deudor y no el juez, y que además no limita en forma alguna los derechos del acreedor y no es, en consecuencia, obstáculo a la compensación (Nº 798).

501. Plazos continuos y discontinuos. El plazo continuo es el que corre sin interrumpirse por la interposición de días feriados en su transcurso, y es discontinuo cuando se suspende durante ellos, los que no se toman en cuenta para el cómputo del plazo.

De acuerdo al Art. 50 la regla general en nuestra legislación es la continuidad de los plazos. Dice el precepto: “en los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados”.

La excepción más amplia al precepto es la de los plazos de días del C.P.C., que no corren en los días feriados, a menos que el tribunal por motivos

⁵⁹⁴ RDJ, T. 58, sec. 1ª, pág. 170.

calificados haya dispuesto expresamente lo contrario (Art. 66 C.P.C.); debe tenerse cuidado, no son los plazos procesales los no continuos, sino los de días del C.P.C. Si un término procesal no es de días o está contenido en otro texto legal que no contenga igual excepción, no se suspende por la interposición de días feriados.

502. VI. Plazo suspensivo y extintivo. Como decíamos, el Título 5º del Libro 4º no contempla esta clasificación y el Art. 1494 limita su definición al suspensivo, como el que excluye la exigibilidad de un derecho y su obligación correlativa, mientras no se cumple. Los tribunales han reconocido, sin embargo, esta clasificación.⁵⁹⁵

Plazo extintivo es el que por su llegada extingue el derecho y la obligación correlativa. Es, en consecuencia, un modo de extinguir las obligaciones, aunque el Código no lo enumera entre ellos en el Art. 1567 (Nº 1.258), ni le destine ninguna disposición de carácter general, reglamentándolo en los distintos contratos: arrendamiento, sociedad, mandato, etc.⁵⁹⁶

Como sabemos, existen contratos cuyos efectos se extienden en el tiempo y no se agotan en una ejecución única, aunque ella sea postergada en el tiempo (Nº 83). La forma en que se pone término a estos contratos es fijándoles un plazo, más allá del cual dejan de producir efectos. Y si no se les señala uno, van generalmente acompañados del derecho de las partes de finiquitarlos unilateralmente mediante el desahucio, revocación, renuncia, etcétera.

Párrafo 2º *Efectos del plazo*

503. Enunciación. Para estudiar los efectos del plazo es menester una distinción entre los que genera el suspensivo y los que derivan del extintivo, y tanto en uno como en el otro, los que se originan pendiente el plazo y a su vencimiento.

⁵⁹⁵ Por vía de ejemplo, *RDJ*, T. 58, sec. 1ª, pág. 170. En el contrato de promesa hubo una época en que se discutió mucho el punto ante los tribunales, por el uso en los contratos de la expresión “dentro de” o “en”. Véase mi libro sobre “Contrato de Promesa, de opción y otros acuerdos previos”, 3ª edición, ob. cit. Nº 74, pág. 109, y un fallo reciente de la C.S. de 22 de abril de 2003, en *G.J.* Nº 274, pág. 99, y otro en *G.J.* Nº 282, pág. 136.

⁵⁹⁶ *RDJ*, T. 55, sec. 1ª, pág. 212.

504. I. Efectos del plazo suspensivo antes de su vencimiento. El plazo suspensivo, según lo veremos, se asemeja a la condición suspensiva (Nº 568), porque en ambos hay un hecho futuro afectando a la obligación.

Pero como en la condición hay incertidumbre rodeando al hecho y su acaecimiento, el derecho y la obligación no nacen mientras no se cumple la condición suspensiva.

Muy distinta es la situación en el plazo suspensivo mientras esté pendiente, porque, como es evidente que llegará su vencimiento, no están afectados el derecho y la obligación mismos; ellos existen, y sólo está comprometida la exigibilidad. En consecuencia, el acreedor tiene su derecho, y el deudor su obligación, pero aquél no puede exigir el cumplimiento ni éste está obligado a cumplir mientras no se venza el plazo.

Así lo prueba el Art. 1084, aplicable a las obligaciones por la remisión general del Art. 1498: "la asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día". Vertido a los créditos, el precepto significa que el acreedor condicional es acreedor, y su única limitación, que no puede exigir el cumplimiento.

De aquí deriva:

1º. Que "lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución" (Art. 1495, inc. 1º).

Como la obligación existe, si se paga antes de vencerse el plazo, lo que ha pasado es que el deudor ha renunciado al plazo (Nº 509), y el cumplimiento tiene causa suficiente ante la ley.

La solución es justamente inversa en la condición suspensiva, según veremos, porque como la obligación no existe aún mientras ella no se cumple, el deudor condicional puede repetir lo dado o pagado si lo ha hecho pendiente la condición (Art. 1485, Nº 570).

La regla de que el deudor a plazo no puede repetir lo pagado antes de su vencimiento tiene una excepción en el inc. 2º del Art. 1495 en los "plazos

que tienen el valor de condiciones". Hay una evidente impropiedad de lenguaje del legislador al decir que hay plazos que tienen el valor de condiciones; el precepto quiso referirse a la situación prevista en el Art. 1085, en que existe una condición impuesta por la ley; en consecuencia, el derecho y la obligación están sujetos a condición suspensiva y por ello procede la repetición de lo dado o pagado antes de cumplirse.

Dice el inc. 1º del Art. 1085 que la "asignación desde el día cierto, pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día". En las asignaciones sucesorias y en las donaciones la ley impone, dado el carácter *intuitu personae* que tienen, la exigencia de que el heredero, legatario o donatario, según los casos, exista, esté vivo el día que adquiere su asignación o donación. Por ejemplo, le dono un vehículo a A el día que B fallezca. El fallecimiento de B es un plazo, porque tiene que ocurrir, pero es indeterminado, por cuanto no se sabe cuándo. En consecuencia, mi obligación como donante es a plazo, pero en virtud del precepto envuelve la condición de que A sobreviva a B, lo que es un hecho incierto; si muere antes que B, nada transmite a sus herederos, dado el carácter personal de la donación, y eso es lo que ha querido significar el inc. 2º del Art. 1495. Si en el ejemplo yo entrego el vehículo a A antes del fallecimiento de B, puedo exigir su devolución.

2º. El acreedor a plazo puede impetrar medidas conservativas.

Si se otorga esta facultad al acreedor condicional que no tiene aún derecho, con mayor razón, aunque la ley no lo diga aquí expresamente, debemos reconocérselo al acreedor a plazo (Nº 572).

3º. El derecho y la obligación a plazo se transmiten.

Así lo dejó señalado el Art. 1084 ya transcrito. El acreedor transmite su crédito y el deudor su obligación a plazo, y el precepto también le reconoce a aquél la facultad de enajenar la cosa que se le debe sujeta a un término.

4º. Si bien el derecho existe, no puede exigirse, y de ahí que el acreedor no puede demandar el cumplimiento, el deudor no está en mora mientras no se cumple el plazo, no está corriendo la prescripción ni puede operar la compensación.

505. II. Efectos del plazo suspensivo a su vencimiento. Cumplido el término se extingue el único efecto que la existencia de un plazo pendiente provocaba; el acreedor puede exigir ya el cumplimiento, y en consecuencia:

1º. Comienza a correr la prescripción, que de acuerdo al inc. final del Art. 2514, se cuenta desde que la obligación se hizo exigible (Nº 1325).

2º. Puede operar la compensación que supone, entre otros requisitos, que las deudas que se extinguen por este medio sean actualmente exigibles (Art. 1656, regla 3ª Nº 798), y

3º. Si el plazo es convencional, por regla general a su sola llegada el deudor queda constituido en mora si no cumple su obligación (Art. 1551 Nº 1º, Nº 944).

506. III. Efectos del plazo extintivo. Mientras el plazo extintivo esté pendiente, el acto o contrato cuya terminación está sujeta a él, produce todos sus efectos normales, como si fueren puro y simple. Y así en un arrendamiento a 3 años plazo, mientras ellos transcurren, el arrendatario goza de la cosa arrendada y debe pagar las rentas, etcétera.

Vencido el plazo, se produce de pleno derecho la extinción del derecho y la obligación correlativa. Es un efecto semejante al que produce el cumplimiento de la condición resolutoria, según lo veremos, pero con la diferencia de que esta última tiene para ciertos efectos carácter retroactivo, del que carece totalmente el plazo extintivo (Nº 596); además, algunas de ellas, como la condición resolutoria tácita, requieren sentencia judicial, mientras que el plazo extintivo siempre opera de pleno derecho.

Más semejante es entonces su efecto al de la terminación que tampoco tiene efecto retroactivo, pero, en cambio, requiere sentencia judicial (Nº 588), y supone incumplimiento.

En ciertos contratos, como el de promesa, el plazo extintivo tiene otros efectos; en dicho contrato el plazo extintivo suele colocarse para que dentro de él se cumpla la obligación de extender el contrato definitivo. Pasado el término, la obligación está incumplida.⁵⁹⁷

⁵⁹⁷ Por ello en este caso puede haber culpabilidad del deudor si no se ha otorgado la escritura dentro del plazo estipulado; por ejemplo, véase *RDJ*, T. 41, sec. 1ª, pág. 354, y mi obra, "Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos", ya citada.

Párrafo 3º
Extinción del plazo

507. Enunciación. El plazo puede extinguirse de tres maneras:

- 1º. Por su cumplimiento, que toma el nombre de vencimiento;
- 2º. Por la renuncia, y
- 3º. Por la caducidad, formas que estudiaremos en los números que siguen.

508. I. Vencimiento del plazo. La llegada o cumplimiento del plazo, que usualmente se denomina vencimiento, es la forma normal en que éste se extingue.

Para determinar cuándo el plazo está cumplido deben aplicarse las reglas generales para computarlo, contenidas en el Título Preliminar. Arts. 48 y siguientes.

509. II. Renuncia del plazo. El plazo está establecido en beneficio de una o ambas partes, por lo cual es perfectamente renunciable de acuerdo a la regla general del Art. 12.

Corresponderá el derecho a renunciar el plazo a aquel en cuyo beneficio se encuentre establecido, y al respecto lo normal será que el término aproveche al deudor, pero también puede hacerlo al acreedor o a ambas partes. Veremos estas situaciones.

El Art. 1497 se refiere a la renuncia del deudor, porque habitualmente es el único interesado en el plazo, y por ello se la permite, por regla general, salvo que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario.

Se exceptúan igualmente el caso en que la anticipación del pago ocasiona perjuicios al acreedor y el mutuo con intereses.

El deudor no puede renunciar al plazo si la anticipación del pago acarrea al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar. El plazo estaba establecido en beneficio de ambas partes, y de ahí que el deudor no pueda renunciarlo por sí solo, como si por ejemplo una persona que tiene que alejarse de la ciudad por dos meses da en comodato su vehículo

por este término a otra. El plazo beneficia a ambas partes: al comodatario que podrá usar el vehículo durante la ausencia del comodante y a éste también, porque si aquél pretendiera devolverle anticipadamente el vehículo le causaría un perjuicio que justamente con el contrato quiso evitar. En semejante situación, el deudor no puede renunciar por sí solo al plazo.

En el caso del mutuo a interés, el inc. 2º del Art. 1497 se remite al Art. 2204, que dispone: "podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses".

Es preciso distinguir entonces según si se han estipulado intereses o no. En este último caso el mutuo está establecido en beneficio exclusivo del deudor y de ahí que éste puede renunciar al plazo libremente⁵⁹⁸ y pagar anticipadamente. En cambio, si se devengan intereses, el plazo beneficia a ambas partes: al deudor, porque impide que se le pueda cobrar la deuda antes de su vencimiento, y al acreedor, porque mientras esté pendiente el crédito gana intereses. De ahí que el plazo para ser renunciado anticipadamente, tiene que hacerse de común acuerdo, y por ello es muy frecuente en los contratos que el deudor de una suma de dinero que devenga intereses se reserva el derecho de pagar anticipadamente el todo o parte de la deuda, economizándose los intereses respectivos. Sin esta estipulación, ello no sería posible.

El Art. 10 de la Ley Nº 18.010 establecía el derecho del deudor a prepagar su crédito, lo que fue modificado por la Ley Nº 19.528, de 4 de noviembre de 1997, limitando este derecho al prepago del deudor en la forma que luego veremos.

La regla general la establece el inciso 1º del actual Art. 10, en cuya virtud los pagos anticipados serán convenidos libremente entre el acreedor y el deudor.

Sin embargo, tratándose de operaciones de créditos de dinero que cumplan los requisitos establecidos en los demás incisos del precepto, el deudor

⁵⁹⁸ Sin embargo, aun en el mutuo sin intereses o que los devenga, y el deudor se allana a pagarlos por el plazo íntegro, no procedería el pago anticipado si existe para el acreedor otro beneficio ligado al transcurso del término, como el que derivaría de la circunstancia de haberse estipulado reajustes o pago en moneda extranjera. Así lo ha resuelto la C.S. en sentencia publicada en *RDJ*, T. 37, sec. 1ª, pág. 56.

conserva el derecho irrenunciable de prepagar sus créditos. Estos requisitos son los siguientes:

1. Que el capital de la operación del crédito no supere al equivalente de 5.000 UF;

2. Que el deudor no sea una institución sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos, el Fisco o el Banco Central de Chile;

3. Que los pagos anticipados sean iguales o superiores al 25% del saldo de la obligación, ya que el precepto declara que si son inferiores, “requerirán siempre el consentimiento del proveedor”, y

4. Deben cumplirse las condiciones señaladas en la letra a) o b) del precepto, según se trate de operaciones no reajustables o reajustables, respectivamente. La Ley N° 19.951, de 26 de junio de 2004, volvió a modificar estas letras a) y b). La redacción actual implica que en ambas se debe pagar “el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago”.

Lo único que cambia es esta comisión. En el primer caso, ella no puede exceder el valor de un mes de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga, y en el caso de las operaciones reajustables, no puede exceder el valor de un mes y medio de los mismos intereses.

510. III. La caducidad del plazo. La caducidad del plazo consiste en la extinción anticipada de éste en los casos previstos por la convención o señalados por la ley. O sea, no obstante no haber transcurrido íntegramente el término, el acreedor puede exigir el cumplimiento anticipado de la obligación, porque ciertas situaciones producidas, especialmente en relación con la solvencia del deudor, hacen temer que de esperarse el vencimiento, el acreedor no pueda ya cobrar íntegro su crédito. Es, pues, una institución establecida en beneficio del acreedor y en resguardo de su acreencia. La legal se presenta en los dos casos del Art. 1496.

En la edición anterior de esta obra, se las trataba en un párrafo N° 473 (de esta edición) con algunas breves acotaciones sobre la caducidad convencional, a la que se agregaba en la citada quinta edición un Apéndice dedicado a desarrollar el tema.

Como se siguen cometiendo errores notorios al respecto, hemos optado por separar la caducidad convencional de la legal.

La mejor prueba de la subsistencia del problema es que, como lo veremos, en el breve plazo entre aquella edición y la actual, se han dictado algunos fallos dudosos.

En esta parte se tratan la quiebra o notoria insolvencia del deudor, y la pérdida o disminución de las cauciones del crédito.

Y hemos destinado un párrafo íntegro que pasa a ser el cuarto a la convencional que no está reglamentada en el Código, sino que deriva de las reglas generales.

511. A. Quiebra o notoria insolvencia del deudor. De acuerdo al N° 1 del Art. 1496 el pago anticipado de la obligación puede exigirse: "al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia".

Son dos las situaciones, muy relacionadas, pero que no deben confundirse, las que contempla la disposición: la quiebra y la notoria insolvencia. Al hablar de ellas veremos la conexión que las relaciona (N° 1042), pero dejemos constancia por el momento que si bien normalmente la quiebra supone insolvencia, esto es, que el deudor no esté en situación de pagar todas sus deudas, no es un requisito indispensable para su declaración, y así, si el deudor comerciante cesa en el cumplimiento de una obligación mercantil, puede ser llevado a la quiebra, aunque su activo sea muy superior a su pasivo. Y a la inversa, si bien normalmente el deudor insolvente será declarado en quiebra, puede perfectamente ocurrir que no sea así.

La quiebra es un juicio universal, al que deben concurrir todos los acreedores del fallido, a fin de cobrar sus créditos; se realizan los bienes del deudor y con el producto de la subasta se hace pago a los acreedores en la forma que veremos en su oportunidad (N° 1044) se comprende entonces la caducidad del plazo: si el acreedor no pudiera presentarse de inmediato a cobrar su crédito, correría el riesgo de que al vencerse el plazo se hubieran agotado los bienes del deudor, y ya nada cobraría.

Al respecto se ha resuelto que si bien el Art. 67 de la Ley de Quiebras (véase N° 1044) determina que por la declaración de quiebra todas las deudas

del fallido quedan vencidas y exigibles, el plazo de prescripción del pagaré se cuenta desde su vencimiento, y no se anticipa para el aval del mismo.⁵⁹⁹

Igualmente, si el deudor es insolvente los demás acreedores que no están sujetos a plazo se apresurarán a cobrar sus créditos en los bienes de aquél, con la misma probabilidad para el acreedor a plazo de no poder hacerlo. La insolvencia debe ser notoria, cuestión de hecho que debe apreciar el juez, pero no es necesario que la justicia la declare previamente para que el acreedor pueda cobrar su crédito. Opera de pleno derecho la caducidad una vez que ella se produce.⁶⁰⁰

512. B. Pérdida o disminución de las cauciones. El N° 2° del Art. 1496 permite al acreedor cobrar su crédito, no obstante existir plazo pendiente, “al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o disminuido considerablemente de valor”.

El legislador considera que el acreedor ha otorgado el crédito por la seguridad que le conferían las garantías establecidas; si ellas desaparecen o disminuyen considerablemente, existe el justo temor de que el acreedor no pueda cobrar en su oportunidad, y por ello se le permite hacerlo anticipadamente.

Pero la caducidad no es irrevocable; nuestro Código, a diferencia del francés, le permite al deudor atajarla “renovando o mejorando las cauciones”, esto es, otorgando nuevas garantías o aumentando las disminuidas. Con ello ha desaparecido el peligro para el acreedor y ya no se justifica la caducidad del plazo.

Para que ella tenga lugar, el precepto presupone la concurrencia de tres circunstancias:

1°. Que el crédito tenga cauciones, de acuerdo al concepto de éstas del Art. 46 (N° 73).

2°. Que estas cauciones se hayan extinguido o disminuido considerablemente de valor; esto puede deberse a causas jurídicas o materiales, como, si por ejemplo, en el primer caso, se hipoteca una casa y ella no pertenecía al

⁵⁹⁹ F.M. N° 405, sec. 9ª, pág. 512.

⁶⁰⁰ RDJ, T. 56, sec. 1ª, pág. 386. Un caso de término anticipado de un contrato por insolvencia o quiebra de la otra parte en G.J. N° 301, pág. 133, C.S. 25 de julio de 2005.

constituyente y el verdadero dueño obtiene la cancelación del gravamen, y en el segundo, si se incendia la propiedad hipotecada, y

3º. La extinción o disminución deben ser imputables al deudor, ya que el precepto exige el hecho o culpa suyos. Si ellas se deben a caso fortuito, no caduca el plazo, salvo el caso de la hipoteca, pues el Art. 2427 en ella ubicado no exige este requisito y no hace distinción alguna. Por ello se ha resuelto que si rematada la finca hipotecada el producto de la subasta alcanza para el pago de una parte de la deuda, el resto, no obstante tener plazo pendiente, se hace exigible, puesto que ha quedado sin garantía.⁶⁰¹

Párrafo 4º

Caducidad convencional del plazo o aceleración del pago

513. Enunciación. Este punto que tratamos someramente en las primeras ediciones de esta obra, ha adquirido últimamente gran importancia ante los tribunales.

En la anterior edición de esta obra, como lo señalamos en el numerando 510 de la actual, creímos que la jurisprudencia, bastante uniforme en la Corte Suprema a la sazón, parecía haber resuelto todos los problemas que se presentaban en tribunales.

Ello ha cambiado negativamente con algunas resoluciones de las que discrepo, y que parecen volver a una actitud *prodebitore* que creó el problema.

Por esta razón, hemos decidido exceder en esta materia de nuestro tratamiento sintético, y trasladar lo que en la anterior edición fue el Apéndice N° 1 (con la misma designación del presente párrafo 4º), y tal como lo enunciamos en el citado numerando 510, a insertar dicho Apéndice N° 1 con algunos agregados, y aunque ello nos aparte del método con que normalmente abordamos los problemas que pueden presentarse en la práctica profesional.

Para destacar toda esta nutrida jurisprudencia nos referiremos al tema tal como está hoy día, con fallos recientes, y la dictación de la Ley N° 19.951 de 26 de junio de 2004, que modificó la Ley N° 18.010 agregándole un art. 30, todo lo cual se analiza, agregándole el presente Párrafo 4º con detención.

⁶⁰¹ RDJ, T. 26, sec. 1ª, pág. 332.

Así lo anunciamos y explicamos en el N° 510 de esta sección.

514. Conceptos generales. La caducidad convencional se produce en los casos expresamente previstos en el contrato, esto es, el acreedor se reserva el derecho a exigir anticipadamente el todo o parte de la obligación en el evento de cumplirse alguna condición.

En el lenguaje forense se conoce la institución con el nombre de cláusula de aceleración del pago.

Es muy frecuente semejante estipulación en los casos de obligaciones de cumplimiento fraccionado; por ejemplo, un saldo de precio de compraventa pagadero en 10 cuotas mensuales, iguales y consecutivas. Si alguna de ellas no se cumple, el acreedor estaría obligado a esperar el vencimiento de la última para poder cobrar el total de la deuda; para prevenir tal inconveniente se inserta una cláusula en cuya virtud el no pago de alguna de dichas cuotas a su respectivo vencimiento hace exigible el total de la obligación, da por vencido el plazo u otra expresión semejante.

El tema se ha discutido con frecuencia en los tribunales, porque tiene mucha importancia para determinar desde cuándo se cuenta la prescripción.

En efecto, en ciertas prescripciones de tiempos breves, como las de los pagarés, u otras obligaciones convenidas en cuotas, en determinadas ocasiones si hubiere operado la cláusula de aceleración, el deudor estaría en condiciones de oponer la prescripción de toda la obligación, mientras que en el caso contrario podría suceder que determinadas cuotas quedaran afectas a la prescripción y otras no.

Podemos señalar que las reglas que ha sentado la jurisprudencia en esta materia son:

1. Se ha aceptado plenamente la validez de estas estipulaciones,⁶⁰² lo que es lógico en virtud de la libertad contractual que permitió a las partes fijar

⁶⁰² Por vía de ejemplo, *RDJ*, Ts. 13, sec. 2ª, pág. 30; 27, sec. 1ª, pág. 55. Más recientemente *RDJ*, T. 89, sec. 1ª, pág. 78; *G.J.* N° 139, sent. 1ª, pág. 54; 144, sent. 6ª, pág. 48, y 183, sent. 1ª, pág. 13, y *F.M.* N° 403, sent. 4ª, pág. 297.

Véase la nutrida jurisprudencia sobre el tema en el Repertorio Código Civil 1998, T. 11, págs. 255 y sigtes.

plazo y, en consecuencia, también las faculta para establecer su extinción anticipada.

2. En general se ha estimado que es una facultad establecida en beneficio del acreedor y, en consecuencia, éste puede renunciarla y, en tal caso, la prescripción comienza a correr desde el vencimiento de cada cuota y no de la última de ellas.⁶⁰³

3. Ello es así a menos que la cláusula de aceleración se haya pactado en forma imperativa,⁶⁰⁴ y

4. Ejercitada la cláusula de aceleración, comienza a correr el plazo de prescripción de toda la obligación.⁶⁰⁵

El Art. 30 de la Ley N° 18.010, agregado, como hemos dicho, por la Ley N° 19.951, reglamentó en forma muy semejante al prepago la aceleración del pago, distinguiendo entre operaciones reajustables y no reajustables (N° 535).

5. La exigibilidad se genera cuando el acreedor ejerce su opción, y decide cobrar el total de la obligación.

Hay quienes piensan que ello sólo se produce con la demanda judicial debidamente notificada, otros pensamos que es un acto unilateral del acreedor, y por ende, produce efectos desde que éste se pronuncia en uno u otro sentido.

Otros creen que sólo ocurre cuando el deudor toma conocimiento de que el acreedor se pronunció, pero ello sí que importaría darle al acto un carácter de bilateral que no tiene.

⁶⁰³ F.M. N°s. 383, sent. 4ª, pág. 577; 403, sent. 3ª, pág. 291; 432, sent. 10ª, pág. 825; 441, sent. 10, pág. 960; 449, sent. 13, pág. 606; 460, sent. 5ª, pág. 21; 468, sent. 17ª, pág. 2048; G.I. N° 119, sent. 3ª, pág. 38. *RDJ*, T. 89, sec. 1ª, pág. 122.

⁶⁰⁴ F.M. N°s 403, sent. 4ª, pág. 297; 432, sent. 10, pág. 895; 452, sent. 12, pág. 1632; 466, sent. 11, pág. 1519.

⁶⁰⁵ F.M. N°s. 383, sent. 4ª, pág. 577; 470, sent. 6ª, pág. 2470. Igualmente se ha fallado que si el acreedor hace valer la cláusula de la aceleración, ello afecta a toda la obligación y, por ende, al plazo de prescripción de la acción de desposeimiento de la finca hipotecada; F.M. N°s. 461, sent. 21, pág. 362, y 466, sent. 12, pág. 530.

En cambio, la caducidad legal es de excepción. Así lo señala el encabezamiento del Art. 1496: "el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es...". Por la misma razón se ha resuelto que afecta al deudor, pero no al fiador.⁶⁰⁶

Mi experiencia como abogado integrante de la Excma. C.S. me reveló una dolorosa realidad: un volumen exagerado de problemas en torno a una institución tan sencilla. Por su habitualidad redacté, en base a las experiencias de la época, una pequeña monografía que, dada su vigencia, me permito agregar a este libro, al que me remito.

515. Las causas del problema. Aunque como lo hemos dicho, no debería haber tanta dispersión de las opiniones, ella fundamentalmente se debe a dos razones principales:

a. Un mal manejo del tema por parte de algunos abogados y tribunales, que suelen dejarse llevar, además, por cierta tendencia de amparar a deudores que utilizan toda clase de recursos para demostrar o lisa y llanamente eludir el pago de sus obligaciones.

b. El acortamiento exagerado de los plazos de prescripción, que en el caso de las letras de cambio, pagarés u otros documentos negociables reglamentados por la ley N° 18.092 de 14 de enero de 1982, permite al deudor inescrupuloso no pagar sus obligaciones al año contado desde el vencimiento del documento.

Hay al respecto una vasta jurisprudencia, a veces un tanto contradictoria, por lo cual, a mi juicio, creo de interés precisar con más detalles que el que le doy al tema por evidente necesidad en este libro sobre las obligaciones a materias como ésta.

516. Extinción del plazo. El tema que vamos a abordar incide en uno más amplio que es el de la extinción del plazo.

Como se sabe, el plazo se extingue por su vencimiento, o sea, la llegada o cumplimiento del término respectivo por el transcurso del tiempo establecido, por la renuncia del plazo (donde hay otra institución que también ha dado

⁶⁰⁶ G.T. de 1864, N° 874, pág. 326.

algunos problemas, como es el derecho al prepago por parte del deudor), y la caducidad del plazo.

Ésta se define normalmente como “la extinción anticipada del plazo en los casos previstos por la convención o señalados por la ley”.

De la definición antes señalada deriva una clasificación inmediata de la institución: la caducidad del plazo se produce por razones legales o convencionales. De más está decir que las primeras son las señaladas por la ley, por la verificación u ocurrencia de ciertos hechos expresamente establecidos por el legislador. La segunda se presenta cuando se producen determinadas situaciones previstas en la convención. Ahora bien, la legal está establecida en términos generales en el C.C. en su Art. 1496, y se presenta en los casos en que la situación económica del deudor hace temer que el acreedor, si espera el transcurso completo del plazo, en definitiva no va a poder o corre riesgo de no poder cobrar su crédito. Como hemos visto en los N.ºs. 511 y 512 en el Código son: la quiebra o notoria insolvencia del deudor y la pérdida o disminución considerable de valor, por hecho o culpa del deudor, de las cauciones que ha constituido a favor del acreedor, en garantía del crédito que éste le otorgó.

En leyes especiales, suelen establecerse otros casos de caducidad legal del plazo por vulneración por parte del deudor de determinadas prohibiciones o limitaciones legales; esto es muy frecuente en las leyes de beneficio social, como por ejemplo, en las de viviendas para sectores de escasos recursos, beneficios que pueden perderse e incluso no sólo provocar la caducidad del plazo, sino la pérdida misma de los beneficios recibidos.

La llamada aceleración del pago, como lo veremos, también puede originarse en disposiciones legales.

517. La caducidad convencional o aceleración del pago. La diferencia fundamental con la situación anterior consiste en que la extinción del plazo no está establecida por la ley, sino que deriva de la convención. Por eso se declaró que no era cláusula de aceleración la exigibilidad anticipada de un pagaré por declaración de quiebra.⁶⁰⁷ Son las partes las que libremente convienen en

⁶⁰⁷ L.S. N.º 32, pág. 104. C.S. 11 de diciembre de 2006.

que por el cumplimiento de cierta condición, se produce o puede producirse la extinción anticipada del plazo. Que “se produce o puede producirse” la extinción del plazo establece una clasificación entre aceleración facultativa e imperativa, como lo veremos a continuación. Lo que ocurre jurídicamente es que las partes introducen en el plazo una condición que afecta a su subsistencia. Cumplida dicha condición, el plazo se extingue. Dicho de otra manera, entre las partes regirá el plazo convenido, pero éste puede extinguirse anticipadamente por el cumplimiento de una condición.

Ésta puede ser de cualquier naturaleza: positiva o negativa; posible o imposible, etc. La más común es la que se llama justamente aceleración del pago por el no cumplimiento de una de las cuotas en que se dividió la obligación, pero no tiene por qué ser la única. En efecto, en sus créditos los bancos suelen dejar establecidas una serie de circunstancias en que se reservan el derecho a exigir anticipadamente el cumplimiento de la obligación. Ellas son de una gran variedad. Por ejemplo, se prohíbe enajenar la propiedad hipotecada (infringiendo así la prohibición del artículo 2415 del C.C., sin que nadie proteste); se prohíbe arrendar, se prohíbe introducir modificaciones en la propiedad hipotecada; se exige el consentimiento del acreedor, por ejemplo, para modificar las escrituras sociales del deudor, o en un balance se pierde parte importante del capital de una empresa, en fin, estas estipulaciones pueden ser de cualquier clase o naturaleza, según lo que las partes convengan.

Sin embargo, como decíamos, la más frecuente estipulación y que ha recogido el legislador, y la que ha estado creando problemas ante los tribunales, es que en una obligación dividida en cuotas no se paguen una o más de ellas, haciéndose en tal caso exigibles las restantes aún no vencidas.

Lo importante que hay que retener por el momento es que lo que caracteriza la institución que estudiamos es que hay uno o más plazos estipulados, pero los mismos se aceleran, esto es, se extingue el plazo y el acreedor queda facultado para exigir el cumplimiento total de la obligación, como si el plazo no hubiere existido.

La C.S., en sentencia de 1 de julio de 2003, Rol N° 2140-02, se encontró con un caso interesante en que se oponía la excepción de prescripción alegando que el acreedor habría hecho uso de su facultad de acelerar el crédito al verificarlo en una quiebra, esto es, se habría producido una caducidad legal

por quiebra y no una aceleración del plazo por falta de pago. Dicho de otra manera, había operado la caducidad legal y no la convencional.

Al respecto dijo la Corte:

“Que el inciso 1º del artículo 67 de la Ley de Quiebras, aludido por el recurrente, expresa que ‘En virtud de la declaración de quiebra, quedan vencidas y exigibles, respecto del fallido, todas sus deudas pasivas, para el sólo efecto de que los acreedores puedan intervenir en la quiebra y percibir los dividendos que correspondan al valor actual de sus respectivos créditos, con más los reajustes e intereses que les correspondan, desde la fecha de la declaración’. De esta disposición puede sostenerse que es la ley la que compulsivamente obliga al acreedor a verificar sus créditos, para los efectos señalados, produciendo ellos efectos sólo en cuanto al fallido, de modo que no puede entenderse vencido y exigible un crédito verificado en la quiebra respecto a un deudor solidario del fallido. En efecto, normalmente no puede haber dos fechas en que se entiende acelerado un crédito, pero, en este caso especialísimo, por expresa disposición del artículo 67 referido, al obligar la ley al acreedor a verificar créditos con el objeto indicado en la norma, ello sólo puede afectar al deudor fallido, mas no al solidario, de suerte que, en la especie, en cuanto al ejecutado de autos, el banco, como cesionario del crédito..., hizo efectiva la cláusula de aceleración al presentar la demanda, esto es, el 3 de octubre de 1994, notificada el 13 de septiembre de 1995 y, por ende, al acoger la excepción del N° 17 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia ha cometido el error de derecho que se viene comentando, precisamente por infracción a los artículos mencionados por el recurrente, con relación al tantas veces referido artículo 67 de la Ley de Quiebras”.

Se ha reconocido que la aceleración procede en el caso del juicio hipotecario especial de la Ley de Bancos.⁶⁰⁸

518. Explicación jurídica de la aceleración. La extensión anticipada del plazo en el caso de cumplirse una condición tiene una doble justificación:

⁶⁰⁸ Sentencia de la C.S. de 26 de diciembre de 2006, publicada en la Revista L.S. N° 33, pág. 10, y N° 29, pág. 69. En contra: Revista L.S. N° 29, pág. 66. Véase en la misma Revista N° 27, pág. 1, un análisis de las distintas sentencias, y otro en la misma Revista N° 13, pág. 12.

a. El principio de la libertad contractual o autonomía de la voluntad, hoy día más claramente aún contemplado en nuestra legislación con la Constitución de 1980.

En efecto, si las partes son libres, en general, para estipular modalidades, es obvio que también pueden reglamentar la forma en que ellas se cumplen y operan, siendo las legales normas supletorias de la voluntad, menos, por cierto, en los casos en que las condiciones resultan ilícitas o imposibles.

Pero, con esta salvedad, el legislador no tiene por qué limitar el derecho de las partes a sujetar la vigencia del plazo al cumplimiento de determinadas condiciones.

Finalmente, por si alguna duda cupiere, el legislador con posterioridad al C.C. ha estado contemplando expresamente la institución, en algunas leyes especiales, lo que confirma que no tiene nada contrario al derecho.

La doctrina y especialmente la jurisprudencia han reconocido la licitud de esta estipulación desde antiguo.⁶⁰⁹

b. Porque en definitiva todas las situaciones de caducidad convencional del plazo tienen la misma razón de la legal. Cuando se trata de acelerar el pago de una obligación dividida en cuotas, se protege al acreedor que, ante el incumplimiento de su deudor, no tiene que esperar que venza cada cuota para entonces demandar el pago con el consiguiente riesgo de que las últimas cuotas ya no las podrá cobrar; y si se trata de otras estipulaciones, el acreedor las convino porque en la mayoría de ellas tiene el temor de que el deudor se esté colocando en una situación de mayor riesgo o difícil cobro de la obligación.

519. Prepago y aceleración del cobro. Para fijar bien los conceptos conviene analizar estas dos instituciones relacionadas con el plazo: su renuncia por el deudor, quien prepaga su obligación, y la aceleración, que es un derecho del acreedor a tener por extinguido el plazo.

⁶⁰⁹ Por vía de ejemplo, *RDJ*, T.13, sec. 2ª, pág. 30; 27, sección 1ª, pág. 55. Recientemente *RDJ*, T. 89, sección 1ª, pág. 78; *G.J.* N°s. 139, sentencia 1ª, pág. 54; 144, sentencia 6ª, pág. 48, y 183, sentencia 1ª, pág. 13, y *F.M.* N° 403, sentencia 4ª, pág. 297. Véase la nutrida jurisprudencia sobre el tema en el Repertorio, C.C. 1998, T. 11, págs. 225 y sigtes. No procede: *G.J.* N° 276, pág. 130, C.A. de Talca de 24 de junio de 2003.

A. *Reglamentación.*

Hay normas sobre prepago, por ejemplo, en el Art. 10 de la Ley N° 18.010, de 27 de junio de 1981, sobre operaciones de créditos, y se ha discutido si son aplicables al caso en que por el no pago del deudor se produce la aceleración del cobro de una deuda.

El precepto ha sido modificado en dos oportunidades, confirmando los problemas que existen al anticiparse el plazo, ya sea por parte del acreedor o el deudor. Las leyes que han establecido estos cambios son la N° 19.528, de 9 de noviembre de 1997, y la N° 19.951, de junio de 2004.

La verdad es que la duda resulta hasta sorprendente, porque una y otra institución, el prepago y la aceleración del cobro o caducidad convencional del plazo, son formas de poner fin a un plazo antes de su vencimiento, pero no tienen ninguna otra relación. El prepago es la renuncia al plazo, la aceleración del cobro de una obligación es el fin del plazo por el evento de cumplirse una determinada condición.

Dicho de otra manera, como lo señalan todos los tratadistas, el plazo se extingue por la llegada o cumplimiento, por la renuncia y por la caducidad del plazo.

Algunas de estas situaciones están reglamentadas por el legislador, pero ni la renuncia del plazo ni su caducidad convencional están contempladas como normas generales, sino en situaciones o leyes especiales.

En consecuencia, se someten a las reglas generales del derecho imperando absolutamente el principio de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual, y la excepción se presenta únicamente en dichas situaciones que, como van contra las reglas generales, son de interpretación restrictiva.

Es obvio que si se produce la aceleración, ya el deudor no puede pagar parcialmente la deuda sin el consentimiento del acreedor. Así se ha fallado.⁶¹⁰

⁶¹⁰ G.J. N° 300, pág. 115, junio 2005.

B. *El prepago.*

El prepago consiste en la renuncia al plazo por parte del deudor, la que se gobierna, como decíamos, absolutamente por las reglas generales, de acuerdo al Art. 12 del C.C.

Aplicando estrictamente esta norma, el Art. 1497 dispone:

“El deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar”.

“En el contrato de mutuo a interés se observará lo dispuesto en el artículo 2204”.

Por su parte este último artículo dispone:

“Podrá el mutuuario pagar toda la suma prestada, aun antes del término, salvo que se hayan pactado intereses”.

En síntesis, el prepago es un derecho que tiene el deudor a pagar no obstante el plazo, cuando éste está establecido en su exclusivo beneficio, y no lo está si el crédito devenga intereses o existe otra razón para el acreedor para oponerse al pago anticipado.

El prepago es una excepción a la regla general del pago en orden a que él debe hacerse en los términos en que fue contraída la obligación, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 1569 inciso 1º del C.C.:

“El pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes”.

Pero que en nada contradice el principio general del derecho, por las razones antes expuestas.

Hay leyes especiales que se preocupan del prepago; la de orden más general es el de las operaciones de crédito de dinero regidos por la Ley N° 18.010, como lo hemos señalado.

520. Clasificación de la aceleración del plazo. Recapitulando lo que ya se ha dicho, la caducidad convencional admite las siguientes clasificaciones:

a. En primer lugar, puede ser legal o voluntaria, según si la establece la ley o la convención.

b. Admite además las mismas clasificaciones de las condiciones y de los plazos, es decir, el plazo cuyo vencimiento se anticipa caducando esta modalidad, puede ser suspensivo o extintivo, y la condición cuyo cumplimiento precipita la caducidad del plazo admite todas las clasificaciones de las condiciones.

c. Entre aquéllas la principal es la de algún incumplimiento del deudor que, generalmente, será el no pago de alguna de las cuotas en que se ha dividido la obligación, y

d. La que ha dado más problemas es justamente la clasificación de la aceleración de pago en imperativa o facultativa, según si opera de pleno derecho o corresponde a una facultad del acreedor, esto es, sólo la habrá si éste la hace efectiva.

El tema ha dado mucho que hacer y pasamos a analizarlo con mayor profundidad. Lo mismo haremos con las aceleraciones de pagos legales que también pueden ser facultativas o imperativas.

521. Aceleraciones de pagos legales. Sin duda que fueron las partes las que empezaron a estipular las aceleraciones en el pago, pero el legislador comenzó a recogerla y ya la establecía el Art. 19 de la Ley N° 4.702, sobre “Compra-venta de cosas muebles a plazo”, que había caído un poco en desuso, pero que todavía solía pactarse cuando fue terminada por la Ley N° 20.190 de 5 de junio de 2007.

Su Art. 19 disponía:

“No podrá estipularse un período de pago inferior a un mes, ni que el acreedor adquiera el derecho de exigir todo el precio insoluto por falta de pago de menos de dos parcialidades”.

Ello confirma lo que hemos dicho, porque no se justificaría la limitación que ponía, sino fuera lícito estipular la aceleración sin ella.

Más aún la Ley N° 19.951, de 26 de junio de 2004, en su Art. 2°, había reemplazado el Art. 15 de dicha Ley N° 4.702 por otro en una tendencia a

unificar la legislación del prepago y de la aceleración: "En caso que el deudor anticipe, voluntaria o forzosamente, el pago de todo o parte de la obligación, se aplicará lo dispuesto en los Arts. 10 y 30 de la Ley N° 18.010". El Art. 10 se refería al pago, y el 30 a la aceleración.

Un caso que dio mucho que hacer, aunque ahora pertenece también al pasado, pero aún suele ventilarse en los tribunales, fue el de la Ley N° 16.807 de 20 de julio de 1968 sobre "Asociaciones de Ahorro y Préstamo".

En su Art. 57 inciso 1° disponía hasta hace muy poco:

"El atraso en el pago de tres cuotas mensuales consecutivas, hará exigible el total de la obligación como si fuere de plazo vencido, sin perjuicio del pago del interés penal a que se refiere el artículo anterior".

La Ley N° 18.591, de 3 de enero de 1987, sustituyó este artículo 57 por el siguiente:

"El atraso en el pago de tres cuotas mensuales consecutivas, facultará a la Asociación o cesionario del crédito para hacer exigible el total de la obligación como si fuere de plazo vencido, sin perjuicio del pago del interés penal a que se refiere el artículo anterior".

Esto es, de imperativa la cláusula pasó a ser facultativa.

En la Ley N° 18.112 sobre prendas sin desplazamiento, de 16 de abril de 1982, existían disposiciones que permitían al acreedor la inmediata realización de la prenda sin esperar el vencimiento del plazo, como, por ejemplo, si el que ha constituido la prenda se oponía a la inspección (Art. 15), el traslado del lugar en donde debía mantenerse la cosa dada en prenda (Art. 16), si se gravaba o enajenaba la cosa dada en prenda (Art. 18), etc.

Todas las leyes sobre prendas especiales establecían disposiciones que permitían anticipar su realización como un reflejo de la caducidad legal del plazo en caso de un desmejoramiento de las garantías del crédito. Así, ocurría en la compraventa de cosas muebles a plazo, en la agraria, industrial, etc.

La citada Ley N° 20.190 derogó la mayor parte de estas prendas especiales, y las reemplazó por una nueva legislación sobre prendas sin desplazamiento,

con disposiciones muy semejantes a las señaladas en su Título II (Arts. 17, 19, 20 y 21).⁶¹¹

Como decíamos, también en algunas leyes de beneficio social suelen estipularse caducidades del plazo y hasta de todo el beneficio en caso de incumplimientos, eso sí que más bien relacionados con la orientación social del beneficio y su infracción que con problemas de no pago de la deuda.

522. Aceleración imperativa y facultativa. Tiene gran importancia determinar si la aceleración es imperativa o facultativa desde varios aspectos.

En primer lugar, para determinar el momento en que ocurre la aceleración.

En efecto, en la aceleración imperativa ella se produce, de acuerdo con la regla del cumplimiento de las condiciones, de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial ni ningún otro requisito; basta el incumplimiento. Dicho de otra manera, el acreedor no tiene sino que acreditar que se cumplió la condición y en tal caso podrá demandar el pago total de lo que se le adeuda como si no hubiere plazo alguno.⁶¹²

Se interpretó como imperativa en fallo de la C.S. de 3 de septiembre de 2002, Rol N° 3433-01, la siguiente cláusula:

“III. Exigibilidad anticipada. Se hará exigible el pago total de la suma de la deuda o del saldo a que ésta se halle reducida, considerando la obligación como de plazo vencido, en caso de mora o simple retardo en el pago de una o más de las cuotas en que se divide la obligación, sean consecutivas o no, de abono a capital o intereses...”.

En voto disidente el ministro señor Jorge Rodríguez A. discrepó diciendo:

“Parece entonces erróneo interpretar lo pactado en esos pagarés en el sentido de que, en caso de simple retardo en el pago de cualquier cuota, el acreedor

⁶¹¹ Esta ley sólo entró en vigencia el 23 de octubre de 2010, al publicarse su Reglamento N° 722 del Ministerio de Hacienda.

⁶¹² F.M. N° 403, sentencia 4ª, pág. 297; N° 432, sentencia 10, pág. 895; N° 452, sentencia 12, pág. 1.632; N° 466, sentencia 11, pág. 1.519.

estuviera necesariamente obligado a exigir, de inmediato, el pago total de la deuda insoluta, operando de antemano una especie de caducidad automática de los plazos. Resulta absurdo que el acreedor, en vez de estipular una facultad, termine pactando una obligación para sí mismo, perjudicial a su libertad de acción frente al deudor que incumple y operando tal caducidad aun sin previa notificación judicial”.

En fallo de la C.A. de Santiago de 13 de septiembre de 2006, se estudia y señala la diferencia entre ambas clases de aceleraciones del plazo y su influencia en la prescripción de cuotas.⁶¹³

En cambio, en la aceleración facultativa además de cumplirse la condición, se requiere la concurrencia de otro requisito más: que el acreedor ejerza su facultad, esto es, declare que efectivamente desea hacer uso del derecho que tiene de dar por caducado el plazo, y cobrar el total o el saldo de la obligación que ha pasado a ser plenamente exigible.

Así lo estableció una sentencia de 3 de noviembre de 2006.⁶¹⁴

Esto da origen a otras derivaciones y problemas relacionados con este tema, que son:

- A. Interpretación de la cláusula de aceleración;
- B. Desde qué momento se produce la aceleración, lo que a su turno tiene importancia para los efectos de la prescripción;
- C. Renuncia a la aceleración;
- D. Revocación de la aceleración ya producida;
- E. Momento en que comienza a correr la prescripción extintiva;
- F. Prescripción de cuotas en el caso de la aceleración de un crédito pactado en esos términos;
- G. Abandono del procedimiento;
- H. Situación en los pagarés.

⁶¹³ L.S. N° 26, pág. 57.

⁶¹⁴ L.S. N° 29, pág. 79.

Examinaremos estas distintas cuestiones en los números siguientes.

523. Interpretación de la cláusula de aceleración. Determinar si la cláusula de aceleración es facultativa o imperativa tiene mucha importancia en todos los puntos que pasaremos a examinar, y por ello en la práctica ante los tribunales se ha solido discutir bastante el tema, porque al deudor le conviene muchísimo más la cláusula imperativa, si está en condición de alegar la prescripción.

En efecto, producida la aceleración imperativa, la obligación se hizo exigible, y, en consecuencia, comenzó a correr el plazo de la prescripción, sea cual sea éste. Por ejemplo se pactó un crédito en cien cuotas o dividendos. Si no se paga alguno de ellos, se convino la aceleración del pago.

Si la cláusula es imperativa, conforme a lo que hemos señalado, la exigibilidad es de pleno derecho, y al producirse en esa forma, toda la obligación se hizo exigible y, por ende, de acuerdo al artículo 2514 del C.C., comenzó a correr el plazo respectivo de la prescripción extintiva. En cambio, si la aceleración fuere facultativa, en el mismo ejemplo, la prescripción empezará, en principio, a transcurrir desde que el acreedor hace uso de su derecho.

Como se comprenderá, esto es cuestión de interpretación de la disposición legal o de la estipulación convencional que establece la aceleración. El tema se discutió mucho hasta hace pocos años en los tribunales de vez en cuando a propósito de los créditos hipotecarios de Asociaciones de Ahorro y Préstamo, donde, como vimos, inicialmente la ley contemplaba la aceleración imperativa, sin perjuicio de la cual las partes solían estipular una voluntaria.

En todo caso en la aceleración imperativa el verbo rector será siempre de ese carácter. Por ejemplo: el no pago de una o más de las cuotas en que se ha dividido el crédito hará exigible el total de la obligación que se considerará de plazo vencido. Ésta es indudablemente imperativa, sin que ello admita dudas de ninguna especie.⁶¹⁵

En cambio, es evidentemente facultativa una cláusula en que se señale que el mismo hecho facultará al acreedor para tener a la obligación como de plazo vencido, y en consecuencia, podrá cobrar el total de ella.

⁶¹⁵ C.A. de Santiago, 17 de enero de 2006, publicada en *G.J.* N° 25, pág. 86.

Sin embargo, hay veces que se combinan ambas fórmulas, y, por ejemplo, se dice que el incumplimiento indicado hará que la deuda se considere de plazo vencido, pudiendo el acreedor cobrar el total de ella.

La interpretación de la aceleración legal puede dar origen a un recurso de casación en el fondo si se infringen las reglas de la interpretación legal establecidas por el C.C. En cambio, la de la contractual no dará lugar a dicho recurso, porque, como se ha resuelto reiteradamente, es cuestión de hecho que como tal queda radicada en los jueces de la instancia.

Así lo declaró una sentencia de la C.S. de 24 de junio de 2001 Rol N° 3384-00, en sus considerandos 4° y 5°:

“4°. Que, la determinación de la voluntad e intención de los contratantes, esto es, la interpretación de un contrato en general constituye un hecho de la causa, dado que los jueces del fondo lo establecen en uso de sus facultades privativas y como fruto de la valoración de las probanzas rendidas y, por ende, en cuanto tal y en el caso de autos, no es susceptible de alterarse por la vía del recurso de casación en el fondo, y, por el contrario, debe mantenerse inamovible, máxime cuando ni siquiera se ha invocado una eventual vulneración de las normas reguladoras de la prueba;

“5°. Que, en cambio, en su recurso, la parte del Banco promueve una interpretación del contrato de mutuo, diversa de la asentada en el fallo que se impugna y, tanto es así que, en gran medida, las infracciones de ley que arguye las hace consistir en lo que considera sería una errónea fijación del alcance o sentido del pacto de aceleración y es a partir de esa pretendida interpretación que desarrolla el resto de los errores que atribuye a la sentencia recurrida. De esta forma, resulta de toda evidencia que los planteamientos de su reclamo están condicionados a que se acepte su manera de entender la aludida estipulación contractual y, subsecuentemente, el recurso de casación en examen contraría los hechos tal como fueron establecidos por los jueces del mérito, los que, según se ha señalado, no son susceptibles de modificación por la vía que se ha intentado. Luego, en la medida que el éxito del recurso quedó supeditado a que se asuma su propia interpretación del contrato, contrariando los hechos de la causa, significa que no puede prosperar y debe ser entonces desestimado”.

En otro fallo, de 3 de septiembre de 2003, Rol N° 3065-02, la C.S. rechazó un recurso de casación porque los jueces del fondo habían interpretado

“que la cláusula de aceleración era facultativa para el acreedor, o sea, que la exigibilidad anticipada no se producía por la sola mora del deudor, sino que se necesitaba que el acreedor manifestara su voluntad en orden a acelerar el crédito, como también que dicha manifestación de voluntad sucedió el 10 de julio de 2000, cuando se presentó la demanda”, interpretación que resulta inamovible para la C.S.

Son tales los inconvenientes que por el exagerado acortamiento de los plazos de prescripción, especialmente en los pagarés, y dado que la institución está establecida en beneficio del acreedor, y no de deudores inescrupulosos que pretenden ampararse en estos resquicios para no pagar lo que deben, que mi opinión es que la sola presencia de la palabra “podrá” u otra equivalente determina que la cláusula es facultativa. Esto es, debe siempre preferirse la aceleración facultativa, a menos que ella no tenga elemento alguno que dependa de la voluntad del acreedor.

En sentencia de 24 de diciembre de 2003, Rol N° 363-03, la C.S. se pronunció sobre un caso en que la C.A. de Santiago había interpretado como facultativa la siguiente redacción:

Se estipuló en el pagaré una cláusula de aceleración en estos términos: “En caso de mora o simple retardo en el pago de una o más cuotas antes indicadas, la obligación se considerará como plazo vencido (sic) haciéndose de inmediato exigible el total adeudado”.

Los jueces del fondo estimaron que la voz “considerará” que emplea la cláusula de aceleración transcrita no significa que se haya establecido en los términos imperativos para el acreedor, ya que si así fuere, no tendrían sentido los fonemas “o más cuotas” que emplea la misma cláusula, de suerte que, en concepto de los referidos sentenciadores, mientras esté pendiente el pago de la última cuota no puede el deudor invocar la prescripción.

La C.S. consideró:

“Que carece de importancia determinar si la cláusula de aceleración transcrita en la letra a) del razonamiento primero del fallo de casación que antecede, está redactada en términos facultativos o imperativos, pues lo cierto es que, como consta del pagaré acompañado a los autos, éste fue protestado por no pago por la suma de \$ 2.078.391, el 31 de julio de 1998, de suerte tal que

dicho protesto constituye, inequívocamente, una manifestación de voluntad del banco en orden a hacer caducar anticipadamente el plazo de vencimiento del documento”.

En fallo de la C.A. de Santiago de 15 de junio de 2000, la cláusula era “se considerará vencido el plazo de la deuda y el banco podrá exigir el inmediato pago” y se consideró facultativa, y prescrita al anularse la notificación.⁶¹⁶

524. *Cuándo se produce la aceleración.* Es muy importante determinar el momento en que se produce la aceleración, porque ello ha sido discutido en tribunales. En efecto, como lo veremos, deudores inescrupulosos se esconden (especialmente en el caso de los pagarés) para no ser notificados judicialmente o logran anular la notificación que se les ha hecho, por lo cual si la aceleración es imperativa o el acreedor ha hecho uso de la facultativa, oponen la excepción de prescripción. Por ello se ha solido sostener que la aceleración sólo se produce cuando el deudor toma conocimiento de que ella se ha producido.

Esto no tiene importancia en la imperativa, que ocurre de pleno derecho, y en consecuencia, en ningún caso puede requerir otro requisito que el incumplimiento u otra condición que se haya estipulado. En cambio, en la facultativa, para impedir la mala fe del deudor, se ha solido sostener lo señalado, esto es, que la aceleración se produce cuando el deudor toma conocimiento de que el acreedor ejerció su facultad de acelerar el crédito.

Esta tesis se sostiene en voto disidente del ministro señor Jorge Rodríguez a la sentencia de la C.S. de 18 de agosto de 2003, Rol N° 2323-02, en los siguientes términos:

“Que ejercido por el acreedor, como en el caso de autos, el derecho de cobrar judicialmente al deudor el saldo insoluto de la deuda, formado tanto por las cuotas o dividendos de plazo vencido como todos aquellos de vencimiento futuro cuyos plazos caducarían anticipadamente, es menester que el deudor tome conocimiento que su acreedor ha invocado su derecho de obtener el pago total e íntegro de su acreencia. Dicho conocimiento sólo lo adquiere el deudor cuando se le notifica la demanda judicial mediante la cual el acreedor

⁶¹⁶ G.J. N° 240, pág. 93. En G.J. N° 347, año 2009, pág. 156, se hace claramente la distinción entre la estipulación facultativa y la imperativa, que opera sin intervención de las partes.

ejerce su acción en tal sentido, notificación que en el caso de autos acaeció el 17 de abril de 1999 (considerando 16º voto disidente)".

Exige que el deudor haya tomado conocimiento de la aceleración: C.A. de Santiago de 12 de mayo de 2006, *L.S.* Nº 18, pág. 158. Notificado el deudor: *L.S.* Nº 14, pág. 86, Santiago, 21 de marzo de 2006. En contra: por vía de ejemplo, C.S. 11 de abril de 2001, *G.J.* Nº 250, pág. 103. Desde que se demandó: *L. & S.* Nº 39, pág. 15, con voto en contra del ministro Sr. Rodríguez Ariztía.

La tesis del ministro señor Rodríguez, desgraciadamente, no resulta aceptable por dos razones fundamentales de Derecho, que no se pueden bajo ningún respecto eludir:

a. La aceleración facultativa del acreedor es un acto unilateral de éste, y en consecuencia, produce sus efectos desde el momento que el acreedor ejerce ese derecho, y

b. Porque el ejercicio de esta facultad corresponde al cumplimiento de una condición.

En efecto, la aceleración facultativa está sujeta a una doble condición, el incumplimiento y que el acreedor decida hacer uso de ella. Cumplida la condición, ella opera de pleno derecho como todas las condiciones, con la sola excepción de la resolutoria tácita.

El ejercicio por parte del acreedor de la facultad de tener por acelerado el crédito, puede ser judicial o extrajudicial. Hay quienes ponen en duda esto último, pero la verdad es que, como en todo caso del cumplimiento de una condición por un acto de voluntad del acreedor, no hay razón alguna para sostener que deba ser judicial. Otra cosa muy distinta es el problema de prueba de si se ha producido o no la aceleración por la voluntad del acreedor, y la fecha en que ello ocurrió.

Sin embargo, examinaremos en el punto subsiguiente (Nº 526) la posibilidad de la revocación de la aceleración ya producida por la voluntad del acreedor.

Desde otro punto de vista, en la aceleración facultativa el acreedor escoge cuándo y con cuál cuota impaga acelera el total adeudado, según fallo de la

C.A. de Santiago de 24 de diciembre de 2003, publicada en la *G.J.* N° 282, pág. 115.

525. Renuncia a la aceleración. El problema sólo tiene importancia en el caso de la aceleración imperativa. En el caso de la facultativa la renuncia se traduce en que queda sin efecto la estipulación que otorgó al acreedor la posibilidad de hacer exigible la obligación como si fuera de plazo vencido.

Esto último será poco frecuente, porque, dado que es una facultad suya, el acreedor puede hacer o no hacer efectiva la aceleración. Lo normal será, por cierto, que lo haga, pero no estando obligado, es obvio que tampoco requiere renunciar a la facultad. Más bien el problema de este último caso es el que veremos en el número siguiente, esto es, de la revocación de la aceleración facultativa una vez que el acreedor ha hecho uso de ella.

Así lo destaca el ministro de la C.S. don Jorge Rodríguez A., en voto disidente al fallo de la Excma C.S. de 24 de julio de 2001, Rol N° 3384-00, considerando 7°.

“...producido uno de los casos de incumplimiento, nacía la facultad del acreedor para hacer exigibles las obligaciones pendientes de pago. Antes de ello, no nacía tal facultad. Y si era una facultad del acreedor, tal exigibilidad anticipada no podía operar en forma automática y ajena a su voluntad. Resulta evidente, entonces, que tal facultad estaba pactada en beneficio del acreedor, de la cual éste podía o no hacer uso, porque en derecho nada le impedía cobrar judicialmente al deudor únicamente una o más cuotas vencidas e insolutas, en cuyo evento correría a favor del deudor el plazo de prescripción correspondiente a contar desde la fecha de exigibilidad de cada cuota vencida.

Parece, entonces, erróneo interpretar la ley aplicable al caso de autos y lo pactado en el contrato en el sentido que, por un simple atraso en el pago de tres cuotas consecutivas, el acreedor estuviera necesariamente obligado, de inmediato, a exigir el pago total de la deuda insoluta, operando de antemano una especie de caducidad automática del plazo futuro. Resulta absurdo que el acreedor, en vez de estipular una facultad u opción reconocida por la ley a su favor, terminare pactando una obligación para sí mismo, perjudicial a su libertad de acción frente al deudor incumplidor.

No cabe duda, como hemos dicho varias veces, y lo reitera la cita anterior, de que la aceleración está establecida en beneficio del acreedor, y por ello su renuncia está gobernada por el artículo 12 del C.C.:

"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia".

La disidencia del ministro señor Rodríguez se produjo porque la mayoría de la sala desechó el recurso de casación, por estimar que incidía en un tema de interpretación de la cláusula de aceleración, que consideró cuestión de hecho.

Esta regla que parece tan clara se complica en el caso de que ya se haya cumplido el plazo de prescripción de todo o parte del crédito, considerando su aceleración, porque en tal evento ya no existirá sólo el interés del acreedor que quiere renunciar a la aceleración del crédito, sino que está el interés del deudor de alegar la prescripción total o parcial en tales casos.

La verdad es que en esa situación no podría sino concluirse que el acreedor ya no está en condiciones de renunciar a la aceleración imperativa, a menos que ella sea convencional, y se haya reservado semejante derecho.

Nuestros tribunales han reconocido varias veces ese derecho de renuncia del acreedor.⁶¹⁷

Sin hablar de renuncia, la C.A. de Santiago hizo primar en su caso de Asociación de Ahorros, en que la ley establece aceleración imperativa, la estipulación de las partes facultativa.⁶¹⁸

Ello, en mi opinión, es posible porque el acreedor y deudor al estipular la facultativa en el fondo renunciaron a la imperativa de común acuerdo, o el acreedor renunció a la aceleración legal establecida en su exclusivo beneficio, sin que el deudor tuviera perjuicio alguno en ese momento, ya que aún no se había producido prescripción.

⁶¹⁷ F.M. N° 383, sentencia 4ª, pág. 577; sentencia 3ª, pág. 291; N° 432, sentencia 10, pág. 825; N° 441, sentencia 10, pág. 960; N° 449, sentencia 13, pág. 606; N° 460, sentencia 5ª, pág. 21; N° 468, sentencia 17, pág. 2048; G.J. N° 119, sentencia 3ª, pág. 38. RDJ, Tomo 89, sección 1ª, pág. 122.

⁶¹⁸ L. & S. N° 17, pág. 103.

Según la C.A. de Santiago, el acreedor elige si invoca o no la aceleración. En tal caso evidentemente se desconoce la distinción entre cláusula imperativa y facultativa.⁶¹⁹

En sentencia de la C.A. de Santiago se resuelve si el acreedor sigue cobrando y recibiendo el pago de las cuotas, renuncia tácitamente a la aceleración.⁶²⁰

Finalmente, otra sentencia resolvió que el acreedor puede optar y renunciar a la exigibilidad, pero si demanda el pago por el total, lo aceleró.⁶²¹

526. Revocación de la aceleración. En el caso de la aceleración voluntaria, como decíamos, no tiene importancia el tema de la renuncia al derecho a pedir la aceleración.

Una vez que el acreedor ha ejercitado su facultad y hecho efectiva la aceleración facultativa, ha nacido una nueva discusión: si puede revocar su decisión, dejando sin efecto la aceleración para volver a cobrar sus cuotas. Dicho de otra manera, si es irrevocable o no su determinación.

Al respecto existen dos teorías:

Una, que es la mayoritaria en los tribunales, y que consiste en que por tratarse de un acto unilateral, éste es irrevocable. Esto es, que el acreedor ya hizo uso de su facultad de acelerar, el plazo caducó y ya no puede, en consecuencia, hacerlo renacer por su sola voluntad. La estipulación de aceleración fue una convención, pero la decisión del acreedor de acelerar el crédito es unilateral, y como tal produce sus efectos desde que se hace uso de ella. Desde ese momento, ya hay un cambio en relación con las partes, que no puede alterarse unilateralmente.

Otros consideran que, como hemos dicho, el acreedor puede dejar sin efecto la aceleración.

⁶¹⁹ G.J. N° 286, pág. 32. C.A. de Santiago de 20 de noviembre de 2003. En sentencia de la C.S. de 18 de agosto de 2003, publicada en la G.J. N° 278, pág. 109, se resuelve otro caso de A.A.P. En un caso de A.A.P., siendo imperativa, se aceleró por el tercer no pago de cuotas.

⁶²⁰ Sentencia de 10 de julio de 2003: G.J. N° 228, pág. 74.

⁶²¹ G.J. N° 252, pág. 213.

Hay quienes agregan en votos disidentes a fallos de la C.S. que ello puede hacerlo mientras no esté notificado el deudor; esto es, antes que tenga conocimiento de que operó la aceleración, lo que hemos rechazado en el N° 524.

Sin embargo, el punto no resulta tan claro, si se examina desde otro punto de vista. En efecto, una vez que el acreedor hace uso de su facultad de acelerar, la situación queda igual que la aceleración imperativa: el plazo caduca de pleno derecho, y el acreedor puede exigir el pago íntegro, o renunciar a este derecho, pero en los mismos términos anteriores, esto es, salvo que exista un interés comprometido de terceros.

Además, como lo hemos dicho, la aceleración la puede ejercer el acreedor judicial o extrajudicialmente. En el primer caso, notificado el deudor, tendría el acreedor que desistirse de su demanda para poder ejercer esa renuncia. Antes de la notificación, puede modificar o retirar la demanda, con lo que la situación se acerca a la aceleración extrajudicial, en que parece más plausible una renuncia de la aceleración producida.

Ello lleva a la necesidad de redactar correctamente la cláusula de aceleración para evitar este problema, ya sea que el acreedor se reserve la facultad de retractarse de la aceleración o que ésta no se produzca sólo con la aceleración del acreedor, sino, por ejemplo, cuando el deudor es válidamente notificado de la demanda.

Una redacción podría ser que el mero retardo o mora en el pago de cualquiera de las cuotas en que se ha dividido el crédito, facultará al acreedor para considerar toda la obligación de plazo vencido, y para cobrarla íntegramente, produciéndose la aceleración al momento de notificarse válidamente la demanda respectiva. Esto es, la aceleración no se produce de pleno derecho por el uso de la facultad de acelerar el crédito por parte del acreedor, sino cuando la respectiva demanda queda válidamente notificada. Esta estipulación es válida por dos razones:

a. Porque si las partes pudieron estipular o no la aceleración, con mayor razón pueden fijar el momento en que ella se produce, sin que sea indispensable que éste coincida con el del incumplimiento, sino agregándole otro elemento. Y así, bien es posible estipular que la aceleración no se produzca con el primer incumplimiento, sino con el segundo o tercero, consecutivo o no, porque estamos en el terreno absoluto de la libertad contractual, y

b. Porque así se resuelven todos los problemas de la prescripción, a la que nos referiremos en seguida.

Se ha fallado que el solo hecho de que el acreedor reciba como pago parcial el de la cuota cuya solución le permitió hacer exigible toda la deuda, no deja sin efecto la aceleración.

La sentencia es de la Excma. C.S. de 12 de junio de 2002, Rol N° 3550-01:

“...demostrado en autos, como se ha visto, que el deudor se atrasó en el pago de una cuota, en este caso la N° 18, de acuerdo con la llamada cláusula de aceleración establecida en el pagaré, el banco estaba facultado para exigir anticipadamente el saldo insoluto, como si fuera de plazo vencido, que es precisamente lo que hizo, de suerte que si el demandado alega que ha pagado su obligación, tal pago debe ser íntegro, esto es, satisfacer toda la deuda, con sus intereses y costas, y no sólo la cuota impaga. Los pagos parciales que haga el deudor sin duda deben ser considerados al momento de liquidarse el crédito, pero no sirven para enervar la acción ejecutiva y, al no resolverlo así los sentenciadores del mérito, han cometido el error de derecho que se viene comentando”.

Otra sentencia de la misma Corte de 30 de noviembre de 2005, en cambio señaló que si el acreedor aceptó pagos parciales, no podrá perseguir al tercer poseedor hipotecario, “pues ello importaba ejecutar la garantía de una obligación no incumplida”.⁶²²

Es obvio que las partes de común acuerdo pueden dejar sin efecto la aceleración producida. Lo discutible es que ello ocurra por el solo hecho de que un cajero de un banco reciba un pago parcial, en el sentido de si ello basta para tener al banco tácitamente poniendo fin a la aceleración.

Otra sentencia de la C.A. de Santiago, analiza un caso de transacción en que el acreedor aceptó abono a la deuda ya acelerada.⁶²³

⁶²² L.S. N° 31, pág. 44.

⁶²³ L.S. N° 3, pág. 58, de 14 de octubre de 2005.

*527. Momento en que comienza a correr la prescripción extintiva.*⁶²⁴ Como decíamos, todos los problemas de la aceleración se han producido a propósito de la prescripción. Sucede que del momento en que caduca el plazo, ya sea porque la ley o las partes lo dispusieron así, o porque siendo facultativa, el acreedor hace uso de su derecho para tener por exigible toda la obligación, comienza a correr la prescripción extintiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2514 inc. 2º del C.C., que dice justamente eso, que la prescripción extintiva comienza a correr desde que la obligación se hizo exigible. En consecuencia, ejercitada la facultad de aceleración en la facultativa, o producida ella cuando es imperativa, comienza a correr el plazo de prescripción no sólo para las cuotas impagas, sino que para toda la obligación.

Por ejemplo, en un crédito pactado a diez años en que no se paga ninguna cuota, si el acreedor lo hace exigible a los cuatro años que dejó de pagarse la primera cuota, toda la obligación pasa a serlo, y en consecuencia la prescripción de la última cuota no empieza a correr a su vencimiento a los diez años, sino que ello sucede cuando el acreedor hizo uso de la cláusula de aceleración, o ésta se produjo de pleno.

Así se había fallado en forma reiterada (véase además N° 524 B).

Un fallo de la C.A. de Santiago de 18 de marzo de 2004, señaló que el plazo de prescripción no corre desde la mora, sino desde la notificación de la demanda. Lo primero es correcto en la facultativa, pero el segundo no lo es, a menos que se estipule así.⁶²⁵

Otra sentencia estableció que el plazo de prescripción corre desde la última cuota.⁶²⁶

Una de la C.A. de Santiago dictaminó que no habiéndose ejercido el derecho a la aceleración, la prescripción de la acción ejecutiva corre desde el vencimiento de la última cuota.⁶²⁷

⁶²⁴ Véase un análisis de jurisprudencia en la materia en la L. & S. N° 30, págs. 5 y sigtes.

⁶²⁵ G.J. N° 285, pág. 163.

⁶²⁶ G.J. N° 276, pág. 73. C.A. de Rancagua de 2 de abril de 2003.

⁶²⁷ G.J. N° 274, pág. 128.

Y en la facultativa, corre desde la notificación de la demanda.⁶²⁸

De ello puede resultar que finalmente un beneficio establecido a favor del acreedor, se termine convirtiendo en una trampa mortal para el crédito de éste. Ello ha provocado la repugnancia de algunos magistrados a aplicar estrictamente los principios de derecho que gobiernan la institución. Entendemos y compartimos esta inquietud, pero creemos que le corresponde al legislador solucionar el problema que él mismo creó, al fijar plazos tan breves de prescripción, como ocurre, por ejemplo, con las letras de cambio y pagarés.

La prescripción que se aplica es la que corresponde según la naturaleza de la obligación.

La regla general será la del artículo 2515 del C.C., esto es, tres años como ejecutiva desde que ocurrió la aceleración, y cinco años como ordinaria, o la prescripción que corresponda, que puede ser, por ejemplo, la del artículo 822 del C.Co. de cuatro años, o la que ha dado más problemas, y por ello requerirá un análisis especial, que es la de los pagarés.

Como habíamos establecido, se pensaba por la jurisprudencia y doctrina que en la aceleración facultativa para el acreedor, la prescripción de cada cuota era independiente hasta aquel momento.

Así lo señaló la mayoría del tribunal en una sentencia de agosto de 2009; la C.S. declaró que habiéndose pactado aquélla en beneficio del acreedor, no puede tener el efecto de impedir la prescripción respecto de las cuotas cuyo plazo de prescripción estuviere vencido, contados hacia atrás de la fecha de la notificación.

Un voto disidente se basó en que la cláusula era imperativa, por lo cual había transcurrido toda la prescripción del crédito.⁶²⁹

Pero la misma C.S. en otra sentencia, y no obstante que la C.A. había establecido que la cláusula de aceleración, cualquiera que sean los términos en que se pacte, “no se establece en el solo beneficio del acreedor, pues se tiene

⁶²⁸ L.S. N° 37, pág. 97.

⁶²⁹ F.M. N° 554, julio a diciembre de 2010.

la posibilidad de invocarla respecto de cualquiera de las partes, en atención al hecho que ésta tiene por objeto, en los casos que se indican en el acto o contrato, anticipar el vencimiento de las cuotas en que se dividió la deuda por medio de la caducidad convencional del plazo".⁶³⁰

Se ha puesto en duda con estas opiniones, la diferencia que hemos señalado entre la aceleración facultativa y la imperativa para los efectos de la prescripción de las cuotas.

528. Prescripción de cuotas. Primero que todo, digamos que cada cuota en que se ha dividido un crédito tiene su propia exigibilidad y, en consecuencia, prescribe separadamente de las demás.

Se ha resuelto por la Excma. C.S., en fallo del 1 de julio del 2003, que cada una de las cuotas en que se dividió un crédito tiene su propio vencimiento de acuerdo al artículo 1494, en relación con el artículo 2514, inciso 2º, ambos del C.C., y desde ese momento comienza a correr el plazo de la respectiva prescripción.

Antes de ver el tema de los pagarés, hay que tener presente otro punto que ha dado lugar a discusiones, pero que es más amplio y es el siguiente: el acreedor puede hacer efectiva la aceleración o ella producirse de pleno derecho por ser imperativa la cláusula, con el respectivo incumplimiento y en consecuencia, la prescripción corre para toda la obligación impaga en forma uniforme.

Pero puede ocurrir también en la aceleración facultativa, y en la imperativa si la caducidad no se produce con un solo incumplimiento, que la prescripción no corra en forma uniforme para todo el crédito.

Así, es posible que en la aceleración facultativa el acreedor haga uso de su facultad después que estén vencidas varias cuotas: todas las que se aceleran comienzan a prescribir en el momento en que el acreedor declara su voluntad de que se acelere el crédito. Pero las cuotas vencidas con anterioridad ya habían comenzado a prescribir, y sobre todo en prescripciones tan brevísimas como la de los pagarés, es posible que ellas sí estén prescritas, pero no todo el resto de la obligación.

⁶³⁰ G.J. N° 350, agosto de 2009.

En la imperativa, ello sólo puede pasar cuando la aceleración no se ha producido por el solo no pago de una cuota, o cuando producida la aceleración por el no pago de una sola de ellas, el acreedor cobra una o más de las cuotas, interrumpiendo la prescripción a su respecto, o renuncia a la aceleración en los términos vistos en el N° 526.

Hay algunos que creen que la prescripción se cuenta desde el vencimiento de la última cuota, y si ésta se aceleró, desde su aceleración, por lo cual no podría haber prescripción para el saldo adeudado, sino desde la caducidad convencional del plazo. Ello implica negar la prescripción de cuotas, para lo cual no hay ninguna razón legal.

Así se ha resuelto en general por los tribunales.⁶³¹

También se ha dictado por las sentencias que pasamos a destacar:

A. La aceleración de la obligación de un mutuo no afecta la interrupción de la prescripción a los que no han sido partes, porque ella es conjunta, y el pagaré un medio de prueba.⁶³²

B. Otros fallos sobre el tema.⁶³³

C. Una sentencia dispone que el peso de la prueba corre por cuenta del deudor.⁶³⁴

D. Que sea la aceleración facultativa imperativa, el crédito se aceleró íntegro al protestarse el pagaré por no pago por el total.⁶³⁵

⁶³¹ *FM.* N° 383, sentencia 4ª, pág. 577; N° 470, sentencia 6ª, pág. 2470; *L.S.* N° 5, pág. 52.

⁶³² C.A. de Santiago de 18 de noviembre de 2003.

⁶³³ Sentencia de 16 de marzo de 2006, *G.J.* N° 14, pág. 22. *FM.* N° 15, pág. 104, de 30 de marzo de 2006; N° 19, pág. 77 de la C.A. de Santiago de 23 de mayo de 2006. *FM.* N° 26, pág. 57, C.A. de Santiago de 13 de septiembre de 2006, y N° 32, pág. 106, C.A. de Santiago de 13 de diciembre de 2006; *G.J.* N° 292, pág. 123; desde la última cuota, C.A. de San Miguel de 5 de octubre de 2004.

⁶³⁴ *G.J.* N° 288, pág. 120, que también acepta la prescripción de cuotas, y *G.J.* N° 229, pág. 61.

⁶³⁵ *G.J.* N° 282, pág. 55.

E. Que respecto a los mutuos hipotecarios cuyo pago es dividido en cuotas, cada una de ellas debe considerarse vencida y exigible en fecha prevista al efecto, y cada dividendo prescribe en 5 años a contar de su exigibilidad.⁶³⁶

F. Igualmente se ha fallado que si el acreedor hace valer la cláusula de aceleración, ello afecta a toda la obligación y, por ende, al plazo de prescripción de la acción, de desposeimiento de la finca hipotecada.⁶³⁷

529. Abandono del procedimiento. Se ha discutido ante los tribunales lo que ocurre en el caso de que el acreedor haga uso de su facultad de acelerar el crédito en un juicio en que posteriormente se abandonó el procedimiento.

El asunto se ventiló y está tratado en sentencia de la Excma. C.S. de 18 de agosto de 2003 en autos Rol N° 2323-02. Ella rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante, por considerar que iba en contra de los hechos, tal como ellos habían sido establecidos por los jueces del fondo, sin alegar una posible infracción a las leyes reguladoras de la prueba, única forma en que podría haber prosperado dicho recurso.

El ministro señor Jorge Rodríguez Ariztía, en voto disidente, estudió la situación desde el punto de vista del abandono del procedimiento, considerando que éste se rige por el artículo 156 del C.P.C., que dice:

“No se entenderán extinguidas por el abandono las acciones o excepciones de las partes; pero éstas perderán el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio”.

“Subsistirán, sin embargo, con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos”.

El ministro señor Rodríguez analiza el punto y en el considerando séptimo de su voto disidente señala:

“Que no se puede, entonces, considerar como un acto constitutivo de derechos definitivos para las partes y ajeno a la demanda presentada en un

⁶³⁶ G.J. N° 280, pág. 122. Prescribe cada cuota: G.J. N° 273, pág. 68. Prescripción parcial de cuotas: C.S. de 20 de marzo de 2007: L.S. N° 37, pág. 32.

⁶³⁷ FM. N° 461, sent. 21, pág. 362, y N° 466, sent. 12, pág. 53.

procedimiento que se declaró abandonado, el ejercicio de la acción que tiene el mutuante para exigir también el pago de cuotas de vencimientos futuros, porque es una acción que el procedimiento abandonado no extingue, que el mutuante conserva y que puede hacer valer en otro juicio, toda vez que no se ha producido pronunciamiento del tribunal sobre el fondo del proceso abandonado y, en consecuencia, la contienda o controversia jurídica no ha desaparecido y el conflicto de intereses subsiste”.

Analiza la historia de dicho artículo 156, inciso 2º, y señala:

“El referido inciso 2º no estaba incluido en el proyecto de la Comisión Revisora del Código de Procedimiento Civil que funcionó entre los años 1874 a 1884, denominado Proyecto de 1884. Cuando el Presidente don Jorge Montt presentó al Congreso, el 1º de febrero de 1893, el proyecto del Código, éste fue revisado por una Comisión Mixta de Senadores y Diputados, que dio origen al denominado Proyecto de 1893. Sólo en este último (en su artículo 162) se incluyó el antes aludido inciso 2º. Luego, todo dicho artículo pasó a tener el número 163, cuyo texto es igual al actual artículo 156”.

La explicación de tal norma está en que, excepcionalmente, la declaración de abandono del procedimiento puede afectar derechos de las partes que resulten definitivamente constituidos, por efectos del valor de actos y contratos que hayan tenido lugar durante el procedimiento que terminó abandonado. Por ello, el referido inciso 2º ha dejado subsistente, en tal evento, el valor de tales actos y contratos. Por ejemplo, ya hemos aludido anteriormente que no se produce la interrupción de la prescripción por la demanda del procedimiento abandonado, según el artículo 2503 del C.C. Del mismo modo los plazos o excepciones que se completaren durante el curso de tal procedimiento abandonado, no revivirán.

Los autores Carlos Anabalón Sanderson⁶³⁸ y Jerónimo Santa María Balmaceda⁶³⁹ estiman que el inciso 2º del artículo 156, al referirse al valor de actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos para los litigantes en el proceso que resultó abandonado, ha querido referirse, por

⁶³⁸ *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno*.

⁶³⁹ *El Abandono de la Instancia*, Editorial Universo S.A., 1943.

ejemplo, a un remate llevado a cabo dentro del juicio, un desistimiento parcial que extinguiere derechos, un avenimiento parcial o novación de obligaciones, la condenación en costas en algún incidente, etc.

De lo dicho se desprende, por consiguiente, que no es posible invocar lo preceptuado en el tantas veces citado inciso 2º del artículo 156 para sostener que el ejercicio de la acción del mutuante para exigir también el pago de cuotas de vencimientos futuros constituya un acto del cual resulten derechos definitivamente constituidos para los litigantes del procedimiento que resultó abandonado, por cuanto tal acción, no obstante formar parte de la demanda que ha experimentado el mismo resultado de todas las actuaciones procesales abandonadas, para el mutuante no ha quedado extinguida por el abandono, conforme lo previsto en el inciso 1º del artículo 156.

El punto resulta de interés, pero este voto disidente discurre sobre una interpretación que tiene su autor, y que incide en lo ya señalado en orden a que el ejercicio de la facultad de aceleración del crédito para que produzca efectos tiene que ser notificado al deudor, lo que hemos rechazado más atrás.

En consecuencia, sería un acto unilateral que produce sus plenos efectos desde que el acreedor lo ejerce sin que para ello, y salvo que se haya estipulado lo contrario, sea necesaria la notificación del deudor, dado que podría incluso haber tenido el carácter de extrajudicial.

La C.A. de Santiago resolvió que la aceleración no se borra por el abandono del procedimiento.⁶⁴⁰

530. La Ley Nº 18.092 sobre letra de cambio y pagaré. La Ley Nº 18.092, de 14 de enero de 1982, que "Dicta nuevas normas sobre letra de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio", en general mejoró bastante la legislación algo anticuada de éste, pero la falta de debate público hizo cometer al legislador de entonces un gran error de política jurídica, que es, en el fondo, el que ha traído todos estos problemas respecto de la aceleración del crédito. Antes de ella no había plazo especial para las obligaciones

⁶⁴⁰ Sentencia de 20 de octubre de 2006, L.S. Nº 29, pág. 128. En igual sentido, L.S. Nº 22, pág. 101, y Nº 21, pág. 29. C.A. de Santiago de 20 de junio de 2006; G.J. Nº 294, pág. 153; G.J. Nº 256, pág. 80, y Nº 253, pág. 78. Véase también G.J. Nº 214, pág. 73; Nº 217, pág. 95, y Nº 219, pág. 84.

emanadas de estos documentos, por lo que se aplicaba el artículo 822 del C.Co., esto es, la prescripción era de cuatro años.

Se consideró excesivo este plazo y como veremos se le rebajó a un año, lo que en combinación con la aceleración del crédito se ha convertido en un festín para el deudor inescrupuloso que dilata la notificación o la logra anular, con lo cual por haberse producido la aceleración, pretende, y a veces con éxito, que toda su obligación ha quedado prescrita por transcurrir el año a que se refiere el artículo 98 de esta Ley N° 18.092.

Veamos primero que todo las disposiciones que se refieren y gobiernan los pagarés.

De acuerdo al artículo 107 de la Ley N° 18.092, en lo que no esté exceptuado, el pagaré se rige por las mismas reglas de la letra de cambio.

Por su parte, el inciso 2° y el inciso final del número 3 del artículo 105 de la misma ley señalan que el pagaré puede ser extendido en las tres formas que señala dicho precepto y los incisos citados dicen a la letra:

“El pagaré puede tener también vencimientos sucesivos, y en tal caso, para que el no pago de una de las cuotas haga exigible el monto total insoluto, es necesario que así se exprese en el documento.

Si nada se dice al respecto, cada cuota morosa será protestada separadamente”.

Como puede apreciarse, en esta disposición se señala claramente la posibilidad de que las partes contemplen en un pagaré la aceleración del pago del mismo. Esto reafirma que esta estipulación es perfectamente lícita, pero además lo que está haciendo en definitiva la norma no es autorizar que ella se convenga, sino exigir que si así ocurre, debe constar en el propio pagaré, lo que es lógico, pues se trata de un documento de circulación en que todos los que intervienen en él deben saber cuáles son las reglas particulares que lo rigen.

531. Plazo de la prescripción en los pagarés.⁶⁴¹ El artículo 98 de la Ley N° 18.092 dispone:

⁶⁴¹ Véase Óscar OLAVARRÍA AQUEVEQUE, “La cláusula de aceleración y la prescripción en el pagaré”. Revista L. & S. N° 4, pág. 168. Véanse los fallos ya citados y G.J. N°s. 225, pág. 70; 223, pág. 86; 226, pág. 206, y L. & S. N° 39, pág. 19. Acción ejecutiva.

“El plazo de prescripción de las acciones cambiarias del portador contra los obligados al pago es de un año, contado desde el día del vencimiento del documento”.

El artículo 100 se refiere a la interrupción de la prescripción, señalando en general que ella sólo perjudica a aquel que ha sido objeto de acción o gestión judicial, o que ha reconocido expresa y tácitamente su calidad de tal. Y, finalmente, el artículo 101 señala:

“En lo demás, la prescripción de las acciones provenientes de la letra de cambio, se rige por las reglas generales del Código de Comercio”.

Las disposiciones sobre prescripción especiales para estos documentos son las contenidas en el párrafo 10 de la Ley N° 18.092, y en lo demás se aplican las reglas generales, ya que el C.Co., al respecto sólo contiene el artículo 822, que dice:

“Las acciones que procedan de las obligaciones de que trata el presente libro y que no tengan señalado un plazo especial de prescripción, duran cuatro años.”

“Las prescripciones establecidas en este Código corren contra toda clase de personas”.

En lo demás se aplican las normas del C.C., de acuerdo al artículo 2° del C. de Co.

El artículo 98 de la Ley N° 18.092 da origen a dos aspectos que conviene analizar:

a. Sólo se aplica a las acciones cambiarias;

b. Qué pasa cuando tratándose de un pagaré, el pago de la obligación ha sido dividido en cuotas.

Los veremos en los números siguientes:

532. A. La prescripción de un año sólo afecta la prescripción cambiaria. Un punto que pasa inadvertido porque no lo entienden muchas personas, incluidos abogados, es que el precepto fija el plazo de un año para los efectos de las acciones cambiarias emanadas del pagaré. Efectivamente, todo acreedor de un pagaré tiene dos acciones, y puede intentar la una o la otra. En general, el suscriptor de un pagaré reconoce adeudar una cierta suma que ha recibido

del acreedor en mutuo, o que puede corresponder al saldo de precio de una compraventa o de cualquier otro contrato.

Y por ello es que el acreedor puede estar cobrando el pagaré en sí mismo ejerciendo las acciones cambiarias respectivas. Ello le puede convenir si por estar autorizado ante notario o protestado personalmente el pagaré constituye título ejecutivo, pero al ejercer la acción cambiaria el pagaré se encuentra sometido a la prescripción de un año.

Y por ello puede ejercer también la acción que emana del contrato respectivo, generalmente del mutuo, para cobrar éste y en cuyo caso el pagaré constituye simplemente la prueba del mutuo o de dicho saldo.

O estos contratos están estipulados en otro instrumento, que puede ser una escritura pública, y en cuyo caso el pagaré deberá acompañarse o podrá ser exigido por el tribunal para evitar un doble pago: que se cobre la deuda del contrato que la originó por una cuerda, y por la otra, al mismo suscriptor u otro obligado, el pagaré.

En conclusión, si se está ejecutando el pagaré, la prescripción es de un año, pero si se está cobrando la obligación que originó el “debo y pagaré” de que da cuenta el documento, la prescripción es la general que establecen las leyes.

Así lo destaca una sentencia de la C.S. de 3 de septiembre de 2002, Rol N° 3433-01, en cuyo considerando 5° se hace claramente la distinción entre la prescripción “de las acciones cambiarias, esto es, las emanadas de los pagarés”, y las que provienen del contrato de mutuo que dio origen al mismo.

Otra sentencia, de 10 de septiembre de 2003, de la misma Excma. Corte Suprema, Rol N° 2533-02, también se basó en esta distinción entre la acción cambiaria y la ordinaria del mutuo, entre otras consideraciones.⁶⁴²

⁶⁴² Véase también *G.J.* N° 301, pág. 163, de julio de 2005; N° 283, pág. 138; N° 282, pág. 48, N° 277, pág. 76; N° 256, pág. 78. Una sentencia de la C.S. de 8 de junio de 2006, reitera que la acción del mutuo prescribe de acuerdo a la regla general de 5 años, agrega el argumento del Art. 12 de la Ley N° 18.092, que dispone que, salvo pacto expreso en contrario, el giro, aceptación o traspaso de una letra de cambio (y por ende, un pagaré) no constituye novación, salvo pacto expreso. En fallo de la C.A. de Santiago de 19 de mayo de 2006, *L.S.* N° 19, pág. 79, no pasa a

533. B. Qué significa la expresión vencimiento del documento que utiliza el artículo 98. Efectivamente, el precepto habla del “vencimiento del documento”, por lo que podría pensarse que en el caso del pagaré dividido en cuotas conforme al artículo 105 de la misma ley, la prescripción comienza a correr no para cada cuota, ni desde la aceleración del crédito, sino desde que se venza todo el documento, esto es, todo el pagaré. Pero no es ése el significado del precepto. No hay que olvidarse que la redacción de la ley se refiere a la letra de cambio, pero se aplica *mutatis mutandi* a todos estos documentos. Y respecto de ella el párrafo quinto, titulado justamente “Del vencimiento”, reglamenta cuándo se vence el documento, y el legislador no se puso en el caso de vencimientos fraccionados, porque son propios del pagaré.

Y sólo cabe aplicar lo mismo que hemos dicho en el N° 528 respecto al pago en cuotas. No habría ninguna razón jurídica para que la prescripción no corriera, porque en virtud de la aceleración, el documento se hizo exigible íntegro en el todo o en su saldo al momento de producirse la aceleración del crédito.⁶⁴³

534. La aceleración del pago y sus intereses. También ha dado lugar a discusiones qué ocurre con los intereses, cuando caduca el plazo.

La primera regla es obviamente recurrir a la convención, si la hay, esto es, si las partes han estipulado intereses y si lo han hecho, también si se han convenido intereses penales en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Primero, se aplica el Art. 1551 del Código Civil, esto es, como el plazo está vencido, el deudor queda colocado en mora, porque no ha cumplido su obligación dentro del término estipulado, y, respecto a los intereses, rige el Art. 1559 del Código Civil, esto es, se siguen debiendo los intereses pactados o comienzan a deberse, si no se han convenido; estos últimos, según el Art. 1551,

ser ordinaria la acción cambiaria prescrita, pues no se aplica el inciso 2° del Art. 2515; sino la ley que la rige; *L.S.* N° 16, pág. 92; *L.S.* N° 11, pág. 21; C.A. de Santiago de 24 de enero de 2006; *G.J.* N° 243, pág. 26.

No subsiste como ordinaria, porque es igual la acción cambiaria ordinaria o ejecutiva, ambas prescriben en un año (Art. 98 de la Ley N° 18.092): *G.J.* N° 242, pág. 99. Otro caso: *G.J.* N° 243, pág. 26.

⁶⁴³ Así lo declaró un fallo de la C.S. de 26 de diciembre de 2006, publicado en la Revista *L.S.* de enero de 2007, N° 33. pág. 35, y pág. 78, este último de 26 de diciembre de 2006, de la C.A. de Concepción.

son los legales, pero recordemos que el Art. 19 de la Ley N° 18.010 determinó que el interés legal es el corriente.

Es posible que se haya estipulado un interés penal por la mora, y como la caducidad del plazo coloca al deudor en mora, según vimos, comenzarán, en consecuencia, a devengarse los intereses penales pactados.

En las obligaciones en cuotas, como todo el capital queda vencido una vez producida la aceleración, se siguen las mismas reglas anteriores.

Sin embargo, hay una sola situación que provoca complicaciones en la aceleración del pago. Ello sucede en el caso de los dividendos, nombre especial que toman en ciertos documentos mercantiles las cuotas en que se ha dividido, por ejemplo, un bono de algún organismo estatal o privado, las letras hipotecarias reglamentadas en la Ley de Bancos, etc. En estos instrumentos, es normal que en las cuotas se incluyan los intereses correspondientes, con un sistema de cálculo para los intereses y las amortizaciones y otros pagos, como son comisiones, gastos, etc.

Tampoco hay prohibición alguna para que las partes convengan incluir los intereses en las cuotas, y éstos se suman en tal caso al capital de ellas. En virtud de la libertad contractual, no hay ningún inconveniente que así se haga, siempre que la suma total de los intereses no exceda los máximos legales. Ello, porque la ley no ha establecido, en general, normas para el cómputo y cálculo de los intereses.

Pero al producirse la aceleración del pago, se puede cobrar todo el saldo insoluto, por lo que son estas cuotas que llevan incluido los intereses en ellas, las que se han hecho exigibles y pueden cobrarse. En consecuencia, se pueden estar cobrando intereses que no estén devengados, ya que éstos se devengan día por día.

Esto no tiene una clara solución legal, y está ocurriendo todos los días en los juicios hipotecarios de la Ley de Bancos, y en otros casos.

Descartemos desde luego que haya algo penal al respecto, como lo ha reconocido desde un comienzo la jurisprudencia. En efecto, en un fallo de la Excma. C.S. de 20 de julio de 1984, comentado por el profesor Eduardo Novoa Aldunate, se resolvió que "es ocioso entrar a considerar que si el interés

moratoria pactado excede del máximo que la ley permite estipular, puesto que la causa próxima de dicha cláusula penal es el dolo o culpa del deudor, y no el suministro de valores por parte del prestamista, que es el verbo rector del tipo de la usura".⁶⁴⁴

La verdad es que al momento de la aceleración, y mucho menos al de pactarse la obligación, no hay nada anómalo en los intereses estipulados. Es un hecho posterior el que produce una situación que se presta a discusión, y que además, en definitiva, va a depender de lo que se retarde el pago al acreedor. En efecto, si el pago se demora, después de producida la aceleración, puede ocurrir que haya vencido normalmente la última de las cuotas convenidas originariamente, en cuyo caso el único efecto de la aceleración ha sido permitir al acreedor que accione anticipadamente.

Sólo, pues, al hacer la liquidación final se verá si hubo o no hubo cobro de intereses no devengados.

Pero además puede producirse otra situación compleja, porque en virtud de la aceleración, el deudor ha quedado colocado en mora, y, en consecuencia, el acreedor puede pretender que sobre todas las cuotas que incluyan intereses hasta la última cuota tal como inicialmente habían sido convenidas, se cobren intereses penales.

No hay una solución indiscutible para el tema, porque por un lado está toda la legislación que trata de impedir que se cobren intereses superiores a lo legal, pero ella está concebida a la época de la estipulación de los mismos y no de su pago. En efecto, determinar si los intereses no son excesivos atiende a la fecha del contrato, según la fijación periódica que realiza la autoridad respectiva de los máximos legales.

Por otro lado, el anatocismo hoy se encuentra autorizado en nuestra legislación para las operaciones de créditos de dinero en el Art. 9º de la ley respectiva. El C.C., en cambio, se limita a señalar en el Art. 1559, N° 3º, que "los intereses atrasados no producen interés", pero nada impide que las partes convengan lo contrario. Incluso hay quienes interpretan dicho Art. 9º

⁶⁴⁴ G.J. N° 49, pág. 31.

en relación con el anterior, como una validación de lo que ocurre en el caso de la aceleración, que ya hemos planteado.

Sostienen que al decir este precepto que “los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario”, perfectamente cabe en él la obligación que en virtud de la aceleración ha quedado “vencida”.

Otros contradicen este argumento, porque la disposición no hace sino establecer la posibilidad del anatocismo.

Agregan quienes así piensan que el Art. 1559 permite al acreedor cobrar otros perjuicios fuera de los intereses, por lo cual tiene derecho a cobrar los intereses que no hayan quedado devengados, a título de perjuicios.

Sin embargo, ocurre que en nuestra legislación civil no existe una reglamentación adecuada sobre las modificaciones que, sin constituir novación, pueden producirse en la obligación hasta su extinción. Dicho de otra manera, no se contempla para nada la aparición de circunstancias que, en cambio, son tomadas en cuenta al momento de la estipulación, pero no si ellas sobrevienen durante la vigencia de la obligación.

Creemos que la única solución puede estar, y es la tesis por la cual me inclino, en el Art. 1544 del C.C. que se pone en el caso justamente de la llamada cláusula penal enorme y establece como sanción, en el mutuo, permitir que se rebajen los intereses excesivos a los máximos permitidos a estipular, y en las “obligaciones de valor inapreciable o indeterminado” le otorga facultad al juez, de acuerdo a su prudencia, para moderar la cláusula penal.

El inconveniente que tiene esta tesis es que la cláusula penal supone una estipulación, y en el caso que nos preocupa, ello sólo ha ocurrido si se han pactado intereses penales. Sin embargo, me inclino por esta solución, porque descarta desde luego toda posibilidad de considerar que hubo usura, y al mismo tiempo permite que en la liquidación del crédito el juez prudencialmente determine si al final se están cobrando o no intereses no devengados.

Distinta es la situación en el caso de las letras de crédito hipotecario y otros documentos semejantes, que tienen reglamentación particular, y se colocan en el mercado y, por ende, su tenedor es ajeno totalmente a la relación con

el deudor. Por ejemplo, en el caso de las letras hipotecarias hay rescate de ellas por sorteos y el Art. 97, inciso final, de la Ley de Bancos señala que toda letra sorteada deja de ganar reajustes e intereses desde el día señalado para su amortización, etc.

535. Solución de la Ley N° 19.951. El tema analizado anteriormente llevó al legislador a dictar la Ley N° 18.010 en su Art. 10 referente al prepago, y que ya analizamos, y agregándole un Art. 30 nuevo.

Dispone este precepto:

“Las operaciones de crédito de dinero o aquellas operaciones de dinero a que se refiere el artículo 26 que tengan vencimiento en dos o más cuotas y contengan cláusulas de aceleración deberán liquidarse al momento del pago voluntario o forzado o de su reprogramación con o sin efecto novatorio, conforme a las siguientes reglas:

1. Las obligaciones no reajustables considerarán el capital inicial o el remanente al cual se añadirán los intereses corrientes o convencionales según sea el caso y las costas hasta el instante del pago o de la reprogramación.

2. Las obligaciones reajustables considerarán el capital al momento de contraer la obligación y éste o su remanente se pagará debidamente actualizado según la reajustabilidad pactada en su equivalente en moneda corriente al instante del pago o reprogramación, más los intereses y costas a que se refiere el número anterior.

En caso de prepago, éste se ajustará a lo previsto en el artículo 10.

Los derechos que en este artículo se establecen a favor del deudor, son irrenunciables”.

Ambas modificaciones al prepago y a la aceleración persiguen el mismo objetivo, que, dicho en términos generales, es que los intereses sólo se paguen hasta el momento de efectuarse el pago y no se perciban por parte del acreedor intereses no devengados, y que justamente no lo están porque se paga antes del vencimiento original.

Hay que tener presente que esta solución sólo se aplica a las operaciones de crédito de dinero y demás regidas por la Ley N° 18.010, especialmente a las contempladas en el Art. 26 de la misma ley, esto es, a las obligaciones de dinero constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles

o inmuebles, pero ya hemos visto que cada vez se va extendiendo más el campo de aplicación de esta ley, de manera que está siendo conveniente que se estudie hacerla de aplicación general, salvo las excepciones expresamente contempladas por la ley.

En todo caso, la disposición determina cómo deben ellas liquidarse al momento del pago voluntario o forzado o de su reprogramación con o sin efecto novatorio. Esto es, en todos aquellos casos en que se extingue la obligación o, cuando menos, en el caso de reprogramación no novatoria, ella se modifica en cuanto a la época del pago. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º, el prepago se rige por lo dispuesto en el Art. 10 de la misma ley.

El precepto distingue, como lo hace usualmente la Ley N° 18.010, entre obligaciones reajustables y no reajustables. La diferencia deriva naturalmente de que en el segundo caso previamente hay que determinar el monto de la deuda al momento del pago o reprogramación debidamente actualizada.

Pero en ambos casos se añaden los intereses que correspondan y las costas calculados sólo hasta el momento del pago o reprogramación. Con ello se impide que se cobren intereses no devengados.

Sección Tercera *Obligaciones Condicionales. Concepto y Clases*

536. Reglamentación. Tampoco el Código formuló una teoría general de las condiciones, sino que las reglamentó en el Título 4º del Libro 4º, Arts. 1473 a 1493, “De las obligaciones condicionales y modales”, y también en el Título 4º del Libro 3º, “De las asignaciones testamentarias condicionales”. Por último, también se les aplican normas del fideicomiso.

De acuerdo al Art. 1493, que cierra el Título de las obligaciones condicionales, “las disposiciones del Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes”. Recíprocamente el Art. 1070, inc. final, dispone: “las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el Título “De las obligaciones condicionales, con las excepciones y modificaciones que van a expresarse”. Finalmente, el Art.

1079 establece que las disposiciones condicionales que establecen fideicomisos y conceden una propiedad fiduciaria, se reglan por el Título 8º del Libro 2º, Arts. 732 y siguientes, "De la propiedad fiduciaria".

537. Concepto. De acuerdo al Art. 1473, "es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no".

Agregando los efectos de ella, se la define habitualmente en base a este precepto como el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho y su obligación correlativa.

Además de este sentido propio, el Código utiliza la expresión "condición" en otros, como ocurre en los Arts. 55, 1456, 467 y 471, para referirse al estado o situación personal de un individuo, y en el Art. 1956, inc. 3º, en que le da su significación vulgar de las distintas estipulaciones y requisitos del acto, como cuando se dice: le vendo mi casa en tales y cuales condiciones.

Pero el significado jurídico de la condición es el indicado. No hay términos sacramentales para establecerla, pero en todo caso debe ser clara la intención de estipularla, ya que las condiciones como modalidades que son, no se presumen.⁶⁴⁵ Por ello veremos que las condiciones concebidas en términos ininteligibles se asimilan a las imposibles (Nº 543).

De acuerdo a la definición dada, dos son los elementos de la condición, que veremos en los números siguientes:

1º. El hecho en que consisten debe ser futuro, y

2º. El hecho debe ser incierto.

538. I. Hecho futuro. Ya hemos dicho que es un elemento común a toda modalidad.

Puede ocurrir que las partes estipulen como condición un hecho presente o pasado. Se ha fallado que si se conviene un hecho presente, coexistente con el contrato, no hay condición.⁶⁴⁶

⁶⁴⁵ RDJ, T. 27, sec. 2ª, pág. 49.

⁶⁴⁶ T. 35, sec. 2ª, pág. 65.

Si el hecho es presente o pasado, el legislador previó la situación en el Art. 1071 para las asignaciones condicionales, aplicables a las obligaciones por la remisión general del Art. 1493.

Lo presente o pasado del hecho se refiere al momento de la convención (inc. 2º del precepto, vertido a los contratos).

Debe distinguirse según si el hecho presente o pasado ocurrió o no.

Si se verificó, la condición se mira por no escrita, o sea, el acto es puro y simple y no hay condición por faltar la incertidumbre de si el hecho ocurrirá o no. Y así, por ejemplo, si digo te doy \$ 1.000 si gano a la lotería y ya he ganado, no hay condición y debo pagar esta suma.

Y si el hecho no ha sucedido, no vale la disposición. Por ejemplo, si ofrezco los mismos \$ 1.000 a otra persona si un tercero resulta elegido diputado y el candidato ya ha sido derrotado, la condición ha fallado; ya no puede ocurrir el hecho y por ello no tiene valor la estipulación.

Carece de influencia en las soluciones anteriores la circunstancia de que las partes hayan sabido o ignorado la verificación o no acaecimiento del hecho.

539. II. La incertidumbre de la condición. Es el elemento que distingue precisamente la condición de las demás modalidades: el hecho puede ocurrir o no, según las circunstancias.⁶⁴⁷ Ya lo veíamos en el N° 494 que en el plazo el hecho fatalmente tiene que ocurrir, aun cuando no se sepa cuándo; en cambio, en la condición es posible que el hecho no ocurra, y por ello la condición puede quedar fallida, lo que no ocurre jamás en el plazo.

De manera que siempre que estemos frente a una incertidumbre en el suceso futuro, hay condición y no plazo; de ahí que dijéramos que la muerte de una persona es de acuerdo al Art. 1081, plazo y no condición⁶⁴⁸, pues forzosamente tiene que ocurrir. Sin embargo, si se la une a otras circunstancias inciertas pasa a ser condición, y así si digo: te doy \$ 1.000, pero tus herederos me los devolverán si mueres antes de los 25 años, hay condición, porque no se sabe

⁶⁴⁷ RDJ, T. 8, sec. 1ª, pág. 426.

⁶⁴⁸ G. T. de 1920, 1ª sem., N° 93, pág. 453.

si esta persona vivirá hasta esa edad; por esta razón siempre que el hecho sea el cumplimiento de una determinada edad, hay condición y no plazo, según lo señala el mismo Art. 1081.

Por ello se ha resuelto que hay condición si se ha estipulado que la muerte del asegurado debe sobrevenir en cierto plazo.⁶⁴⁹

540. Clasificación de la condición. Enunciación. La condición, al igual que el plazo, admite clasificaciones, a saber:

- 1º. Suspensiva y resolutoria;
- 2º. Positiva y negativa;
- 3º. Posible e imposible, lícita e ilícita;
- 4º. Expresa y tácita;
- 5º. Determinada e indeterminada, y
- 6º. Potestativa, casual y mixta.

Las analizaremos en los números siguientes.

541. I. Condición suspensiva y resolutoria. Es la máxima clasificación, porque influye en los efectos de la condición, según lo veremos en las secciones siguientes. Por ahora nos limitaremos a señalar el concepto de una y otra.

Dice el Art. 1479 del Código: “la condición se llama suspensiva, si mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho, y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

Por ello habitualmente se define la condición suspensiva como aquella en que hay un hecho futuro e incierto que suspende el nacimiento del derecho y de la obligación correlativa, como si una persona ofrece un automóvil a otra, si ésta se recibe de abogado.

Y es resolutoria aquella que depende de un hecho futuro e incierto, cuyo cumplimiento extingue un derecho, como si por ejemplo arriendo mi casa con

⁶⁴⁹ RDJ, T. 1º, 2ª parte, pág. 556.

la condición de que si regreso del extranjero, el arrendatario me la restituya. Mientras esté ausente, el arriendo subsiste, pero si regreso, se extingue y el arrendatario deberá restituirme mi casa.

Un análisis más detenido revela que esta concepción peca de superficial, pues en realidad toda condición es suspensiva de acuerdo a estas definiciones, porque la que hemos llamado así suspende el nacimiento del derecho, y la denominada resolutoria, suspende la extinción del derecho. Y aún más, la misma condición tiene uno y otro carácter, según el punto de vista que se adopte, y así en el primer ejemplo mientras la persona no se reciba de abogado, la condición para él es suspensiva, porque su derecho no nace mientras no obtenga el título, y resolutoria para quien hizo la oferta, porque si la otra llega a ser abogado, se extingue su derecho al automóvil que deberá entregar. Y en el otro ejemplo, el arrendamiento está sujeto a resolución si yo regreso al país, pero mi derecho al goce de la cosa arrendada está en suspenso mientras yo esté ausente.

La diferencia fundamental entre ambas condiciones estriba en lo señalado: en la suspensiva, el derecho no nace ni hay obligación correlativa. En la resolutoria, el derecho ha nacido sujeto a la posibilidad de extinguirse por el cumplimiento de la condición; las obligaciones del contrato deben cumplirse, como en el ejemplo propuesto entregar la cosa arrendada, sólo que están amenazadas de extinción por la resolución.

542. II. Condición positiva y negativa. Esta clasificación la enuncia el Art. 1474, y por sí sola no tiene mayor trascendencia; viene a adquirirla en relación con la posibilidad y licitud de la condición, a que nos referimos en el número siguiente, y para determinar cuándo ella está cumplida y en qué casos fallida.

La condición positiva “consiste en acontecer una cosa”, como si digo: te doy \$ 1.000 si llueve mañana.

Y la negativa en que “una cosa no acontezca”, como si te ofrezco \$ 1.000 si no llueve mañana.

543. III. Posibilidad y licitud de las condiciones. Esta clasificación sí que tiene importancia, porque no todas ellas son válidas y eficaces. La contemplan los Arts. 1475, 1476 y 1480. El primero de ellos exige que “la condición positiva

debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público”.

Debe tenerse presente que de acuerdo al inciso final del precepto, y a los incs. 2º y 4º del Art. 1480 se asimilan a las condiciones imposibles las concebidas en términos ininteligibles en cuanto a su sentido y el modo de cumplirlas.

Según los preceptos señalados, hay cuatro clases de condiciones:

1º. *Condición físicamente posible.*

Es la que puede acontecer según las leyes de la naturaleza: te doy \$ 1.000 si mañana amanece lloviendo.

2º. *Condición físicamente imposible.*

Es la contraria a las leyes de la naturaleza física. Desde el Derecho Romano vienen ejemplos clásicos en la materia: te doy \$ 1.000 si tomas una estrella con la mano. Otro que figuró en muchos textos de estudio, dejó de ser totalmente imposible: te doy \$ 1.000 si vas a la Luna.

3º. *Condición moralmente posible o lícita.*

Es aquella que no contraviene las leyes, las buenas costumbres ni el orden público. El mismo ejemplo de la físicamente posible.

4º. *Condición moralmente imposible o ilícita.*

Consiste en un hecho prohibido por las leyes, u opuesto a las buenas costumbres o el orden público: te doy \$ 1.000 si me nombras heredero, ya que la ley prohíbe los pactos sobre sucesión futura.

En cuanto a su eficacia y validez, de más está decir que las físicas y moralmente posibles lo son siempre, pero respecto de las imposibles e ilícitas, debe distinguirse según si son positivas (Art. 1480) o negativas (Art. 1476). Así lo haremos para mayor claridad en los números siguientes.

544. A. Eficacia de las condiciones positivas imposibles o ilícitas. Estas condiciones producen distintos efectos, según sean suspensivas o resolutorias.

En las suspensivas hay un hecho física o moralmente imposible que está suspendiendo el nacimiento de un derecho; ejemplo de las primeras, el señalado en el número anterior de tomar una estrella con la mano, y del segundo: te doy \$ 1.000 si matas a Fulano.

De acuerdo al Art. 1480, “si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida” (inc. 1º). Agrega que a la misma regla se sujetan las condiciones inductivas a un hecho ilegal o inmoral (inc. 3º). Y se las considera fallidas, porque es evidente que el derecho nunca podrá nacer; no hay incertidumbre, antes por el contrario, la evidencia de que no puede ocurrir, porque ni podrá tomarse una estrella con la mano ni matarse a Fulano.

En la condición resolutoria la extinción del derecho y la obligación dependen de un hecho física o moralmente imposible, y como ello no es posible no existe condición; son los mismos ejemplos anteriores con la diferencia que los \$ 1.000 se entregan sujetos a la eventualidad de restituirse si se toma una estrella con la mano o se mata a Fulano. Como ninguna de las dos cosas pueden ocurrir, el acto es puro y simple. Es lo que dispone el inciso final del Art. 1480: “la condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita”. Decir que se tiene por no escrita equivale a afirmar que el acto es puro y simple; no hay condición, pues tampoco existe incertidumbre alguna.

545. B. Eficacia de las condiciones negativas imposibles o ilícitas. Se refiere a ella el Art. 1476. Aquí no se distingue entre la suspensiva y la resolutoria, sino según a la clase de imposibilidad, si ella es física o moral.

En la condición negativa físicamente imposible, la obligación es pura y simple; no hay condición, porque falta el elemento incertidumbre. Y así en el clásico ejemplo que venimos utilizando, si ofrezco a una persona \$ 1.000 si no toma una estrella con la mano, es evidente que nunca se podrá cumplir el hecho, y no hay condición alguna.

La solución debería ser la misma en la condición negativa ilícita, porque si he ofrecido los \$ 1.000 a una persona siempre que no mate a Fulano, es evidente que el hecho no puede ocurrir. La obligación debería ser pura y simple,

y sin embargo, según el precepto si la condición consiste “en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición”.

Esto es, es nula toda la obligación, y es un caso muy curioso de nulidad, porque un elemento accidental del acto o contrato, como es la condición, tiene la fuerza por su ilicitud de comunicarla a toda la estipulación.

546. IV. Condición expresa y tácita. La regla general es la de la condición expresa, que necesita estipulación de las partes para existir,⁶⁵⁰ dado que las modalidades no se presumen (Nº 500, 2º).

Por excepción, la condición es tácita cuando la ley la subentiende sin necesidad de que las partes la establezcan. Si jurídicamente de excepción, la más importante de todas las condiciones es tácita: la resolutoria del Art. 1489, para el caso de no cumplirse por la otra parte lo estipulado en un contrato bilateral (Nº 581).

547. V. Condición determinada e indeterminada. ¿Puede ésta cumplirse en cualquier época? En el Nº 496 vimos que el plazo puede ser determinado o indeterminado según si se sabe o no cuándo llegará su vencimiento, y que la regla general es el primero. De los mismos Arts. 1081 y siguientes emana que también la condición puede tener una u otra calidad; el hecho en ninguna de ellas se sabe si ocurrirá, pero supuesto que llegue, en la condición determinada, se sabe cuándo. El ejemplo es el tantas veces citado del cumplimiento de una edad.

En sí, en consecuencia, las condiciones son normalmente indeterminadas, pero pueden adquirir la categoría contraria, agregándoles un plazo máximo para que se cumpla el hecho en que consisten; por ejemplo, diciendo: te doy \$ 1.000 si te recibes de abogado antes de 3 años.

Condición indeterminada es aquella que no tiene plazo ni época prefijada para su cumplimiento; como por ejemplo: te daré \$ 1.000 el día que te recibas de abogado.

En la condición determinada no se sabe cuándo ocurrirá, pero sí queda prefijado cuándo debe estimarse fallida: si no se cumple en el plazo señalado, en el ejemplo, transcurridos los 3 años sin que el acreedor se reciba de abogado.

⁶⁵⁰ RDJ, Ts. 3, sec. 1ª, pág. 66, y 27, sec. 2ª, pág. 49.

En principio, la indeterminada puede cumplirse en cualquier momento y, en consecuencia, sólo estará fallida cuando es evidente que no puede cumplirse, como si el acreedor fallece antes de recibirse de abogado.

Y decimos que en principio puede cumplirse en cualquier momento, porque se ha discutido justamente si realmente ella no tiene límite, si puede acontecer en cualquier época, pasen los años que transcurran, o si por el contrario existe un plazo tope vencido el cual toda condición, aunque sea determinada, se considerará fallida si no se ha cumplido dentro de él.

Todo el problema, aun en su planteamiento, ha sido alterado por la modificación de los plazos de prescripción del Código, efectuada por la Ley N° 16.952, de 1° de octubre de 1968. En efecto, el Art. 739 dispone que “toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución”. Este plazo que ahora fue fijado en 5 años por la ley referida, al promulgarse el Código era de 30 años, y había pasado a ser de 15 por la Ley N° 6.162, de 28 de enero de 1938 (N° 1328).

Pues bien, el mismo plazo de 30 años, rebajado a 15 por esta última ley, era el plazo máximo que fijaba el Código, a fin de que todas las situaciones jurídicas adquieran estabilidad y se consoliden. En efecto, tal era el plazo para el saneamiento de la máxima sanción, la nulidad absoluta (Art. 1683); del Art. 82 para la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, de la prescripción adquisitiva extraordinaria (Art. 2511), para la suspensión de la nulidad relativa (Art. 1692), etc. Innecesario parece insistir en la tremenda importancia práctica y economía que significa decidir que pasado semejante término ya no sea necesario investigar más hacia el pasado.

Pues bien, una gran parte de la doctrina sostenía que el Art. 739, no obstante su ubicación, era de aplicación general a toda clase de actos condicionales, y en consecuencia la condición indeterminada debía considerarse fallida si pasados 15 años no se cumplía⁶⁵¹; la jurisprudencia, aunque vacilante, se inclinaba más bien por esta misma solución.⁶⁵²

⁶⁵¹ Por ejemplo, ALESSANDRI, ob. cit., pág. 144; Fueyo, ob. cit., T. 1°, pág. 101 (quien habla de caducidad de la condición); Somarriva en sus clases.

⁶⁵² *RDJ*, Ts. 44, sec. 1ª, 591, y 60, sec. 2ª, pág. 87. En contra, T. 15, sec. 1ª, pág. 601.

Los argumentos se basaban en gran parte en lo dicho, esto es, el deseo del legislador claramente manifestado para obtener la estabilización de todas las situaciones jurídicas. Pero se agregaba, además, que Bello lo dijo así en el Mensaje del Código: "Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse".

Finalmente, el Art. 962, inc. 3º, contempla un caso de asignación condicional (el de las asignaciones a personas que no existen, pero se espera que existan) y lo limita también en el plazo: en el solo Código, 30 años, que pasaron a ser 15 por la Ley Nº 6.162 y 10 por la Ley Nº 16.952.

Veremos luego los argumentos de la contraria, pero la verdad es que, como decíamos, esta última ley, por inadvertencia o intencionalmente, rompió todo el sistema en que se basaba la doctrina expuesta, porque el plazo general máximo del Código que era de 30 años, posteriormente de 15, ha pasado a ser 10 años en todas las disposiciones citadas, menos precisamente en el Art. 739, en que fue rebajado a 5. De manera que hoy no cabe sostener la aplicación analógica del precepto, que por otra parte era siempre muy discutible, dado el carácter excepcional que ella tiene y justificado por el propio Mensaje por tratarse de una institución que entraba la libre circulación de los bienes.

Nos parece que esta doctrina debe, pues, limitarse a los demás argumentos, que la tesis contraria, muy bien expuesta por Jorge Solís de Ovando,⁶⁵³ debatía, además de señalar el carácter excepcional del Art. 739, con las siguientes razones:

1º. El argumento del Mensaje, a pesar de la amplia redacción, queda limitado por su misma ubicación al fideicomiso, pues justamente está colocada la frase a propósito de las restricciones a él impuestas.

⁶⁵³ *RDJ*, T. 37, 1ª parte, pág. 24. La doctrina de la aplicación extensiva del Art. 739 podría sostenerse, aunque bastante debilitada, aun después de la reforma, pero importaría limitar toda condición a 5 años, lo que resulta francamente exagerado y desproporcionado. Sin embargo, cabe destacar que la Comisión Informante del Senado pareció así entenderlo, pues habló de "las condiciones en general".

No nos parece que así sea, porque justamente Bello declaró que ello era en general para las condiciones suspensivas y resolutorias.

2º. Por una razón histórica, ya que el Art. 1482, que dice que la condición ha fallado cuando expira el plazo dentro del cual ha debido verificarse (Nº 493), está tomada del Art. 1176 del Código francés y de Pothier, y tanto uno como otro dicen expresamente que si no se ha estipulado plazo, la condición puede cumplirse en cualquier momento.

Pero el argumento es justamente el contrario, porque lo extraño sería que si fuese así en nuestro Código, Andrés Bello no lo hubiere señalado como lo hicieron sus presuntos inspiradores. Nótese, por lo demás, la diferente redacción: el Código francés habla del plazo estipulado para que la condición se cumpla, y el chileno, de que haya expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, expresión que comprende tanto el estipulado por las partes como el máximo prefijado por la ley.

Por lo demás, el Mensaje deja clara constancia, y como novedad, del cambio de posición.

3º. Finalmente, se dice que con la tesis contraria no existiría la distinción entre condiciones determinadas e indeterminadas, que varios preceptos del Código efectúan. La verdad es que se trata de una distinción doctrinaria, y por lo demás siempre se mantendría: condición determinada es aquella en que las partes fijan un plazo máximo para que se cumpla el hecho, e indeterminada, la que por no tener plazo fijado por las partes, puede verificarse dentro del máximo fijado por la ley.

A pesar del daño hecho a esta teoría por la modificación del Art. 739⁶⁵⁴ nos inclinamos por reconocer que ninguna condición que dure más de 10 años en cumplirse, salvo que sea la muerte de una persona en los casos que ella es condición, puede aún considerarse pendiente, pero no estaría de más una aclaración legislativa en el mismo Art. 1482.

⁶⁵⁴ Por otra parte, la intención del legislador del año 1968 al acortar los plazos fue evidentemente dar una mayor rapidez en la estabilización en las instituciones jurídicas, pero al parecer no advirtió los problemas que creaba al rebajar en mayor extensión el señalado en el Art. 739. Son los peligros justamente de las modificaciones de parche.

548. VI. Condición potestativa, casual y mixta. Esta última clasificación la contemplan los Arts. 1477 y 1478, y sólo tiene importancia porque algunas de ellas no son válidas: las meramente potestativas que dependen de la sola voluntad del deudor.

Atiende esta clasificación a la persona o hecho de que depende el cumplimiento de la condición, y así:

1º. “Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o deudor” (Art. 1477). Del primero, por ejemplo, si una persona ofrece a otra \$ 1.000 si ésta va al día siguiente a Valparaíso, y del deudor, si la condición depende de que el oferente vaya al mismo lugar.

Como lo veremos en el número siguiente, admiten una subclasificación en simple y meramente potestativas.

2º. Es casual la “que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso” (Art. 1477), por ejemplo, de un tercero si en el mismo anterior la entrega de los \$ 1.000 depende del viaje de un tercero a Valparaíso, y del acaso, si ellos deben darse si mañana llueve.⁶⁵⁵

3º. Es mixta la condición “que en parte depende de la voluntad del acreedor, y en parte de la voluntad de un tercero, o de un acaso”. Por ejemplo, A ofrece a B una recompensa si se casa con C. Depende de la voluntad de B, el acreedor, y de un tercero, C.

Pero el Código cometió un pequeño error, porque también es mixta la que en parte depende de la voluntad del deudor y en el resto de la de un tercero o de un hecho ajeno a las partes, como si en el mismo ejemplo la oferta es para el caso de que A se case con C.

Las condiciones casuales y mixtas son siempre válidas, pero en las potestativas hay que hacer algunos distinguos que veremos en el número siguiente.

549. Condición simple y meramente potestativa. Aquí adquiere importancia la clasificación que estudiamos, porque de acuerdo al Art. 1478 “son nulas las

⁶⁵⁵ Se ha fallado que la condición de pagar una deuda cuando haya fondos para ello es positiva, suspensiva, casual y posible: *RDJ*, T. 9, sec. 1ª, pág. 426.

obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición es un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”.

El precepto recoge una distinción que efectúa la doctrina y acepta la jurisprudencia⁶⁵⁶ entre condiciones mera o puramente potestativas, como se las llama en forma indistinta, y simplemente potestativas o potestativas ordinarias, como también se las denomina.

Estas últimas son aquellas que dependen de un hecho voluntario de cualquiera de las partes, y a ellas se refiere el inc. 2º del Art. 1478, antes transcrito, para afirmar su validez. Son los ejemplos de potestativas del número anterior.

La mera o puramente potestativa depende de la sola voluntad de alguna de las partes, como si ofrezco \$ 1.000 a una persona si ella quiere.

Es bastante sutil la diferencia entre unas y otras, pero de gran importancia; en ambas se depende de la voluntad de las partes, pero en las simplemente potestativas no es la sola voluntad, sino también concurren circunstancias exteriores; en los casos de los ejemplos del viaje a Valparaíso del deudor o acreedor, éste en definitiva podrá no realizarse, porque el viajero se enferme, por una huelga en los ferrocarriles, etc. Pero estas circunstancias no deben estar tomadas en cuenta en la estipulación, en cuyo caso hay condición mixta; en todo caso, carece de importancia la distinción, porque ambas son válidas, y así, por ejemplo, se ha fallado que si el deudor promete pagar cuando venda una propiedad, la condición es simplemente potestativa,⁶⁵⁷ aunque más bien parece mixta, porque se requiere la voluntad de un tercer comprador.

Las meramente potestativas dependen de la sola voluntad, del capricho de las partes, y por ello es que no siempre son válidas, porque como lo señala el Art. 1478, si se está a la sola voluntad de quien dice obligarse, en realidad él no se obliga a nada, porque cumplirá si se le antoja. En cambio, en las simplemente potestativas intervienen hechos ajenos a las partes, y por ello el vínculo siempre se forma, hay intención de obligarse.

⁶⁵⁶ Por vía de ejemplo, *G.T.* de 1901, T. 2º, Nº 2.883, pág. 1.041; *RDJ*, Ts. 19, sec. 1ª, pág. 5; 35, sec. 2ª, pág. 19, y T. 43, sec. 1ª, pág. 399.

⁶⁵⁷ *G.T.* de 1906, T. 2º, Nº 782, pág. 137.

Entre las meramente potestativas, las que dependen de la sola voluntad del acreedor, sean suspensivas o resolutorias, son siempre válidas. Un ejemplo de suspensiva es: te doy \$ 1.000 si tú quieres. Es la sola voluntad del acreedor la que suspende el nacimiento del derecho y su correspondiente obligación, pero hay perfecto vínculo jurídico, ya que el deudor deberá cumplir en cuanto se lo exija el acreedor. Y comprobación de lo mismo es el Art. 1823, que acepta la llamada venta a prueba: "se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata". Es una condición meramente potestativa, porque depende de la sola voluntad del comprador, y depende de la voluntad del acreedor porque el vendedor le debe la cosa bajo condición. Finalmente, es suspensiva, porque como lo señala la ley, no hay compraventa mientras el comprador no declare que le agrada la cosa.

Ejemplos de meramente potestativa resolutoria, que dependen de la sola voluntad del acreedor, son el comodato precario del Art. 2194, en que "el comodante (acreedor) se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada, en cualquier tiempo", y el pacto de retroventa del Art. 1881, en que el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida pagando su precio. Este pacto envuelve una condición resolutoria⁶⁵⁸ y depende de la sola voluntad del acreedor, ya que el deudor, cuando aquél se lo requiera, deberá restituirle la cosa vendida.

No cabe duda, entonces, que las meramente potestativas que dependen de la voluntad del acreedor son todas válidas; hay siempre obligación para el deudor.

En cambio, como veíamos, la meramente potestativa que depende de la sola voluntad del deudor es nula, porque no hay obligación, pues no hay intención de obligarse. La voluntad debe ser seria para que haya contrato (Nº 47); el que cumple si quiere, no está obligado a nada, y de ahí la nulidad que establece el Art. 1478, inc. 1º⁶⁵⁹. El fundamento es el mismo del Art. 1465,

⁶⁵⁸ *RDJ*, T. 48, sec. 2ª, pág. 93.

⁶⁵⁹ Casos en que se ha declarado esta nulidad, véase Repertorio, T. 4º, 2ª ed., jurisprudencia del Art. 1478, págs. 107 y sigtes. En fallo publicado en la *RDJ*, T. 50, sec. 2ª, pág. 60, se anuló una promesa de compraventa en que la celebración del contrato definitivo debía hacerse cuando el promitente comprador lo pidiera. El punto se relaciona con el requisito del Art. 1554, regla 3ª, y lo veremos en el Vol. 2º, parte primera.

que prohíbe la condonación del dolo futuro, porque igualmente el deudor cumple si quiere (Nº 937).

Una parte de la doctrina⁶⁶⁰, seguida por cierta jurisprudencia⁶⁶¹ pretende que la sanción se limita a las condiciones suspensivas meramente potestativas y no a las resolutorias, porque en éstas “la obligación ha podido formarse y producir todos sus efectos, ya que la condición resolutoria no afecta a la existencia de la obligación, sino únicamente a su extinción (Alessandri). Y se agrega que el mismo Código las acepta, como ocurre en las donaciones revocables en que el donante se reserva la facultad de recobrar la cosa donada cuando quiera (Art. 1136).

No obstante tan autorizada opinión, discrepamos de ella⁶⁶² porque nada autoriza a sostenerla. Desde luego, no sólo el precepto no efectúa la distinción, sino que es anterior al que clasifica las condiciones en suspensivas y resolutorias (Art. 1479).⁶⁶³ En seguida, es nula la obligación que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga, y tanto en la suspensiva como en la resolutoria ocurre así, porque si por ejemplo digo: te presto mi casa y me la devuelves si quieres, no hay obligación del comodatario. Éste a nada se obliga. Finalmente, la donación revocable no depende de la voluntad del que se obliga bajo condición, el donatario, sino del acreedor condicional, el donante. El derecho es de éste: solicitar la devolución; la obligación del donatario: restituir a la sola voluntad del acreedor.

Sección Cuarta *Efectos de la condición en general*

550. Enunciación. Ya hemos advertido que los efectos de la condición varían según si ella es suspensiva o resolutoria. Antes de entrarlos a estudiar así se-

⁶⁶⁰ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 137. Lo sigue FUEYO, ob. cit., Nº 86, pág. 105.

⁶⁶¹ Fallos citados en la nota 656.

⁶⁶² No hace ninguna distinción CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10, Nº 80, pág. 89.

⁶⁶³ Y el argumento no es baladí, porque en la imposible positiva, no obstante que la distinción la hace el Art. 1475, sólo estableció su eficacia en el Art. 1480, porque justamente distingue entre la suspensiva y resolutoria (Nº 544), o sea, no quiso hacerlo el legislador hasta no efectuar en el texto del Art. 1479 esta división de las condiciones. Véase Nº 623, y nota 745 de este primer tomo.

parados, conviene señalarlos en general, porque ellos, además, dependen del estado en que se encuentre la condición: pendiente, cumplida y fallida, a lo que destinaremos un primer párrafo. El cumplimiento de la condición nos llevará a referirnos en un segundo párrafo al principio de la retroactividad de la condición cumplida, y a las variaciones y pérdida de la cosa debida bajo condición en un último acápite.

Párrafo 1º
Los estados de la condición

551. Condición pendiente, cumplida y fallida. Según dejamos advertido, éstas son las tres situaciones en que puede encontrarse una condición. Una de ella jamás puede faltar: la pendencia; de ahí es donde disyuntivamente la condición puede derivar en cumplida o fallida.

552. I. Condición pendiente. La condición está pendiente mientras subsiste la incertidumbre de si el hecho se va a verificar o no. Éste puede ocurrir o no, como si el padre ofrece un automóvil a su hijo si se recibe de abogado, y éste aún estudia la carrera.

Distintos son los efectos de la condición pendiente, si ella es suspensiva (Nº 569), o resolutoria (Nº 578).

553. II. Condición fallida. Se refiere al punto el Art. 1482, y es necesario efectuar un doble distinguo, según si la condición es positiva o negativa, determinada o indeterminada.

La condición positiva determinada falla si transcurre el plazo convenido dentro del cual la condición debió verificarse y ello no ha ocurrido, o bien no ha transcurrido aún el término, pero ya es imposible que el hecho ocurra como si en el ejemplo anterior el ofrecimiento del padre ha sido sujeto a que el hijo se reciba de abogado en tres años, y ellos pasan sin obtenerse el título, o el hijo fallece antes que transcurra todo el plazo.

Si la condición positiva es indeterminada, fallará en el segundo caso, o sea, si ya no puede verificarse, y para quienes pensamos que todas están sujetas a un plazo máximo, si transcurren 10 años y el hecho no ocurre (Nº 547). Valga el mismo ejemplo anterior, pero sin que el padre haya fijado plazo.

En la condición negativa, en cambio, no se precisa la subdistinción. Ella fallará únicamente si acaece el hecho en que consiste. Por ejemplo, te ofrezco \$ 1.000 si no te casas con Fulana, y se efectúa el matrimonio.

Puede ocurrir que la condición falle por hecho o culpa del deudor. Contempla esta situación el inc. 2º del Art. 1481, referido a las asignaciones condicionales, pero que evidentemente se aplica igual a las obligaciones. En su virtud, si la persona que debe la prestación condicional se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte el cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida. Por ejemplo, A ofrece a B \$ 1.000 si se casa con C antes del 1º de abril próximo, y posteriormente ofrece \$ 500 a C si se casa en una fecha posterior, o rapta a C para evitar el matrimonio; la condición ha fallado por culpa del deudor, y por ello se la considera cumplida.

En un caso de aplicación de la regla "*nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*":⁶⁶⁴ nadie puede alegar su propio acto ilegítimo, aprovecharse de su propio dolo.

554. III. Condición cumplida. La condición se considera cumplida, además del caso excepcional recién señalado, según distinciones justamente inversas a su falencia (Art. 1482).

La positiva está cumplida cuando se verifica el hecho futuro e incierto que la constituía: en el ejemplo señalado si el hijo se recibe de abogado. Si es determinada, el hecho debe ocurrir dentro del plazo fijado, los tres años del ejemplo.

Es en la negativa donde adquiere ahora interés la distinción entre determinadas e indeterminadas. Las primeras están cumplidas si transcurre el plazo prefijado sin que ocurra el hecho. Por ejemplo, te doy \$ 1.000 si no te casas antes de dos años, y ellos pasan sin celebrarse el matrimonio, y aun antes de que transcurra el término, si el hecho no puede ya verificarse, como si en el ejemplo anterior la recompensa es para el caso de no contraer matrimonio con una persona determinada antes del plazo de 2 años, y ésta fallece sin que él se haya cumplido.

⁶⁶⁴ RDJ, T. 53, sec. 1ª, pág. 130.

Si la condición negativa es indeterminada, se considera cumplida en esta segunda situación, o sea, cuando el hecho no puede verificarse, y en todo caso, si pasan 10 años sin que suceda, siempre que se acepte que éste es el plazo máximo para las condiciones indeterminadas (Nº 547), valen los mismos ejemplos anteriores, pero con la variante que no se ha señalado plazo.

555. *Cómo deben cumplirse las condiciones.* Los Arts. 1483 y 1484 contienen al respecto dos reglas aparentemente contradictorias: primero, que las condiciones deben cumplirse del modo que las partes lo han entendido, y segundo, que el cumplimiento ha de ser literal.

Dispone el inc. 1º del Art. 1483: “la condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes”.

Dicho de otra manera, el precepto no hace sino aplicar a las condiciones la regla general de interpretación de los contratos del Art. 1560: hay que estarse a la intención de las partes (Nº 99).

El inc. 2º señala un ejemplo: “cuando la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona y ésta lo disipa”.

Por otra parte, “las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida” (Art. 1484).

Pareciere, como decíamos, haber una contradicción entre decir que la condición ha de cumplirse literalmente e interpretarla conforme a la voluntad de las partes, pero no hay tal, porque el objeto del Art. 1484 es muy claro, y tiene una explicación histórica. En efecto, en el Derecho Romano se admitía el cumplimiento de la condición por equivalencia, y así, si una persona ofrece a otra una recompensa si se titula de ingeniero civil, y en vez de esto se recibe de ingeniero agrónomo, en Roma se consideraba cumplida la condición por analogía, y esto es lo que el precepto, siguiendo el Código francés, rechaza.

Por último, la condición debe cumplirse íntegramente. Así lo señala el inc. 1º del Art. 1485: “no puede exigirse el cumplimiento de la condición, sino verificada la condición totalmente”.

*Párrafo 2º**La retroactividad de la condición cumplida*

556. Concepto. Si se cumple la condición suspensiva, el derecho se adquiere pura y simplemente; concluye la suspensión en el nacimiento del derecho y su correlativa obligación (Nº 574). Y cumplida la resolutoria, igualmente el acreedor tiene derecho a reclamar la prestación pura y simplemente (Nº 580). En el intertanto, mientras la condición estuvo pendiente, el deudor ha tenido en su poder la cosa debida bajo condición.

El principio de la retroactividad de la condición hace suponer por una ficción legal que cumplida la condición suspensiva, el derecho del acreedor no existe sólo desde el momento en que se verifica el hecho en que consiste la condición, sino desde la celebración del acto o contrato, y tratándose de la resolutoria, se supone que cumplida la condición el deudor jamás tuvo la cosa en su poder bajo condición de restituirla; ella siempre ha estado en manos del acreedor. Dicho de otra manera, en virtud de la retroactividad el acto condicional no ha existido como tal; ella hace desaparecer el estado de pendencia como si nunca hubiera existido y, en consecuencia, todos los actos realizados por el deudor en el tiempo intermedio.

Es ésta una defensa para el acreedor condicional que así no se ve perjudicado en sus derechos a la época de cumplirse la condición por los actos que el deudor pueda haber realizado en el tiempo intermedio, pero es, en cambio, un grave inconveniente para los terceros, pues verán afectados los actos o contratos celebrados con el deudor mientras la condición estuvo pendiente. Ello puede llevarlos a abstenerse de contratar, con lo cual se entraba la libre circulación de los bienes, que es un anhelo del legislador.

557. Desarrollo y tendencias actuales. Aunque hay muchas interpretaciones, al parecer en el Derecho Romano se aceptaba en forma limitada el principio retroactivo de la condición cumplida, especialmente para explicar dos fenómenos jurídicos:

1º. El que entre nosotros señala el Art. 1492, y en cuya virtud el derecho del acreedor y la obligación del deudor condicionales que fallecen, pendiente la condición, se transmiten a sus respectivos herederos, lo que no tiene nada de extraño en la resolutoria, pues en ella, el derecho existe desde un comienzo

(Nº 578); pero sí en la suspensiva, en que no nace mientras la condición no se cumple (Nº 570).

2º. La hipoteca sujeta a condición suspensiva, cuya fecha, cumplida la condición, se retrotrae a la fecha de su constitución (Art. 2413), lo que tiene gran trascendencia, porque estas cauciones prefieren entre sí de acuerdo a sus fechas (de inscripción, actualmente: Nº 1100).

Hay autores que consideran que la retroactividad no tuvo otro alcance en Roma, aunque se sostiene también lo contrario.

En cambio, el Código francés, siguiendo a Pothier, declaró que "la condición cumplida tiene efecto retroactivo al día en que se haya contraído la obligación" (Art. 1179). No obstante la amplitud de la disposición, se ha discutido el alcance que debe dársele a su aplicación, y hay quienes pretenden su vigencia general para toda clase de situaciones, mientras otros sostienen que el Code no pretendió innovar respecto a lo que había anteriormente y son partidarios de aplicar el precepto en forma restringida. De todos modos, unánimemente se le reconocen algunas excepciones a la retroactividad: el riesgo de la cosa es de cargo del deudor (Nº 566); éste tiene derecho a los frutos producidos por la cosa debida condicionalmente (Nº 565), y son válidos los actos de administración por él efectuados (Nº 560, 4º).

Se ha pretendido fundar el principio de la retroactividad en una interpretación de la voluntad presunta de las partes. Se supone que ella ha sido que una vez cumplida la condición, el acreedor adquiriera su derecho desde la celebración misma del acto o contrato, pura simplemente, porque ha desaparecido el obstáculo que las mismas partes habían colocado. Hay quienes también lo comparan con el efecto de los títulos declarativos: la verificación de la condición, como en ellos, se limita a reconocer un derecho que ya había nacido con anterioridad al celebrarse el acto o contrato.

La verdad es que el principio no es de la esencia de la condición, y si bien es necesario y útil para algunas soluciones entre las partes, tiene los inconvenientes ya señalados respecto de los terceros adquirentes. Es por ello que las legislaciones contemporáneas lo establecen en forma limitada. El Código alemán, en su Art. 159, no lo acepta como norma general, aunque permite a las partes estipularlo, pero al mismo tiempo quedan afectados algunos actos

de disposición (Art. 161). Soluciones parecidas dan los Códigos suizo y polaco; en cambio, el italiano, en su Art. 1360, establece como regla general la retroactividad a la fecha del contrato, “salvo que por voluntad de las partes o por la naturaleza de la relación los efectos del contrato o de la resolución se deban fijar en un momento distinto”, se afectan los actos de disposición (Art. 1357), pero se establecen algunas limitaciones al principio.

558. La retroactividad de la condición en nuestra legislación. Nuestro Código no contiene una norma análoga al Art. 1179 del Código francés. La verdad es que a través de los distintos proyectos de elaboración del Código definitivo se advierten claramente las vacilaciones de Andrés Bello. Así, en el Libro de las Obligaciones de 1846, se establecía la obligación de restituir los frutos, una vez verificada la condición resolutoria (Arts. 43 y 44), solución justamente la inversa a la que consagra el actual Art. 1488 (Nº 565), y por otro lado, quedaban sin efecto todas las enajenaciones y gravámenes del deudor condicional, sin hacer las distinciones que hoy efectúan los Arts. 1490 y 1491 (Nºs 662 y siguientes).

En el Proyecto de 1853, el Art. 1664 disponía que, cumplida la condición resolutoria, el contrato se reputará no haber existido jamás, clara consagración de la retroactividad que no conservó el Código definitivo.

En éste existen numerosos casos de aplicación de ella, y otros en que se la rechaza; tales situaciones se resuelven de acuerdo a las disposiciones respectivas, que se enumeran en los acápites siguientes. El problema se presenta para dilucidar aquellos casos que no están expresamente previstos.

Hay quienes sostienen que nuestro Código acoge en general la retroactividad y que aquellas disposiciones de excepción son meras limitaciones al principio habitual, de manera que conforme a él deben resolverse las situaciones no previstas por la ley.⁶⁶⁵

Manuel Somarriva opinaba en sus clases que la solución es justamente la inversa: la retroactividad es de excepción en nuestra legislación, y como ficción que es, no puede extenderse a otros casos que los previstos expresamente.

⁶⁶⁵ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 152; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10, Nº 130, pág. 137.

Daremos nuestra opinión tras el examen de las disposiciones relacionadas con el problema.

559. I. Casos en que el Código acoge la retroactividad. Son los principales:

1º. El Art. 1486, que analizamos en el párrafo siguiente, y que en síntesis declara pertenecer al acreedor los aumentos, mejoras y deterioros y pérdida fortuita de la cosa debida, ocurridos pendiente la condición.

En consecuencia, aplicando íntegramente la retroactividad, se considera que al acreedor, en la condición suspensiva, pertenecía la cosa debida desde el primer momento, y el deudor que debe restituir, jamás fue dueño, perteneciendo al acreedor sus variaciones, conforme al principio de que las cosas producen y perecen para su dueño. Sin embargo, los dos últimos aspectos, de deterioros y pérdida, están muy relacionados con el problema del riesgo (Nº 1301).

2º. Los Arts. 1490 y 1491, en los casos en que quedan sin efecto las enajenaciones del deudor condicional, ya que en tales situaciones se supone que el acreedor era dueño pendiente la condición (Nº 622).

3º. Las disposiciones ya citadas (Nº 557), en cuanto a la transmisibilidad de los derechos y obligaciones condicionales suspensivos (Art. 1492), y el Art. 2413 que, cumplida la condición, retrotrae la fecha de la hipoteca a la de su inscripción.

560. II. Casos en que el Código rechaza la retroactividad. Son ellos:

1º. El mismo Art. 1486, en cuanto a la pérdida y deterioros culpables, pues ellos siempre deberían corresponder al acreedor si se supusiera que era dueño pendiente la condición, pero la situación no es tan clara porque según dijimos, se entrecruza con el problema del riesgo (Nº 1301).

2º. El deudor no debe los frutos producidos por la cosa pendiente la condición. Así lo veremos en el Nº 565. Si operara la retroactividad, debería considerarse que el acreedor fue dueño pendiente la condición, y, en consecuencia, le corresponderían los frutos; no obstante lo cual, los Arts. 1078, inc. final; 1338, regla 1ª, y 1488, dan expresamente la solución contraria;

3º. Los Arts. 1490 y 1491, en los casos que dejan a firme las enajenaciones efectuadas por el deudor condicional, son también contrarios al principio retroactivo, en cuya virtud todas ellas deberían quedar sin efecto (Nº 622 y siguientes);

4º. Es universalmente aceptado que los actos de administración del deudor condicional quedan a firme, no se ven afectados por el cumplimiento, como por ejemplo los arrendamientos efectuados por él. Así lo dispone el Art. 758 para el fideicomiso.

561. III. Conclusión. Como se ve, nuestro Código adoptó una posición ecléctica; no aceptó la retroactividad como regla general, como lo revelan sus vacilaciones en los Proyectos y el hecho muy sugestivo de que se haya apartado de las soluciones del Código francés.

En consecuencia, no puede aceptarse a priori en los casos de duda la aplicación de la retroactividad que en sí misma es excepcional, sino que debe reconocerse al intérprete la facultad de interpretación más próxima a las soluciones dadas por el Código a situaciones similares.

Párrafo 3º

Forma de entregar la cosa debida cumplida la condición

562. Enunciación. Cumplida la condición, el deudor deberá entregar al acreedor la cosa que debía bajo condición suspensiva o tenía sujeta a una condición resolutoria.

En la obligación genérica normalmente no habrá problema alguno, porque el género por regla general ni peca, ni aumenta, ni se deteriora (Nº 385).

No ocurre lo mismo en la obligación de especie o cuerpo cierto, pues respecto de ésta pueden haber ocurrido, mientras la condición estuvo pendiente, una serie de acontecimientos que analizaremos en este párrafo, a saber:

1º. La cosa puede haber experimentado mejoras y aumentos;

2º. La misma puede haber sufrido deterioros;

3º. Es posible también que haya producido frutos;

4º. Puede haberse destruido, y

5º. Puede haber sido enajenada o gravada por el deudor condicional.

Este último punto lo trataremos más adelante (Nºs 622 y siguientes), porque es previo el estudio de las condiciones suspensivas y resolutorias en particular.

563. I. Los aumentos y mejoras pertenecen al acreedor. Así lo señala la primera parte del inc. 2º del Art. 1486: "si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella".

La disposición es una aplicación lisa y llana del principio de la retroactividad de la condición cumplida (Nº 549, 1º); el ejemplo típico es el de una vaca que tiene una cría mientras la condición está pendiente. Ella pertenece también al acreedor a quien la ley reputa dueño al momento de nacer el ternero.

La solución a que la retroactividad lleva respecto de las mejoras es francamente inequitativa, es contraria a los principios generales de la legislación y a lo que disponen para situaciones semejantes otros preceptos del Código.

A tal extremo llega esto, que de acuerdo a los Arts. 904 y siguientes, que reglamentan las prestaciones mutuas de la acción reivindicatoria, el reivindicante debe indemnizar al poseedor vencido aún de mala fe las mejoras necesarias. Y la justificación es muy lógica, porque si el dueño hubiere tenido la cosa en su poder, de todos modos habría debido efectuar las mejoras necesarias, y si no se las paga a quien las realizó, obtiene un enriquecimiento injusto (Nº 203, 1º).

Lo mismo pasa en el caso del Art. 1486, y al no tener que indemnizar las mejoras de ninguna clase, ya que el precepto no distingue, el acreedor obtiene un enriquecimiento totalmente injustificado respecto de las necesarias, que él también habría debido efectuar si hubiera tenido la cosa. Aún más, el propio Código en casos específicos de condiciones da la solución contraria: en la retroventa, que hemos visto ya, es una condición resolutoria (Art. 1883); en la resolución de la compraventa por el no pago del precio (Art. 1875), y en el fideicomiso (Art. 756).

Queda en claro, pues, la inconveniencia de la retroactividad como principio general. Se suele pretender justificación para el precepto, porque, según veremos en el número siguiente, el acreedor sufre también los deterioros de la cosa, pero ello es siempre que sean fortuitos.

564. II. Los deterioros y disminuciones de la cosa los sufre el acreedor. Así lo señala la parte siguiente a la transcrita del inc. 2º del Art. 1486: “y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio”.

Se trata de un caso de pérdida parcial (Nº 1290), y la ley distingue según si ella es fortuita o culpable.

Si lo primero, la sufre íntegramente el acreedor por aplicación de la retroactividad y de la teoría del riesgo, según la disposición general del Art. 1550: el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, es por regla general del acreedor. En consecuencia, éste debe cumplir íntegramente su propia obligación, sin poder pedir rebaja de ella. También, como decíamos, se señala que hay reciprocidad con el hecho de que se adueña de los aumentos y mejoras, y así, si la misma vaca que tuvo una cría ha perdido un ojo, el acreedor la recibe con la cría sin pagar nada por ésta, pero también con el ojo menos, sin derecho a indemnización alguna.

Pero si el deterioro o disminución es culpable, se vuelve a las reglas generales, ya que la teoría del riesgo supone la ausencia de culpa del deudor. Así lo señala la parte final del inc. 2º del Art. 1486: “salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato, o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios”.

Lo que el precepto otorga al acreedor no es más que el derecho alternativo del Art. 1489: o exigir el cumplimiento (que se le entregue la cosa), o la resolución (rescisión dice equivocadamente el precepto) del acto y contrato, y en ambos casos la indemnización de perjuicios (Nº 581). La solución es muy semejante a la que da el Art. 1590, ubicado en el pago, y que permite deducir la regla general de nuestra legislación para la imposibilidad parcial en el cumplimiento (Nº 687).

565. III. Los frutos pertenecen al deudor. Así lo señaló reiteradamente el legislador.

Dice el Art. 1488: “verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario”.

Para la suspensiva, la regla está en el Art. 1078 aplicable a las obligaciones por la referencia general del Art. 1493. Dice la disposición que cumplida la condición suspensiva, el asignatario (acreedor) no tendrá derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio si el testador no se los hubiere expresamente concedido. El Art. 1338, regla 1ª, repite la norma.

Hay una absoluta negación de la retroactividad (Nº 560, 2º), por evidentes razones de equidad, las mismas que debieron mover al legislador a ordenar el pago de las mejoras necesarias.

Sin embargo, los frutos pueden corresponder al acreedor si la ley, el testador o las partes, según los casos, lo han dispuesto así o convenido, respectivamente.

Un caso en que la ley lo ordena es el Art. 1875, en la resolución de la compraventa por no pago del precio.

566. IV. Pérdida de la cosa debida bajo condición. Esta situación está reglamentada en el Art. 1486, inc. 1º, y como veremos, distingue según si la pérdida es fortuita o imputable al deudor condicional.

En todos los casos, debe tenerse presente lo dispuesto en el inc. final del precepto: “todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa”. Es un caso de pérdida parcial, pero que se asimila a la total, por la razón que señala el precepto. El ejemplo es típico: si lo debido es un caballo de carrera y antes de la entrega queda cojo, se ha destruido el animal, puesto que ha perdido su aptitud para el objeto a que se le destina: las carreras.⁶⁶⁶ No obstante su ubicación, el precepto es considerado de aplicación general, y no únicamente a las condiciones, ya que hay la misma razón en cualquier caso (Nº 1281).

⁶⁶⁶ RDJ, T. 36, sec. 1ª, pág. 28.

Ahora bien, si la pérdida es fortuita, se extingue la obligación. Así lo señala el inc. 1º del Art. 1486 en su primera parte: "si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación". El deudor nada debe entregar, ni tampoco está obligado a la indemnización de perjuicios, porque es ése el efecto del caso fortuito: extinguir la obligación sin ulterior responsabilidad para el deudor (Nº 886).⁶⁶⁷

Si la pérdida se debe a la culpa del deudor y, con mayor razón, al dolo, aunque el precepto no lo diga, es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios (Nº 886).⁶⁶⁸

567. V. Enajenación y gravámenes del deudor condicional. Referencia. Como queda dicho, preferimos efectuar su estudio una vez analizadas las condiciones suspensivas y resolutorias Nºs. 622 y siguientes).

Sección Quinta

La condición suspensiva

568. Concepto. Recordemos que de acuerdo al Art. 1479 la condición se llama suspensiva si mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho, y que de acuerdo a la doctrina la hemos definido como el hecho futuro e incierto, del cual depende el nacimiento de un derecho y su obligación correlativa (Nº 541).

⁶⁶⁷ En la opinión más común (ALESSANDRI, ob. cit., pág. 147; FUEYO, ob. cit., T. 1º, pág. 95, Nº 71, y CLARO SOLAR, ob. cit., Nº 199, pág. 234), el precepto resuelve el problema del riesgo y da la solución contraria al Art. 1550, pues el peligro es del deudor. Nada debe entregar, pero tampoco nada recibe si el contrato es bilateral. El precepto no lo dice así, pues extinguir la obligación del deudor no significa que por ello quede extinguida también la del acreedor. Se basan en una cita a Pothier en el Proyecto de 1853 quien así lo enseñaba, y en que el Art. 1820 lo dice así para la condición suspensiva en la compraventa. Véase Nº 1301, pues el problema parece discutible.

⁶⁶⁸ El precepto da derecho al acreedor al precio y a la indemnización. ¿Querrá ello decir que no podría pedir la resolución si se trata de un contrato bilateral? Es más curioso aún, porque el inc. 2º para la pérdida parcial lo permite expresamente. Sin embargo, no creemos que el legislador se haya apartado de la regla general, porque además sería absurdo que permitiera la resolución del contrato en la pérdida parcial y no en la total, siendo ambas imputables.

Finalmente, sobre este precepto, es evidente que se aplica a las condiciones suspensivas y resolutorias, porque no distingue, a diferencia del Código francés, que lo establece sólo para las primeras.

Lo que caracteriza a la condición suspensiva y la diferencia de la resolutoria es que en ella el derecho no ha nacido aún. No hay obligación cuando aún la condición no se cumple, mientras que en la resolutoria el acto o contrato produce sus efectos pero queda sujeto a extinción por la resolución.

Los efectos de la condición suspensiva varían según el estado en que ella se encuentre: si pendiente, cumplida o fallida.

569. I. Efectos de la condición suspensiva pendiente. Enunciación. Mientras no se sepa si la condición va a cumplirse o no, son tres los principios que gobiernan los efectos de la condición suspensiva:

- 1º. No nacen el derecho y su obligación correspondiente;
- 2º. El vínculo jurídico existe, y
- 3º. El acreedor tiene expectativa.

Los veremos en los números siguientes, con sus consecuencias.

570. A. Ni el derecho ni la obligación existen. Es el efecto típico de la condición suspensiva, que obsta al nacimiento del derecho y su correlativa obligación. Mientras subsista la incertidumbre, ni el acreedor tiene derecho, porque él no ha nacido aún,⁶⁶⁹ ni el deudor obligación.

De aquí derivan variadas consecuencias de gran interés:

- 1º. *El acreedor no puede exigir el cumplimiento.*

Así lo señala el inc. 1º del Art. 1485, y ello es lógico porque no hay obligación alguna aún que exigir.

- 2º. *Si el deudor paga pendiente la condición, hay pago de lo no debido.*

Vimos que en el plazo si se paga anticipadamente, no hay derecho a exigir la restitución, porque se cumple una obligación existente pero no exigible (Nº 504, 1º), y el deudor en el fondo ha renunciado al plazo.

En cambio, “todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”. Y ello porque

⁶⁶⁹ RDJ, T. 1º, 2ª parte, pág. 556.

aún no había obligación alguna, que sólo nace al cumplimiento de la condición; el pago carece, pues, de causa y puede repetirse (Nº 758).

3º. *El acreedor no puede ejercer la acción pauliana que establece el Art. 2468, ya que aún no tiene la calidad de tal, y, en consecuencia, no lo perjudican los actos del deudor (Nº 851).*

4º. No hay obligación exigible.

En consecuencia:

A. La prescripción no está corriendo, porque ella comienza a transcurrir desde que la obligación se hace exigible (Nº 1325) (Art. 2514), y si no hay obligación aún, mal puede haber prescripción;

B. No hay novación pendiente la obligación (Art. 1633) (Nº 1194).

C. No puede operar la compensación (Art. 1656) (Nº 798).

D. No puede haber mora del deudor, etcétera.

571. *B. El vínculo jurídico existe.* No ha nacido el derecho y su obligación correspondiente, pero el acto o contrato existe, y en consecuencia:

1º. *Al contraerse la obligación, deben cumplirse los requisitos de existencia y validez del acto o contrato.*

Todos los requisitos que hemos estudiado o señalado para la validez de las obligaciones, consentimiento, capacidad, objeto, causa, y solemnidad, cuando la ley la exige, deben concurrir al momento de contraerse la obligación condicional.

2º. *El deudor no puede retractarse.*

Puesto que existe vínculo jurídico válido, el deudor no puede desvincularse por su propia voluntad de la obligación condicional. Y tanto es así, que el inciso final del Art. 1481, según vimos en el Nº 493, da por cumplida la condición que falla por el hecho o culpa del deudor.

3º. *La obligación condicional se rige por la ley vigente al tiempo de otorgarse el contrato.*

Según el Art. 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes del año 1861, inc. 1º, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes

al tiempo de su celebración, lo cual también rige para los contratos sujetos a condición suspensiva, porque el vínculo jurídico existe, y no se ve, en consecuencia, afectado por un cambio de legislación (Nº 114).

572. C. El acreedor tiene una legítima expectativa de llegar a serlo. Ya hemos reiterado que mientras la condición no se cumple, el derecho no existe ni tampoco hay obligación del deudor, pero el acreedor condicional tiene cuando menos la legítima esperanza, la expectativa de llegar a ser acreedor puro y simple, y titular de su derecho.⁶⁷⁰ Los autores dan diferentes nombres a esta expectativa del acreedor condicional: germen de derecho, rudimento de derecho, derecho eventual, aunque éste es impropio, pues hay diferencias entre uno y otro (Nº 490, 3º). Quizás si lo más apropiado sería hablar de derecho en potencia o latente.

Es éste el que explica dos efectos que produce la obligación condicional pendiente: que el acreedor pueda impetrar medidas conservativas, y su transmisibilidad activa y pasiva.

El derecho a solicitar medidas conservativas se lo conceden al acreedor condicional suspensivo el Art. 1492, en su inciso final; el Art. 721, inc. 2º en el fideicomiso, y el Art. 1078, inc. 1º en las asignaciones testamentarias. Estas medidas y providencias conservativas tienen por objeto amparar la legítima expectativa que tiene el acreedor de adquirir un derecho.

Sin embargo, la ley no ha dicho en qué consisten ellas, por lo cual queda al criterio del juez su elección; podrán consistir en una caución, un nombramiento de depositario, etcétera.

Tanto esta expectativa del acreedor como la obligación en latencia del deudor, se transmiten a sus respectivos herederos. Así lo establece el inc. 1º del Art. 1492: "El derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor".

⁶⁷⁰ No se habla de expectativa, en el sentido que se utiliza en el tema del efecto retroactivo, por oposición al derecho adquirido. En este sentido habría derecho adquirido según dijimos en el número anterior.

Ya hemos dicho que esta solución se justifica habitualmente con la retroactividad de la condición cumplida.⁶⁷¹

Esta regla tiene dos excepciones: “no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos” (Art. 1492, inc. 2º). El precepto está repetido en el inc. 2º del Art. 1078 para las asignaciones testamentarias. Y por la misma razón, los Arts. 962, inc. 2º y 1390, inc. 2º exigen al asignatario bajo condición suspensiva y al donatario de igual categoría, existir al tiempo de cumplirse la condición, y nacer por tanto su derecho a la asignación y la donación, respectivamente. Si el asignatario o donatario fallecen pendiente la condición, ya no podrán satisfacer esta exigencia, y ni ellos ni sus herederos pueden adquirir lo donado o asignado.

La justificación de estas excepciones es que la donación es un contrato *intuitu personae* y la asignación testamentaria también un acto gratuito en consideración a la persona, y en consecuencia, si ésta fallece sin haber adquirido lo donado o asignado, nada transmite a sus herederos.

573. II. Efectos de la condición suspensiva fallida. Si la condición suspensiva falla, quiere decir que el derecho y su obligación correlativa no van ya a nacer, y por tanto la expectativa que el acreedor tenía se extingue.

En consecuencia, ya no podrá exigirse nunca el cumplimiento; las medidas conservativas solicitadas por el acreedor condicional quedan sin efecto, y todos los actos de administración y disposición efectuados por el deudor, pendiente la condición, quedan a firme.

574. III. Efectos de la condición suspensiva cumplida. Desde el momento que el hecho en que consiste la condición acaece, nacen el derecho del acreedor y la obligación correspondiente del deudor. De allí:

1º. El acreedor puede exigir el cumplimiento, incluso forzado, de la obligación;

⁶⁷¹ No creemos que en el estado actual del derecho sea necesaria esta ficción para explicar la transmisión hereditaria, ya que ella es de por sí amplia y tiene la fuerza suficiente para incluir este derecho y obligación latentes.

2º. Si el deudor paga, cumple su obligación, y si el pago lo efectuó pendiente la condición, ya no puede repetir lo dado o pagado (Art. 1485, inc. 2º). El pago que era indebido pasa a ser perfecto;

3º. Siendo la obligación exigible, comienza a correr el plazo de la prescripción extintiva, el acreedor puede ejercer la acción pauliana, es posible la compensación, queda perfecta la novación, el deudor puede ser colocado en mora, etcétera.

4º. Se sostiene que el cumplimiento opera retroactivamente, lo que es discutible que en nuestra legislación se aplique a otras materias que las expresamente previstas en la ley (Nº 561).

5º. Debe entregarse la cosa debida condicionalmente, a lo que se aplican las reglas ya estudiadas, y a que nos remitimos:

A. Los aumentos y mejoras (Nº 563) y las disminuciones y deterioros fortuitos (Nº 564) corresponden al acreedor sin que tenga que dar más ni pueda pedir rebaja, respectivamente, por la cosa;

B. La pérdida fortuita ha extinguido la obligación, y la culpable la sustituye por el pago del precio y la indemnización (Nº 566);

C. Los frutos corresponden por regla general al deudor (Nº 565);

D. Los actos de administración efectuados por éste quedan a firme (Nº 560, 4º), y

E. La suerte de las enajenaciones y gravámenes constituidos por el deudor los trataremos en los N.ºs. 622 y siguientes.

Sección Sexta *La condición resolutoria*

575. Concepto. Según el Art. 1479 se llama resolutoria la condición "cuando por su cumplimiento se extingue un derecho", y habitualmente se la define como el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho (Nº 544).

Ya hemos destacado lo que separa fundamentalmente la condición resolutoria de la suspensiva; mientras en ésta el derecho no nace hasta que la condición se cumple, en la resolutoria ha nacido desde un comienzo y produce todos

sus efectos, sólo que uno y otros se encuentran amenazados de resolución, esto es, de extinción. Y de esta circunstancia nacen todas las diferencias que hay entre unas y otras.

Desde otro punto de vista hay una distinción más: la mayor importancia práctica de la condición resolutoria, debida especialmente a un tipo de ella, la tácita, que va envuelta en todo contrato bilateral para el caso de no cumplirse la contraprestación del otro contratante.

576. Clasificación y enunciación. La condición resolutoria admite una triple clasificación en ordinaria, tácita y comisorio o pacto comisorio.

La condición resolutoria ordinaria consiste en cualquier hecho futuro e incierto que no sea el incumplimiento de una obligación, y que de ocurrir extingue el derecho, como por ejemplo si te presto mi casa y me la devuelves cuando yo retorne del extranjero.

La condición resolutoria tácita es la que deriva del Art. 1489, ya citado varias veces, y podemos definirla como la que va envuelta en todo contrato bilateral para el caso de no cumplirse por la otra parte lo pactado. Por ejemplo, en la compraventa, si al vendedor no se le ha pagado el precio, puede pedir la resolución del contrato, esto es, que se deje sin efecto la venta, y el comprador le restituya la cosa vendida, si ha mediado entrega, y además, la indemnización de perjuicios (Nº 581).

La condición o pacto comisorio no es sino la condición resolutoria tácita cuando las partes la expresan. En el mismo ejemplo, vendedor y comprador han dejado constancia que si éste no paga el precio, el vendedor puede pedir que se deje sin efecto la venta. Si a él se le agrega una cláusula de resolución *ipso facto*, se le denomina habitualmente pacto comisorio calificado (Nº 600).

Destinaremos sendos párrafos a cada uno de estos tres tipos de condición resolutoria, el que sigue a ellos a la acción resolutoria, y el último de esta sección a los efectos de la resolución.

Párrafo 1º

La condición resolutoria ordinaria

577. Enunciación. Tal como los de la suspensiva, los efectos de la resolutoria deben estudiarse a través de los tres estados en que ella puede encontrarse: pendiente, fallida y cumplida.

578. I. Condición resolutoria pendiente. Como la condición resolutoria, al cumplirse extingue el derecho, éste, mientras ella pende, existe; el acto o contrato, según decíamos, produce todos sus efectos, como si fuere puro y simple, y se puede exigir el cumplimiento y realizar toda clase de actos respecto de la cosa como si no estuviere afectada por una condición. El que tiene la cosa bajo condición resolutoria, deudor de ella, ejerce, en consecuencia, todos los derechos que le otorga su título, con las limitaciones que derivan del hecho de que su derecho puede quedar sin efecto.

579. II. Condición resolutoria fallida. Si la condición resolutoria falla, el derecho del deudor condicional pasa a ser puro y simple, y si se trataba de una cosa, pasa a ser dueño quien la tenía sujeta a la posibilidad de resolución sin limitación alguna, quedando a firme todos los actos efectuados por él mientras la condición estaba pendiente, incluso las enajenaciones realizadas y los gravámenes constituidos.

580. III. Condición resolutoria cumplida. Cómo opera. A los efectos de la condición resolutoria cumplida no nos referiremos por ahora, sino después de haber estudiado las categorías restantes de ella, en el último párrafo de esta Sección, porque son los mismos para todas las resolutorias, y difieren solamente en cuanto a la forma en que operan.

Digamos únicamente por el momento que cumplida la condición resolutoria ordinaria se extingue el derecho del que tenía la cosa bajo condición, y por ello el Art. 1567, N° 9, enumera la condición resolutoria como un modo de extinguir las obligaciones. Nace para él en cambio la obligación de restituir (Art. 1487, N° 560), a cuyos efectos se aplican las normas ya estudiadas en cuanto a mejoras y aumentos, deterioros y disminuciones, frutos y pérdida de la cosa (N°s. 563 y siguientes).

Determinar la forma en que opera la condición resolutoria ordinaria consiste en resolver si ella opera de pleno derecho o requiere sentencia judicial. No hay problema alguno al respecto, porque la unanimidad de los autores y de la jurisprudencia⁶⁷² están de acuerdo en que esta condición resolutoria opera de pleno derecho, por el solo hecho de cumplirse el evento de la condición; si el asunto se llega a llevar a pleito, la sentencia se limitará a constatar que

⁶⁷² Repertorio, T. IV, 2ª ed., N° 24, pág. 119.

operó la condición resolutoria y a ordenar el efecto pedido por el acreedor, ya sea la restitución de la cosa, etc., pero ellos se han producido desde que se cumple la condición.

Toda condición opera en principio de pleno derecho y se requiere disposición especial para que no sea así. Así ocurre también en la condición resolutoria tácita (Nº 596). No existiendo nada semejante para la ordinaria, se aplica la regla general, que es muy fácil de comprobar.

En efecto, el Art. 1479 define la condición resolutoria como la que extingue un derecho, y no como la que da derecho al acreedor para que se declare extinguido; el Art. 1487 dispone que cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se ha recibido a tal título, sin exigir en momento alguno la declaración judicial. Ella, en cambio, está claramente establecida para la condición resolutoria tácita por el Art. 1489, y debe pedirse siempre al tribunal respectivo que la declare.

Del hecho de que la condición resolutoria ordinaria opere de pleno derecho deriva otra consecuencia: que produce efectos universales, y puede invocarla quien tenga interés en ella, pues no proviene de una sentencia judicial de efectos relativos que la declare, sino de la ley.

Párrafo 2º

*La condición resolutoria tácita*⁶⁷³

581. Concepto. El Art. 1489 la establece en los siguientes términos:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”.

“Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

Podemos, pues, definirla como aquella que va envuelta en todo contrato bilateral, y en que el hecho futuro e incierto que puede provocar la extinción

⁶⁷³ La condición resolutoria tácita es una modalidad en el incumplimiento del contrato bilateral más que del acto o contrato mismo. Su tratamiento lógico es, pues, en los efectos de aquél, pero hemos preferido estudiarla como es tradicional entre nosotros en la condición misma, de cuyos caracteres y efectos participa, con la salvedad de ser tácita y requerir declaración judicial.

del derecho de una de las partes es el incumplimiento de sus obligaciones. La condición resolutoria tácita se funda en la falta de cumplimiento por el deudor.

El incumplimiento imputable de éste da un derecho alternativo al acreedor: o exigir el cumplimiento o pedir la resolución, y en ambos casos, justamente porque la falta de pago obedece a dolo o culpa del deudor, además la indemnización de perjuicios.

582. Origen y desarrollo. El Derecho Romano no conoció la condición resolutoria tácita en los términos del derecho moderno: si una de las partes no cumplía su obligación, el acreedor tenía derecho a exigir el cumplimiento; sin embargo, en la compraventa apareció algo semejante, la ley comisoria, que era una estipulación de las partes destinada a dejar sin efecto el contrato si el comprador no pagaba el precio. En los pactos innominados se reconocía también el derecho del acreedor a dejarlos sin efecto, pidiendo la restitución de lo dado o pagado por él cuando no había obtenido la contraprestación.

Su origen próximo parece haber estado en el Derecho Canónico, que la estableció por razones de equidad y de respeto a la palabra dada. Ella llegó a ser subentendida en todo contrato bilateral, y así la estableció el Código francés (Art. 1184), del cual la recogió el nuestro, aunque con algunas diferencias, principalmente que aquél permite al juez conceder un plazo al demandado para el cumplimiento, según las circunstancias.⁶⁷⁴

Ella es aceptada generalmente por las legislaciones, que incluso, según veremos, tienden a hacerla más estricta (Nº 596). Sin embargo, como se estudia en el Nº 630, hay una línea crítica a la institución, y por ello nos remitimos al párrafo citado.

583. Fundamento. Mucho se ha discutido sobre el fundamento de la condición resolutoria tácita o pacto comisorio tácito, como también se la llama, y se han dado numerosas interpretaciones al respecto:

⁶⁷⁴ Un extenso estudio sobre la materia, en Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la Compraventa y de la promesa de venta*, M. de P., Santiago, 1918, T. 2º, Nºs 1.604 y siguientes, págs. 466 y siguientes.

1º. *La equidad.*

Es evidente la razón de equidad y justicia que hay en que si una de las partes no cumple su obligación en un contrato bilateral, la otra pueda a su vez desligarse del vínculo jurídico, dejando sin efecto el contrato.⁶⁷⁵

2º. *Voluntad presunta de las partes.*

Se dice también que el legislador interpreta la voluntad presunta de las partes, pues parece lógico concluir que el contratante diligente no desea seguir ligado con quien no ha cumplido su obligación, y esta intención ha estado presente al otorgarse el contrato.

3º. *La causa.*

Para Henri Capitant, y sus seguidores, entre ellos Joulliot de la Morandière, la condición resolutoria tácita es una aplicación de la teoría de la causa. Para estos autores, en los contratos bilaterales la causa de la obligación de una de las partes es la recíproca obligación de la contraparte; si ella no se cumple no habría causa para el cumplimiento del otro contratante.⁶⁷⁶

Se ha rebatido esta teoría diciendo que el contratante diligente tiene una opción para pedir el cumplimiento, y si puede hacerlo, es porque el contrato tiene causa; pero a ello se ha replicado que si el contratante diligente está facultado para exigir el cumplimiento, es precisamente porque la obligación cuyo pago solicita tiene causa, ya que él ha cumplido su propia obligación.

En cambio, hay otro argumento más decisivo en contra de esta doctrina, y es que la causa es requisito de validez del acto o contrato, y basta, en consecuencia, con que concurra al momento de su otorgamiento. Si faltara la causa, la sanción sería la nulidad y no la resolución. La verdad es que la causa existió, pues ambas partes contrajeron obligaciones, la una en beneficio de la otra, y la resolución proviene del hecho de que una de ellas no se cumplió.

4º. *Interdependencia de las obligaciones.*

Derivada de la anterior, pero evitando la crítica señalada, esta doctrina destaca que existe una íntima dependencia entre las obligaciones recíprocas

⁶⁷⁵ RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 689.

⁶⁷⁶ RDJ, T. 30, sec. 2ª, pág. 1. Véase ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, N° 1.632, pág. 491.

del contrato bilateral, de manera que todo cuanto ocurra con la obligación de una de las partes, repercute necesariamente en la obligación de la otra.

Esta conexión se pone de manifiesto justamente en el incumplimiento de algunas de las obligaciones, en una verdadera graduación, que va desde el caso en que ninguna de las partes cumpla su obligación, en que no pueden exigírselo recíprocamente (excepción del contrato no cumplido, N° 1021), pasando a aquel en que una cumple o está llana a cumplir, y la otra no, pero por caso fortuito, por lo que se extingue su obligación (teoría del riesgo, N° 1294), y finalmente, si la obligación no se cumple por hecho o culpa del deudor, nace el derecho del acreedor a pedir la resolución.

584. La condición resolutoria tácita como sanción, reparación y garantía. Todas las doctrinas señaladas tienen su parte de verdad, pero también es cierto que el legislador establece la condición resolutoria tácita como protección al acreedor diligente, y una sanción al deudor que ha faltado a su compromiso.

El acreedor se ve protegido por la resolución que viene a constituir, unida a la indemnización de los perjuicios, una reparación al daño que sufre por el incumplimiento imputable, porque recupera su propia prestación, o ya no tendrá que cumplirla, pues ha quedado sin efecto el contrato.

Es al mismo tiempo una garantía para él, en el sentido amplio del término (N° 73), en su doble aspecto, porque frente a la amenaza de verse privado del contrato, el deudor puede sentirse compelido a cumplir la obligación, y porque en caso de insolvencia de éste, si la resolución es oportuna, puede evitarse la necesidad de concurrir con los demás acreedores con el riesgo de no pagarse en forma íntegra.

Finalmente, la resolución sanciona enérgicamente al deudor incumplidor, privándolo de los beneficios del contrato, e imponiéndole, además, la obligación de indemnizar los perjuicios.

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

1°. Resolutoria, ya que tiene por objeto extinguir un derecho;

2°. Es tácita, puesto que el legislador la subentiende en todo contrato bilateral. No necesitan las partes estipularla, aunque pueden hacerlo, tomando entonces el nombre de pacto comisorio.

Por ello se ha resuelto que la condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza del contrato bilateral, y las partes pueden acordar toda clase de estipulaciones al respecto,⁶⁷⁷ en cuanto a su procedencia, renuncia, efectos, etcétera.

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

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

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

1º. Que se trate de un contrato bilateral;

2º. Que haya incumplimiento imputable de una obligación;

3º. Que quien la pide, haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación, y

4º. Que sea declarada por sentencia judicial.

Los examinaremos en los números siguientes.⁶⁷⁸

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

La ley lo dice expresamente, ya que el Art. 1489 comienza diciendo: “en todo contrato bilateral...”, etc., disposición que no podría aplicarse por analogía por ser doblemente excepcional, en cuanto establece una modalidad, y más aún porque ella es tácita.

⁶⁷⁷ RDJ, T. 53, sec. 1ª, pág. 165.

⁶⁷⁸ Una sentencia publicada en la RDJ, T. 90, sec. 1ª, pág. 14, señaló el siguiente presupuesto para que opere la acción resolutoria por incumplimiento: a. Que el contrato sea bilateral; b. Que exista una obligación pendiente; c. Que una de las partes no cumpla su obligación, y d. Que la contraparte haya cumplido la suya o esté llana a hacerlo.

Dentro de los contratos bilaterales, en cambio, se aplica a todos ellos: arrendamiento,⁶⁷⁹ compraventa, aun forzada,⁶⁸⁰ permuta,⁶⁸¹ edición,⁶⁸² promesa,⁶⁸³ etc.

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

Los tribunales han declarado en forma casi unánime que la condición resolutoria tácita tiene lugar únicamente en los contratos con prestaciones recíprocas.⁶⁸⁴ También han exigido que el contrato esté vigente.⁶⁸⁵

Sobre este punto veremos sucesivamente:

- 1º. La condición resolutoria tácita en los contratos unilaterales;
- 2º. La resolución en los contratos de tracto sucesivo;
- 3º. La resolución en la partición, y
- 4º. La resolución en la sociedad.

588. A. Situación de los contratos unilaterales. Se ha discutido en Francia si podría extenderse la resolución por incumplimiento a los contratos unilaterales. Ya hemos dicho que en nuestra legislación ello no cabe, aunque lo haya sostenido Luis Claro Solar.⁶⁸⁶

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

⁶⁷⁹ Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 128, Nº 64.

⁶⁸⁰ G.T. 1922, 2º sem., Nº 254, pág. 1084.

⁶⁸¹ G.T. 1871, Nº 48, pág. 15.

⁶⁸² RDJ, T. 37, sec. 1ª, pág. 479.

⁶⁸³ Por vía de ejemplo, RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 689.

⁶⁸⁴ Repertorio, T. 5º, 3ª ed., pág. 156, Nº 4. Aisladamente al mutuo, G.T. 1825, Nº 2.635, pág. 1574.

⁶⁸⁵ G.J. Nº 246, pág. 79.

⁶⁸⁶ Ob. cit., T. 10º, Nº 157, págs. 169 y sigtes.

Y así, en el comodato si el comodatario infringe su obligación de emplear la cosa de acuerdo al contrato o su uso ordinario, el comodante puede exigir la restitución anticipada e inmediata de ella, aunque se haya estipulado plazo para la devolución (Art. 2177); igualmente, si el acreedor prendario abusa de la cosa dada en prenda, el deudor puede pedir su inmediata restitución (Art. 2396, inc. final). Se trata, pues, de obligaciones accesorias cuya infracción permite exigir el cumplimiento inmediato, mas no resolución.

Donde ella podría tener lugar, en la renta vitalicia, pues si no se pagaba la renta cabría pedir la restitución del precio, la ley la rechaza expresamente (Art. 2271) y debe estipularse para que tenga lugar.

Tampoco si el contrato unilateral llega a ser sinalagmático imperfecto, tendrá aplicación la resolución, porque en tal caso el acreedor debe indemnizaciones, y el deudor querrá retener la cosa que las ha producido y no devolverla como ocurriría con la resolución. Para el primer objeto la ley le otorga el derecho legal de retención (Nº 1027).

Y hemos dejado para el último el mutuo, porque es en torno a él que más se ha discutido el problema, y se ha producido un fallo aislado, aceptando la resolución.⁶⁸⁷ Efectivamente, debe reconocerse que en el mutuo se justifica si no la resolución, cuando menos una disposición que permita exigir el cumplimiento anticipado en caso de incumplimiento parcial, como si deja de pagarse una cuota o los intereses en la oportunidad convenida. En todo caso, en el estado actual de la legislación nuestra, no es procedente la resolución.

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

Lo que caracteriza a tales contratos es que las obligaciones de las partes se van cumpliendo y renovando periódicamente (Nº 83), y por ello la terminación opera sólo hacia el futuro. El contrato se extingue, deja de producir efectos, pero no se alteran los ya generados. Ellos quedan a firme. Lo que diferencia la terminación de la resolución es que ésta tiene efectos retroactivos, de que

⁶⁸⁷ Véase nota 684 de este primer tomo.

carece totalmente la primera. Y así, en un arrendamiento a dos años plazo, si el arrendatario paga la renta de los primeros 6 meses, pero deja entonces de cumplirlas, el contrato puede darse por terminado, pero el arrendador no deberá restituir las rentas percibidas, porque mal podría a su vez el arrendador devolver el uso y goce de la cosa arrendada.⁶⁸⁸

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

Hay unanimidad en los autores⁶⁸⁹ y jurisprudencia⁶⁹⁰ para negar a los demás interesados la acción resolutoria, en caso de que el adjudicatario no pague los alcances.

Las razones son varias:

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

2º. Se opone igualmente el efecto declarativo de la partición, pues no obstante los alcances, se supone que el adjudicatario ha sucedido directamente al causante y no ha adquirido el derecho de sus comuneros (Art. 1344).

3º. El Art. 1348 hizo aplicables a la partición las acciones de nulidad y rescisión, pero nada dijo de la resolución; cierto que el Art. 1353 agrega que

⁶⁸⁸ Por vía de ejemplo, *RDJ*, Ts. 22, sec. 1ª, pág. 547, y 29, sec. 1ª, pág. 262.

⁶⁸⁹ CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10º, N° 160, pág. 175; Manuel SOMARRIVA, *Indivisión y Partición*, 2ª edición. Santiago, 1956, Editorial Jurídica, T. 2º, N° 585, pág. 372. Marcos SILVA BASCUÑAN, *La Partición de Bienes*, 3ª edición. Santiago, 1948, N° 365, pág. 286.

⁶⁹⁰ *RDJ*, Ts. 3, sec. 1ª, pág. 66, y 5, sec. 1ª, pág. 400; *G.T.* de 1915, sent. 468, pág. 1223 y de 1922, sent. N° 290, pág. 1189. Declaró la resolución de una partición, *RDJ*, T. 46, sec. 1ª, pág. 459, pero por falla en la interposición del recurso.

si no puede o no quiere intentarlas, el comunero conservará los otros recursos legales para ser indemnizado, pero la acción resolutoria no es indemnizatoria (Nº 885).

591. D. La resolución en el contrato de sociedad. La exclusión del socio. En nuestra legislación la sociedad es un contrato, y para los efectos de la acción resolutoria tácita, debe considerarse bilateral.

Sin embargo, mientras en la doctrina se considera que el Art. 2101 del Código Civil es una mera aplicación de la condición resolutoria tácita al contrato de sociedad;⁶⁹¹ un fallo de la Corte de Concepción considera que el precepto es especial respecto al Art. 1489, por lo que prima sobre éste.⁶⁹²

El citado Art. 2101 dispone:

“Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta”.

Por cierto, pensamos que el precepto no es más que una aplicación de la condición resolutoria tácita, y por la gravedad de la infracción remarca el derecho de los socios a disolver la sociedad, pero no creemos que los priva del derecho alternativo de exigir el cumplimiento, y además, la indemnización de perjuicios. Por lo demás el Art. 2155 del Código Civil utiliza otras expresiones incluso más drásticas, diciendo que no hay sociedad si los socios no ponen algo en común, lo que confirma que se trata de meras expresiones legislativas.

Otra cosa muy distinta es lo altamente inconveniente que resulta para los socios cumplidores tener que llegar a la disolución de la sociedad, o si exigen el cumplimiento, permanecer en sociedad con un socio incumplidor. Ello ha hecho que se haya desarrollado en el exterior la teoría de la “exclusión del

⁶⁹¹ Arturo DAVIS, *Sociedades Civiles y Comerciales*, pág. 274, Editorial del Pacífico S.A., Santiago de Chile, 1963; Álvaro PUELMA ACCORSI, *Sociedades*, T. I, pág. 366, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

⁶⁹² G.T., 1920, 1º sem., Nº 134, pág. 600.

socio”⁶⁹³ que permite que la sociedad continúe entre quienes han cumplido el pacto social, dejando fuera al incumplidor.

El Código de Comercio español desarrolla ampliamente esta teoría (Arts. 186 a 220). Nuestra legislación la contempla parcialmente para algunas situaciones, por ejemplo, en los Arts. 2072 y 2073 la establece para el caso de justa renuncia o justa remoción del socio administrador designado en el acto constitutivo, pero no está claro que con ello sea excluido de la sociedad el socio administrador. Más claros son al respecto los Arts. 379 y 404 N° 2 del C.Co. para la sociedad colectiva comercial, y que se aplican a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo dispuesto en el N° 4° de la Ley N° 3.918, de 14 de marzo de 1923.

Dispone el Art. 379:

“El retardo en la entrega del aporte, sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso o proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para compelerle al cumplimiento de su obligación.

“En uno y otro caso el socio moroso responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad”.

Por su parte, el Art. 404 establece las prohibiciones de los socios, y entre ellas “aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos los de la firma social”.

Según el inciso final de la disposición, fuera de otras sanciones el infractor “podrá también ser excluido de la sociedad por sus consocios”.

Puede apreciarse que se trata de una resolución parcial (rescisión parcial dice equivocadamente el Código español).

En materia de sociedades anónimas, de acuerdo al Art. 17 de la Ley N° 18.046, de 22 de octubre de 1981, cuando un socio no pague el todo o parte de las acciones por él suscritas, la sociedad podrá vender en la bolsa de

⁶⁹³ Véase *La exclusión del socio, traducción y notas de derecho español* por Juan Magem Morgades, Editorial AHR, Barcelona, año 1958, y *La exclusión de socios-causas legales*, Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Editorial Montecorvo S.A., 1977.

En fallo publicado en la *G.J.* N° 256, pág. 17, la C.S. declaró arbitrario e ilegal y acogió una protección en un caso de exclusión de un socio de una cooperativa.

valores, por cuenta y riesgo del moroso, las acciones que sean necesarias para el pago, sin perjuicio de otras sanciones que pudieran contemplar los estatutos. En tal caso el excluido disminuye su participación social pudiendo quedar hasta excluido de la sociedad. Pero además la exclusión se puede producir, por ejemplo, por el embargo y remate de acciones, por el caso del Art. 18, por fallecimiento no registrado en la sociedad dentro del plazo de cinco años contado desde que ocurrió, etc. Por eso la institución de la exclusión del socio tiene mayor resistencia y gravedad en las sociedades de personas y menos en las de capital.

La pregunta que cabe es si puede aplicarse conforme a nuestra legislación la exclusión del socio en cualquier caso de incumplimiento grave o sólo procede en los eventos expresamente previstos por la ley.

Como habrá siempre argumentos poderosos en uno u otro sentido, sería conveniente establecerla como regla general, porque la disolución de la sociedad siempre será un perjuicio para los socios y también puede serlo para terceros contratados por ella.

La teoría económica de la empresa moderna exige su permanencia, por los conflictos, para los proveedores, para sus clientes, acreedores y contratantes en general que provoca su desaparición jurídica. Para solucionar estos problemas se ha recurrido a figuras jurídicas, como es hacer responsables a quienes realmente están detrás de la persona jurídica (246). Otra solución es esta de permitir que la sociedad continúe excluyendo al socio incumplidor.

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

Veremos en los números siguientes tanto el cumplimiento como la inmutabilidad del mismo al deudor.

593. A. El incumplimiento. La condición resolutoria tácita pertenece al capítulo del incumplimiento (Nº 869)⁶⁹⁴. Cuando estudiemos éste veremos

⁶⁹⁴ Véase nota 673 de este primer tomo.

que admite varias clasificaciones; aquí se está hablando del incumplimiento voluntario imputable. Por ello no procedería la resolución si se deja de cumplir por haberse extinguido la obligación por algún otro modo, como sería la novación,⁶⁹⁵ nulidad, etc.

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

En Francia se reconoce al juez facultad para negar la resolución aun si hay incumplimiento imputable, si en su concepto no ha tenido la suficiente gravedad; esta facultad la derivan de la que le concede al juez el mismo precepto del Art. 1184 para otorgar un plazo de gracia al deudor para el cumplimiento. El Código italiano lo dice expresamente en su Art. 1455.

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

En nuestra legislación se han planteado ambos problemas; y a falta de una disposición como la del francés, la opinión dominante es que el juez carece de facultades para calificar en el Código chileno la resolución y debe otorgarla si se cumplen los requisitos de ella. Quienes así piensan se fundan, además, en la letra misma del Art. 1489, que no hace distinción alguna y habla en general de no cumplirse la obligación, y tanto deja ella de cumplirse si la falta de pago es parcial como si es total. Así se ha resuelto reiteradamente.⁶⁹⁶

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

⁶⁹⁵ G.T. de 1875, N° 2.037, pág. 921. En el mismo sentido si ha operado algún modo de extinguir la obligación: *RDJ*, Ts. 4, sec. 1ª, pág. 14; 26, sec. 2ª, pág. 26, y 33, sec. 2ª, pág. 49.

⁶⁹⁶ Por vía de ejemplo, *RDJ*, Ts. 18, sec. 1ª, pág. 355; 27, sec. 1ª, pág. 177, y 37, sec. 1ª, pág. 479. En el segundo caso una persona había adquirido en una casa comercial un automóvil de tal marca, año y modelo, y sólo le habían respetado la marca, pero el año y modelo eran diferentes. Con toda justicia se acogió la demanda de resolución. ALESSANDRI, *De la compraventa*, etc., T. 2º, N°s. 1.662 y siguientes, págs. 543 y siguientes.

La primera, que si la obligación se ha cumplido en una parte y en el resto no, procede la resolución. Es el caso tan frecuente de las ventas a plazo, con pagos fraccionados, en que el deudor deja de cumplir alguna de ellas, habiendo pagado las demás. Tan procedente es la resolución que el Art. 1875 declara que si la compraventa se resuelve por no pago del precio, el comprador, a su vez, tiene derecho para que se le restituya la parte del mismo que hubiere pagado (Nº 621).⁶⁹⁷

En cambio, no estamos de acuerdo en que el incumplimiento de algunas obligaciones del mismo contrato, de carácter totalmente accesorio y secundario, no obstante haberse cumplido las principales, pueda "dar lugar a la resolución".⁶⁹⁸ En primer lugar, porque puede dejarse sin efecto un contrato por minucias, y en seguida porque no corresponde a la esencia de la institución, derivada de la infracción de las obligaciones recíprocas que constituyen la bilateralidad del contrato: el precio y la cosa en la venta, la renta y el goce en el arrendamiento, etc.

594. B. La imputabilidad del incumplimiento. Ya decíamos que no todo incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato; debe ser voluntario e imputable, esto es, con culpa o dolo del deudor. Si es por caso fortuito o fuerza mayor no habrá lugar a la resolución, porque la obligación se habrá extinguido por otro modo de poner término a las obligaciones: la imposibilidad en el cumplimiento (Nº 1276), que nuestro Código reglamenta bajo el nombre de pérdida de la cosa debida.

El Art. 1489 no lo dice así expresamente, pero es obvio que el incumplimiento debe ser imputable al deudor, por la razón ya señalada, y porque, además, el precepto permite cobrar perjuicios, y el deudor sólo los debe cuando hay dolo o culpa de su parte (Nº 896). Finalmente, en la resolución de la compraventa por el no pago del precio, el Art. 1873 exige expresamente que el comprador esté en mora de pagarlo en el lugar y tiempo estipulado.

⁶⁹⁷ En fallo publicado en *L.S.* Nº 29, pág. 81, no se acoge una resolución parcial de contrato de ejecución de obra.

⁶⁹⁸ Dio lugar a resolución por tal concepto, *RDJ*, T. 35, sec. 1ª, pág. 400, y T. 92, sec. 2ª, pág. 7. En contra, *G.T.* de 1920, 2º sem., Nº 142, pág. 610.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia⁶⁹⁹ que además ha agregado que el deudor debe estar colocado en mora.⁷⁰⁰

595. III. El acreedor debe haber cumplido su propia obligación o estar llano a cumplirla. Tampoco lo dice expresamente el Art. 1489, pero deriva de las disposiciones que rigen el incumplimiento. En efecto, veremos en su oportunidad el Art. 1552, según el cual en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no cumple o se allana a cumplir la suya en la forma y tiempos debidos.

Pues bien, si el acreedor incumpliente demanda la resolución, el deudor le opondrá a su requerimiento la excepción derivada de dicho precepto y que toma el nombre de excepción del contrato no cumplido. Cuando lo estudiemos, señalaremos sus características y requisitos (Nºs. 1021 y siguientes).

Pero desde ya queremos destacar que la jurisprudencia ha reconocido ampliamente la procedencia de esta excepción a la resolución⁷⁰¹ y que existe una verdadera laguna en nuestra legislación, como en muchas otras en este sentido.

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

La dificultad para el acreedor es comprobar este requisito, por lo que en muchos casos la excepción termina siendo una mera excusa para justificar un incumplimiento.

Ante nuestros tribunales se han presentado dos casos en que el promitente vendedor pedía la resolución de una promesa de venta porque el promitente

⁶⁹⁹ RDJ, T. 33, sec. 1ª, pág. 486.

⁷⁰⁰ Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 115, Nº 6.

⁷⁰¹ Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 115, Nº 7.

comprador no había cumplido su obligación, y éste se defendió alegando que el primero tampoco había cumplido la suya. La Corte Suprema, reconociendo la existencia de la laguna jurídica, optó por dar lugar a la extinción del contrato, ya que ninguno de los contratantes quería seguir ligado por el vínculo jurídico, pero no a la indemnización de perjuicios que requiere mora, y en este caso no podía existir para ninguna de las partes, de acuerdo al citado art. 1552.⁷⁰²

Al final de este estudio de la condición resolutoria tácita (Nº 630) haremos un análisis crítico de ella y de la forma en que se está aplicando entre nosotros, y en otros lugares.

En el caso nuestro, se destacan algunos aspectos que han llegado al extremo en la aplicación del problema del incumplimiento recíproco.⁷⁰³

596. IV. La condición resolutoria tácita requiere sentencia judicial. Vimos en su oportunidad que la condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho, por el solo hecho de producirse el evento previsto para la resolución (Nº 580).

En cambio, la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho, sino que requiere sentencia judicial. El Código francés lo dijo en forma expresa, y el nuestro no, pero igualmente la jurisprudencia y doctrina son unánimes al respecto.⁷⁰⁴

⁷⁰² *RDJ*, Ts. 28, sec. 1ª, pág. 689 y 57, sec. 1ª, pág. 274.

En igual sentido, C.S. de 4 de diciembre de 2003: *G.J.* Nº 282, pág. 37.

⁷⁰³ Conocí personalmente un caso en que, a mi juicio se aplicó mal esta disposición: una empresa constructora prometió vender "en verde" una propiedad, recibiendo anticipos del precio antes que ellos se reglamentaran legalmente. Por su parte estuvo siempre en condiciones de entregar la propiedad, como lo acreditaba la efectuada a otros promitentes compradores.

Sin embargo, se rechazó la demanda, invocando la norma que estamos analizando, esto es, por no haberse entregado materialmente la propiedad, no obstante el total incumplimiento contrario.

Ello significa, que el acreedor debía entregar la propiedad, sin que ella se le pagara. Por eso es que basta estar llano a cumplir. Lo contrario es una denegación de justicia.

⁷⁰⁴ Por vía ejemplar, *RDJ*, Ts. 48, sec. 1ª, pág. 574; 60, sec. 1ª, pág. 58; 61, sec. 1ª, pág. 58, y 65, sec. 1ª, pág. 314. Fallos del Mes, Nº 119, pág. 217, sentencia Nº 5, y *G.T.* Nº 175, sent. 3ª, pág. 30, y 87, sec. 2ª, pág. 432. Se ha sostenido aisladamente –Alessandri cita a Ruperto Bahamondes en tal sentido en ob. cit., pág. 161– que la resolución se produce al solicitarse y la sentencia se limita a constatarla, lo que tendría como consecuencia que el pago posterior no la inhibe. Véase también al mismo ALESSANDRI, *De la Compraventa*, etc., T. 2º, Nº 1.682, págs. 590 y siguientes.

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

Se ha dicho también que prueba lo mismo el hecho de que el acreedor pueda pedir el cumplimiento, y que si le es posible hacerlo es porque el contrato no está resuelto, porque si así fuera la obligación estaría ya extinguida. Se afirma que mal puede exigirse el cumplimiento de una obligación que ya terminó. "Pero la verdad es que el argumento no es convincente, porque el Art. 1487 establece para toda condición resolutoria, incluidas, naturalmente, tanto la ordinaria como la tácita, la posibilidad para el acreedor de renunciar la resolución; en consecuencia, aun cuando ella operara de pleno derecho, al acreedor le bastaría con manifestar su renuncia, para poder exigir el cumplimiento.

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

La verdad es que la solución es altamente inconveniente, sobre todo en los tiempos que corren, porque da al deudor la posibilidad de postergar el pago durante toda la secuela del juicio ordinario, como es el de resolución, y cumplir la obligación posteriormente, si es de dinero, con moneda desvalorizada.

La única justificación real es el derecho optativo del acreedor, pues es preciso que éste se pronuncie por cuál de los caminos va a tomar: si el de la resolución o del cumplimiento, decisión que importa no sólo al deudor, sino a terceros. Las legislaciones más modernas, como la alemana, suiza, polaca, austríaca, italiana, etc., han solucionado el punto, estableciendo un requerimiento al deudor para que cumpla o quede constituido en mora, ocurrido lo cual el acreedor pronuncia su opción, o queda resuelto *ipso facto* el contrato. Pero

posteriormente ya no se puede cumplir la obligación en el curso del juicio (Arts. 1453, inc. final, y 1454 del Código italiano).

En nuestra legislación, en cambio, el acreedor tiene que demandar la resolución por medio de la acción resolutoria (Nº 606); y como ella no se produce mientras no es declarada, el deudor puede, según decíamos, pagar la obligación impidiendo la resolución hasta el momento en que se dicte la sentencia respectiva. Así lo han estimado en forma unánime la doctrina y jurisprudencia.⁷⁰⁵

De acuerdo al Art. 310 del C.P.C., la excepción perentoria de pago de la deuda que se funde en antecedente escrito puede oponerse hasta la citación para sentencia en primera instancia y hasta antes de la vista de la causa en segunda. Hasta ese momento el deudor puede pagar.⁷⁰⁶

Otro fallo publicado en la *RDJ*, T. 60, sec. 2ª, pág. 106, sostiene que en el caso propuesto el deudor no tiene que oponer excepción de pago, y no se aplica el precepto citado, porque con ello cumple el objeto mismo del juicio, y por tanto puede pagar en cualquier momento, lo que es un evidente error.

Si el acreedor se niega a recibir el pago, el deudor deberá hacerlo por consignación (Nº 699)⁷⁰⁷. Junto con el pago de la deuda misma, debe hacerlo de sus intereses, si los hay, y de las costas judiciales, porque son gastos del pago.⁷⁰⁸

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

1º. En la ordinaria, el hecho futuro e incierto del cual depende la resolución puede ser cualquiera, menos el incumplimiento de una obligación de

⁷⁰⁵ Véase Repertorio, T. 5, 3ª ed., pág. 162, Nº 36. Por excepción, en contra *G.T.* 1.915, 1ª sem., Nº 349, pág. 868, y 1917, 2ª sem., Nº 306, pág. 983.

⁷⁰⁶ Igual nota anterior, y *RDJ*, Ts. 48, sec. 1ª, pág. 547, y 65, sec. 1ª, pág. 314. Se ha fallado que esto se aplica incluso ante jueces árbitros: *FM.* Nº 417, sent. 4ª, pág. 553.

⁷⁰⁷ *RDJ*, T. 46, sec. 2ª, pág. 3. Considerada que no es pago por consignación, *RDJ*, T. 61, sec. 1ª, pág. 58.

⁷⁰⁸ *RDJ*, T. 60, sec. 2ª, pág. 106. Véase Nº 689.

un contrato bilateral, que es precisamente el evento de que ella depende en la resolutoria tácita;

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

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

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

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

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

Párrafo 3º

El pacto comisorio

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

El Art. 1877 dispone:

“Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta.

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

El inc. 2º es redundante para evitar malentendidos, porque temió el legislador que se pensara que por reglamentarse el pacto comisorio, no operaba en la compraventa la cláusula resolutoria tácita; sin embargo de haberlo dicho

en el Art. 1826, inc. 2º, para la obligación del vendedor de entregar la cosa, y en el Art. 1873, para la del comprador de pagar el precio.

En seguida, el mismo inc. 2º repite al 1º y han permitido entender que el pacto comisorio sólo tiene lugar en la compraventa y para la obligación de pagar el precio. Sin embargo, como lo diremos en el número siguiente, el pago comisorio es de aplicación general a todos los contratos. En consecuencia, el pacto comisorio no es sino la misma condición resolutoria tácita del Art. 1489, pero expresada por las partes en el contrato.

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

Pero ello evidentemente no es así, y la condición resolutoria tácita puede estipularse en cualquier contrato, respecto de cualquiera de las obligaciones de las partes, y desde luego en la misma compraventa, para la del vendedor de entregar la cosa vendida.⁷⁰⁹ Las principales razones para así concluirlo son varias:

1º. Es sólo una razón histórica la que llevó al legislador a tratar el pacto comisorio en la compraventa y referido a la obligación de pagar el precio como un recuerdo de la ley comisorio romana limitada a ella (Nº 582).

2º. Pero lo más importante es que esta estipulación, aunque el legislador no la hubiere contemplado expresamente, es perfectamente lícita, porque estamos en el terreno de la libertad contractual. El Art. 1489 es meramente supletorio de la voluntad de las partes; de común que era la condición resolutoria tácita pasó a subentenderse, pero no se divisa qué inconveniente puede haber para que las partes estipulen aquello que sin el pacto de todos modos va a existir por disposición de ley, y

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

⁷⁰⁹ Creemos que tampoco hay inconveniente para estipular la resolución por incumplimiento en los contratos unilaterales, con el efecto propio de anticipar el cumplimiento (Nº 588). La mejor prueba la da el Art. 2271, que lo acepta en la renta vitalicia.

Nada de raro tiene, pues, que los autores y jurisprudencia se inclinen en este sentido,⁷¹⁰ y que la cláusula sea muy frecuente en los arrendamientos y promesas de contrato.

Hasta aquí la imprecisión legislativa no ha producido mayores tropiezos, pero sí comienzan a aparecer cuando se trata de dilucidar por qué normas se rige el pacto comisorio en otros contratos, si por las mismas dadas por el legislador en los Arts. 1878 y siguientes, o por las generales de la condición resolutoria tácita y de la ordinaria, problema a que nos abocaremos una vez enunciada la clasificación del pacto comisorio, que es esencial para su solución.

600. Pacto comisorio simple y calificado. Es ésta una distinción que ha hecho la doctrina; el primero se limita a reproducir el Art. 1489, y estipular, en consecuencia, que el contrato se resolverá en el caso de que alguna de las partes no cumpla lo pactado.

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

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

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

El legislador dio normas para la compraventa por no pago del precio en el Art. 1878: “por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el Art. 1873”, y éste a su vez, dispone: “si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios”.

⁷¹⁰ Por vía de ejemplo, *RDJ*, T. II, sec. 1ª, pág. 481, y fallos de la nota 716 de este primer tomo.

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

Por otro lado, nada hay en la estipulación de las partes que indique el deseo de alterar las reglas legales normales, que son para el incumplimiento, las de la condición resolutoria tácita del Art. 1489; si el pacto comisorio no es sino ésta estipulada, no se ve por qué razón va a producir otros efectos si los contratantes nada han dicho en tal sentido.

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

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

Desde luego, con esta posición no hay duda de que el pacto operará previa sentencia judicial, pero ello tiene, además, importancia en otro aspecto: se le aplicaría el plazo especial de prescripción de 4 años del Art. 1880, y no el de la condición resolutoria tácita, que es el general de 5 años (Nº 612).⁷¹¹

Otros, en cambio, sostienen, y es a nuestro juicio la interpretación correcta, que el pacto comisorio en los demás contratos y en la misma compraventa para otras obligaciones que no sean la de pagar el precio no fluye de la reglamentación legal, sino que se sustenta exclusivamente en la libertad de convenciones, por lo cual no hay razón para aplicarle dichos preceptos en forma analógica, dado que son excepcionales. En consecuencia, si las partes nada han dicho sobre la forma en que operará, rigen las normas supletorias dadas por el legislador para la misma situación, y que son las de la condición resolutoria tácita. Nada hay efectivamente en la convención que pretenda derogarla. En consecuencia, existe el ya estudiado derecho de opción del acreedor, la resolución se produce con la sentencia judicial, pero no se aplica el plazo de prescripción especial del Art. 1880.

⁷¹¹ ALESSANDRI, *De la compraventa*, etc., ob. cit., T. 2º, Nº 1.702, págs. 652 y sigtes.

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

602. II. El pacto comisorio calificado. Dispone el Art. 1879: "si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva *ipso facto* el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda".

Lo que caracteriza el pacto comisorio calificado es esta estipulación de resolución *ipso facto*, en que ya las partes pretenden alterar los efectos normales de ella. Naturalmente que no es necesario utilizar esta frase o expresión, sino cualquiera equivalente: sin necesidad de juicio, de pleno derecho, inmediatamente, etcétera.⁷¹²

Vuelve a aparecer aquí, si que con más intensidad, la discusión respecto a cómo opera en este caso el pacto comisorio, y la jurisprudencia⁷¹³ y doctrina, tienden a uniformarse en orden a distinguir entre la compraventa por no pago del precio, y toda otra estipulación de resolución *ipso facto*.

603. A. El pacto comisorio calificado en la compraventa y por no pago del precio. Este pacto se rige por el Art. 1879 antes transcrito; como puede apreciarse, el precepto es limitativo. Altera la estipulación de las partes, porque lo que ellas han dicho es que el contrato se resolverá *ipso facto*, por el solo incumplimiento, y aun en tal caso la ley le da la posibilidad al comprador de hacerlo subsistir pagando el precio en el brevísimo plazo que otorga.

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

1º. Porque el Art. 1878, en relación con el Art. 1873, según hemos dicho, permite al vendedor en el pacto comisorio optar entre pedir la resolución

⁷¹² Por vía de ejemplo, *RDJ*, T. 17, sec. 1ª, pág. 117; T. 46, sec. 1ª, pág. 599; T. 65, sec. 2ª, pág. 22.

⁷¹³ Véase la jurisprudencia del Art. 1879 en Repertorio, T. 6º, págs. 255 y siguientes.

y el pago del precio, y tan pacto comisorio es el simple como el calificado del Art. 1879, ya que este precepto está en el Párrafo intitulado “del pacto comisorio”.

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

2º. Además, el Art. 1879 permite al deudor hacer “subsistir” el contrato, sin embargo de la estipulación; ello revela que ésta no produce su efecto normal de dar por terminado de pleno derecho el contrato, y, por otra parte, sólo puede hacerse “subsistir” algo que no esté extinguido, y

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

Sin embargo, como decíamos, para algunos la resolución se produce al dictarse la sentencia que acoge la demanda, mientras que para otros una vez que transcurren las 24 horas sin que el deudor cumpla su obligación.⁷¹⁴ En todo caso, lo que es evidente es que el comprador no puede pagar si han transcurrido más de 24 horas desde la notificación de la demanda.

Este plazo es fatal, ya que se utiliza la expresión “en” (Nº 497), y es muy curioso porque es de horas. Debe tenerse cuidado, porque no es un día, sino 24 horas, y así, por ejemplo si la demanda se notifica a las 10 de la mañana, puede pagarse hasta las 10 de la mañana del día siguiente; en cambio, si el plazo fuera de 1 día, podría pagarse hasta la medianoche del día siguiente al de la notificación. Dentro de este plazo debe pagarse el precio, o la parte exigible del mismo con sus accesorios, y si el acreedor lo resiste, deberá recurrirse al procedimiento de la consignación.

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

⁷¹⁴ BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., T. 3º, pág. 165, y FUEYO, ob. cit., T. 1º, Nº 111, pág. 135. En contra, ALESSANDRI, *De la compraventa y la promesa de venta*, T. 2º, pág. 663, Nº 1.784 y siguientes.

el deudor para pagar, que es de 24 horas para este último y de todo el juicio en los dos primeros. Tanto el pacto comisorio simple como el calificado en la compraventa por no pago del precio prescriben de acuerdo al plazo especial del Art. 1880. No así la condición resolutoria tácita que lo hace de acuerdo a las reglas generales (Nº 612).

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

1º. Puede estipularse la resolución *ipso facto* en cualquier contrato⁷¹⁵ y aun en la misma compraventa en otras obligaciones que no sean del pago del precio, y para ello puede utilizarse cualquier expresión. Basta con que quede claramente establecido que no es necesaria la intervención judicial;

2º. Ello deriva de la voluntad de las partes y no de la norma del Art. 1879, que es limitativa, y, en consecuencia, se aplica únicamente para el caso previsto, y

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

Así lo han declarado todos los últimos fallos de nuestros tribunales, relativos a los contratos de promesa y de arrendamiento, en que son frecuentes las estipulaciones de este tipo.⁷¹⁶ La C.S. también lo aceptó en una dación en pago.⁷¹⁷

⁷¹⁵ También en uno unilateral. Véase nota 709 de este primer tomo.

⁷¹⁶ RDJ, Ts. 24, sec. 1ª, pág. 716; 37, sec. 1ª, pág. 404; 41, sec. 1ª, pág. 481; 46, sec. 1ª, pág. 109, con un interesante comentario de Víctor Santa Cruz; 51, sec. 2ª, pág. 81; 52, sec. 1ª, pág. 134; 54, sec. 1ª, pág. 57 y 65, sec. 2ª, pág. 22, con un acabado estudio doctrinario. En fallo publicado en la G.J. Nº 291, pág. 8 (C.A. de Santiago de 4 de abril de 2001) se aplicó en un arrendamiento.

En contra, G.T. de 1889, T. 1º, Nº 1.415, pág. 964. FM. Nº 180, sent. 6ª, pág. 214 (promesa).

⁷¹⁷ G.J. Nº 252, pág. 66 (26 de junio de 2006). Un fallo de la C.A. de Santiago de 4 de abril de 2001, publicado en G.J. Nº 251, pág. 86, lo aplicó en un arrendamiento. Otro fallo de la misma Corte de 26 de junio de 2001, se aplicó con una dación en pago: G.J. Nº 252, pág. 66.

4º. El acreedor puede, de acuerdo a la regla general del Art. 1487, renunciar a la resolución ya producida, porque está establecida en su exclusivo beneficio, y, en consecuencia, pedir el cumplimiento.

Ha habido opiniones contrarias a lo aquí expuesto, y que pretendían que si era lícito estipular pacto comisorio con cláusula de *ipso facto* en otros contratos, debía aplicársele por analogía el Art. 1879, y en consecuencia resolver que el deudor puede enervar la resolución pagando dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda. Por tanto, requeriría también de un juicio para obtener la resolución.

No estamos en absoluto de acuerdo con semejante opinión,⁷¹⁸ y creemos que la expuesta al comienzo de este número es la correcta, principalmente por las siguientes razones:

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

De acuerdo al Art. 1545, semejante estipulación es una ley para las partes, y no puede ser invalidada sino por causal legal o ser contraria a las buenas costumbres o el orden público. No se ve en qué sentido ella podría vulnerarlos, cuando las partes pueden convenir cualquier condición resolutoria, y ella resolverá *ipso facto*, de pleno derecho, el contrato (Nº 580), ¿por qué no podría hacerlo el incumplimiento?

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

⁷¹⁸ Por no aplicarse las reglas de la compraventa, este pacto comisorio prescribe de acuerdo a las reglas generales y no al Art. 1880 (Nº 612).

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

En sentencia de 8 de marzo de 2004, publicada en *G.J.* Nº 285, pág. 97, la C.S. aplicó la que, a nuestro juicio, es la doctrina correcta.

La mayor aplicación práctica del pacto comisorio se encuentra en los contratos de promesa y de arrendamiento. En este último se ha solido discutir su procedencia en los arrendamientos regidos por leyes especiales, en general, protectoras del arrendatario, y por lo dispuesto en el Art. 1977 del Código, que dice:

"La mora de un período entero en el pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días".

Por fortuna la jurisprudencia ha aplicado generalmente la resolución *ipso facto* a los contratos de arriendo, porque esa legislación especial no protege al arrendatario moroso y porque ha dicho que no se trata de la resolución que reglamenta el Art. 1977, sino de la expresamente pactada entre las partes.⁷¹⁹

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

4º. A falta de reglamentación especial, la regla general en caso de incumplimiento es la condición resolutoria tácita, y por eso en el simple considerábamos que ella se aplica; pero en el calificado, en cambio, las partes han manifestado claramente su voluntad de que ella no rija, y en consecuencia no cabe sino

⁷¹⁹ EM, N° 464, pág. 1042, sent. 11; N° 453, sent. 17, pág. 1.654. Sin embargo, en un caso en que se había estipulado "caducidad automática de una concesión en arrendamiento de un terreno municipal" (sic), un fallo publicado en la RDJ, T. 86, sec. 5ª, pág. 92, declaró que se requería declaración judicial aplicando las normas de la compraventa. Parecía más bien un caso de pacto comisorio calificado en otros contratos, por lo cual el fallo resulta equivocado.

aplicar la regla más general, la que es propia de todas las condiciones, que operan de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

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

Pero este argumento ya lo hemos descartado, porque creemos que no resiste mayor análisis, ya que olvida la norma del Art. 1478 común para toda condición resolutoria (Nº 610), en cuya virtud el acreedor puede renunciar a la resolución ya producida, y podría, en consecuencia, siempre usar el derecho de opción con una variante: o da por resuelto el contrato de pleno derecho, sin que el deudor pueda enervarla pagando⁷²⁰ o renuncia a la resolución y pide el cumplimiento del contrato. Y en ambos casos le queda a salvo la acción de indemnización de perjuicios.

Para terminar, digamos que el Código italiano ha resuelto todo el problema de la “cláusula resolutoria expresa” en un solo precepto: el Art. 1456: la resolución se produce de pleno derecho cuando el acreedor declare a la otra parte que quiere valerse de la cláusula resolutoria. Así le queda a salvo la posibilidad al acreedor, pero sólo a él, de perseverar en el contrato.

Párrafo 4º

La acción resolutoria

605. El derecho de opción del acreedor. Su derecho a cobrar perjuicios. Hemos visto que en el caso de incumplimiento de una obligación emanada de un contrato bilateral el acreedor tiene una opción: o pedir el cumplimiento o la resolución, y en ambos casos la indemnización de perjuicios, la que se gobierna

⁷²⁰ Que la resolución opere de pleno derecho tiene para el acreedor otras trascendencias fuera de ésta que el deudor no puede pagar en el juicio. Así en el arrendamiento, el arrendador puede demandar directamente de restitución de la cosa arrendada, sin necesidad de pedir la terminación del contrato; en la promesa, disponer del objeto prometido, etcétera.

por las reglas generales, por lo cual nos remitimos a su tratamiento en la Parte siguiente de esta obra (Nº 882 y siguientes).⁷²¹

Según el Art. 1489, el derecho de opción lo ejercita el acreedor a su arbitrio, de manera que, no podría oponerse por el deudor el abuso del derecho (Nº 242, 1º).

El acreedor no puede solicitar el cumplimiento y la resolución,⁷²² porque son acciones totalmente incompatibles, pero podría hacerlo siempre que una sea subsidiaria de la otra (Art. 17 del C.P.C.), y así solicitar el cumplimiento, y para el caso de no ser éste posible, que se declare resuelto el contrato.

Aunque ha habido mucha vacilación injustificada en la jurisprudencia,⁷²³ no habría inconveniente alguno para que el acreedor demandara primero el cumplimiento, y luego abandonara esta petición para exigir la resolución y viceversa⁷²⁴ no hay cosa juzgada entre un juicio y el otro.

También se ha fallado que no hay cosa juzgada entre un juicio en que se pidió la resolución del contrato, lo que fue rechazado porque éste había terminado por su vencimiento natural, con otro en que se solicita la indemnización de perjuicios por incumplimiento del deudor.⁷²⁵

Se ha solido sostener que no se puede solicitar la indemnización de perjuicio si no se demanda también o el cumplimiento o la resolución del contrato.⁷²⁶

⁷²¹ Se ha resuelto que si el acreedor acepta la indemnización no puede pedir la resolución: *RDJ*, T. 4, sec. 1ª, pág. 344, sentencia criticada justamente por Somarriva, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, pág. 15, Nº 11.

⁷²² *RDJ*, T. 24, sec. 2ª, pág. 60, y T. 90, sec. 2ª, pág. 11.

Se ha fallado que si el acreedor ejerce la acción en subsidio, no hay agravio en la sentencia que la acoge y no procede, en consecuencia, que se deduzca en su contra recurso de casación: *FM*, Nº 239, sent. 2ª, pág. 285.

⁷²³ *RDJ*, Ts. 24, sec. P, pág. 716, y 37, sec. 1ª, pág. 404. En contra, *G.T.* de 1889, T. 1º, Nº 1.415, pág. 964. En fallo de la C.S. de 28 de julio de 2010, se examina lo dicho y se resolvió que no hay cosa juzgada entre la acción de cumplimiento y la de resolución, porque la cosa pedida es diferente.

⁷²⁴ CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10, Nº 171, pág. 193; ALESSANDRI, *De la compraventa*, etc., T. 2º, Nº 1.848 y siguientes, págs. 938 y siguientes.

⁷²⁵ C.S. 13 de septiembre de 2006. *L.S.* Nº 26, pág. 11.

⁷²⁶ *G.J.* julio de 2005, Nº 301, pág. 157, Nº 8.

El precepto no ha dicho eso, sino que ya sea que se pida el cumplimiento o la resolución, procederá la indemnización de los perjuicios, pero no lo contrario, que para demandar éstos haya que ejercer necesariamente la acción de cumplimiento o la resolutoria. Bien puede suceder que el contrato haya terminado por otro capítulo, pero que proceda la indemnización de perjuicios.

Lo que es obvio es que si se ha pedido el cumplimiento y la indemnización de perjuicios como consecuencia de él, si no se acoge el cumplimiento tampoco puede acogerse la indemnización de perjuicios.⁷²⁷

Nuevamente se advierte el grave defecto de tratar de favorecer al deudor.

El derecho a los perjuicios no nace del art. 1489, sino del Título XII “Del efecto de las obligaciones”, y no del 1489, que obviamente sólo se refirió a los perjuicios para evitar dudas.

El cumplimiento se pedirá por la vía ejecutiva, si el título es ejecutivo (Nº 870), o por la ordinaria, en caso contrario; si la obligación no tiene un plazo especial, prescribirá en 3 años como ejecutiva, y en 5 como ordinaria (Nº 1.333).

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

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

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

1º. En la condición resolutoria tácita del Art. 1489;

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

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

⁷²⁷ F.M. Nº 241, sent. 3ª, pág. 382.

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

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

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

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

1º. Es personal;

2º. Es una acción patrimonial;

3º. Es renunciable;

4º. Es transferible y cedible;

5º. Es prescriptible;

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

7º. Es indivisible.

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

Sin embargo de lo dicho, la acción resolutoria puede afectar a terceros principalmente en los casos de los Arts. 1490 y 1491, que luego estudiaremos y que, dicho a modo de síntesis, permiten dejar sin efecto las enajenaciones y gravámenes efectuados y constituidos por el deudor en las cosas afectas a la

condición resolutoria, tratándose de bienes muebles si el adquirente estaba de mala fe, y de inmuebles si aquélla constaba en el título respectivo inscrito.

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

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

No hay inconveniente para que se deduzcan conjuntamente la acción resolutoria contra el deudor condicional y la reivindicatoria contra el poseedor; en el ejemplo, contra B, la primera, y C, la segunda, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 18 del C.P.C.: “en un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho...”. La una será consecuencia de la otra, y la jurisprudencia así lo ha reconocido.⁷²⁸

Igual ocurre con la nulidad, que siendo acción personal, se puede entablar conjuntamente con la reivindicatoria, porque también en tal caso se trata de acciones que emanen directa e inmediatamente del mismo hecho. Justamente en las actas de la Comisión Mixta que revisó el C.P.C., quedó constancia de que el precepto se refería principalmente a las acciones de nulidad y resolución en relación con la reivindicación consecucional a ellas.⁷²⁹

⁷²⁸ RDJ, Ts. 10, sec. 1ª, pág. 507, y 21, sec. 1ª, pág. 616; ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, N°s. 1.738 y siguientes; págs. 746 y siguientes.

⁷²⁹ Sesión N° 23: “El señor Urrutia observa que nacen directa e inmediatamente de un mismo hecho la acción reivindicatoria que fluye de la nulidad, resolución o rescisión de un acto o contrato. Personales, las acciones rescisorias, de nulidad y resolutoria, se dirigen contra el contratante con el fin de terminar los efectos o anular los actos contractuales: pero como de la infracción declarada hay derecho para deducir la acción real contra terceros, como lo establecen

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

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

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

En efecto, el Art. 1487 declara que cumplida la condición resolutoria, debe restituirse lo que se ha recibido bajo tal condición, "a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla".

El precepto se refiere a la condición resolutoria en general, pero no hay inconveniente en aplicarlo a la tácita del Art. 1489; así se ha fallado.⁷³⁰

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

Es expresa la que se efectúa en términos formales y explícitos. De acuerdo a la parte final del Art. 1487, el acreedor puede ser obligado por el deudor a que se pronuncie si hará uso de la facultad que este precepto le confiere para hacerlo.

Es tácita la que deriva de actos del acreedor que revelen su intención de renunciar la acción resolutoria; ya hemos dicho que aun cuando la jurispru-

especialmente los artículos 1490, 1491 y 1689 del Código Civil, es útil en todos conceptos que ambas acciones puedan tramitarse en un mismo juicio. De este modo la sentencia sobre la acción personal empecerá al poseedor contra quien se reivindica".

⁷³⁰ RDJ, T. 53, sec. 1ª, pág. 165. G.J. N° 278, pág. 146 (sentencia de la C.A. de Santiago de 8 de agosto de 2003).

dencia ha vacilado al respecto, el solo hecho de pedir el cumplimiento no importa renuncia a la resolución.⁷³¹

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

611. IV. La acción resolutoria es transmisible y transferible. En consecuencia, podrán deducirla los herederos y cesionarios del acreedor⁷³² y deberán soportarla los herederos del deudor, todo ello de acuerdo a las reglas generales, a las cuales no hay excepción alguna.

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

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

Para éstos no existe plazo de prescripción, por lo cual se aplicará la regla general del Art. 2515,⁷³³ y en consecuencia la acción resolutoria prescribe como acción ordinaria que es a los 5 años contados desde que la obligación se hizo exigible. La acción resolutoria no puede ser ejecutiva, porque es menester que se pruebe y establezca en el pleito el incumplimiento, que no puede constar en el título (Nº 870).

Un interesante fallo de la C.S. de 18 de octubre de 2004,⁷³⁴ declaró que si un contratante demandó la resolución, y el otro posteriormente el cumplimiento, la primera demanda interrumpió la prescripción.

⁷³¹ Se ha resuelto que renuncia tácitamente el acreedor que se adjudica en remate la propiedad en el juicio de cumplimiento. *RDJ*, T. 30, sec. 1ª, pág. 277; y el que acepta pagos parciales: *RDJ*, T. 16, sec. 1ª, pág. 34.

⁷³² ALESSANDRI, *De la compraventa...*, etc., ob. cit., T. 2º, Nº 1.729, pág. 733, cree que en la cesión de crédito no se traspa la acción resolutoria sin estipulación expresa, lo que nos parece erróneo.

⁷³³ *RDJ*, T. 21, sec. 1ª, pág. 616; T. 12, sec. 1ª, pág. 143.

⁷³⁴ *G.J.* Nº 244, pág. 75.

Para el pacto comisorio hay plazo especial en el Art. 1880:

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

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

1º. Nos parece evidente que se aplica tanto al simple como al calificado,⁷³⁵ esto es, tanto al caso del Art. 1878 como al del 1879.

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

3º. Se aplica en la compraventa por no pago del precio siempre que se haya estipulado pacto comisorio, pero no si está operando la condición resolutoria tácita. Así se ha resuelto en general, aunque aisladamente se haya fallado lo contrario.⁷³⁶

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

⁷³⁵ G.T. de 1925, 2º sem., Nº 88, pág. 460. En igual sentido, Alessandri, De la compraventa..., ob. cit., T. 2º, Nº 1.869, pág. 961.

⁷³⁶ G.T. de 1884. Nº 1.705, pág. 1.063, RDJ, Ts. 12, sec. 1ª, pág. 143, y 21 sec. 1ª, pág. 616. Aplica el Art. 1880 a la condición resolutoria tácita, G.T. de 1884, Nº 109, pág. 83, y hace una combinación extraña, G.T. de 1869, Nº 645, pág. 320; a esta última se aplica la prescripción de 4 años contados eso sí desde que se hizo exigible.

Art. 1489, que se cuenta conforme a las reglas generales, porque de ser así, el Art. 1880 no tendría objeto.⁷³⁷

Entre la prescripción de la condición resolutoria tácita y la fiel pacto comisorio del Art. 1880, hay tres diferencias:

1º. La de los plazos, 5 y 4 años, respectivamente;

2º. En el momento en que comienzan a correr, según dijimos recién, y

3º. La primera es de largo tiempo común, y se suspende, en consecuencia, en favor de las personas enumeradas en el Art. 2509, mientras que la emanada del Art. 1880 es especial o de corto tiempo, y de acuerdo al Art. 2524 no se suspende (Nº 1363).

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

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

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

1º. Objetivamente, porque el acreedor no podría pedir en parte el cumplimiento y en el resto la resolución, y

2º. Subjetivamente, porque siendo varios los acreedores, todos ellos deben ponerse de acuerdo para pedir el cumplimiento o la resolución, y siendo más de uno el deudor no podría el acreedor exigir a uno el cumplimiento y al otro la resolución.⁷³⁸

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

⁷³⁷ Un fallo publicado en la *RDJ*, T. 90, sec. 1ª, pág. 72, por razones evidentes de justicia dijo que prescrita la acción del Art. 1880, al acreedor le queda la del 1489.

⁷³⁸ *G.T.* de 1907, T. 2º, Nº 1.025, pág. 633. *RDJ*, T. 57, sec. 1ª, pág. 253.

A la terminación nos referimos ya en el N° 589 y no es más que la misma resolución pero referida a los contratos de tracto sucesivo, siendo la principal diferencia con ella que carece de todo efecto retroactivo. Nos remitimos a lo dicho, y veremos, en cambio, en los números siguientes:

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

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

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

2º. La nulidad y rescisión producen efectos radicales; borran totalmente el acto o contrato; la resolución es de efectos más atenuados; así la nulidad de acuerdo al Art. 1689 da acción contra terceros sin efectuar las distinciones que realizan los Arts. 1490 y 1491, para la resolución;

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

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

5º. Las reglas de las prestaciones mutuas son diferentes, y así en la nulidad y rescisión el deudor de mala fe debe restituir los frutos, mientras que en la

resolución ellos no se devuelven, y no se pagan las mejoras necesarias, mientras debe hacerse en la nulidad y rescisión, etcétera.

Por ello se ha resuelto que no procede declarar resuelto un contrato si él es nulo.⁷³⁹

617. II. Resciliación y resolución. A la resciliación o anulación convencional del contrato se refiere el inc. 1º del Art. 1567, y la estudiaremos al tratar los modos de extinguir las obligaciones.

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

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

618. III. Revocación unilateral y resolución. En el N° 174 vimos que el contrato puede dejar de producir efectos por la voluntad unilateral de alguna de las partes, y ello también puede depender de alguna condición, pero siempre que no sea el incumplimiento.

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

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

619. IV. Imposibilidad en el cumplimiento y resolución. Ambos se asemejan en que existe incumplimiento del deudor, pero mientras en la condición resolutoria tácita se debe al hecho o culpa de éste, en la imposibilidad en el cumplimiento, al caso fortuito o fuerza mayor (N° 592).

⁷³⁹ RDJ, T. 46, sec. 2ª, pág. 79, pero puede demandarse la resolución en subsidio de la rescisión: RDJ, T. 19, sec. 1ª, pág. 241. Véase ALESSANDRI, *De la compraventa...*, T. 2º, N° 1.635, pág. 498.

De ahí que en el incumplimiento imputable, el acreedor tiene una doble vía de acción: la resolución o el cumplimiento incluso forzado de la obligación, y en ambos la indemnización de perjuicios. En la imposibilidad no podrá pedirse el cumplimiento, puesto que precisamente se ha hecho imposible sin culpa o dolo del deudor, ni tampoco indemnización de perjuicios, porque ésta exige culpa o dolo, y aquí hay caso fortuito (Nº 1282).

Por otra parte, en la resolución, según veremos, el acreedor se inhibe de cumplir su obligación o pide la restitución si ya había pagado, mientras que en la imposibilidad es la teoría del riesgo la que determinará lo que ocurre en el contrato bilateral con la prestación que no se ha hecho imposible (Nº 1294).

Párrafo 5º

Los efectos de la resolución y críticas a la condición resolutoria tácita

620. Los efectos de la condición resolutoria. Referencia. Si bien existen varias clases de condición resolutoria, los efectos de ellas, sean ordinarias, tácitas, pacto comisorio simple o calificado, son los mismos. La mayoría ya están estudiados, y para los de la pendiente nos remitimos a lo dicho en el Nº 574, y de la fallida al Nº 575.

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

1º. La obligación de restitución del deudor condicional, y

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

Los estudiaremos en los números siguientes.

621. I. Restitución de la cosa. De acuerdo al Art. 1487, “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición”, con la salvedad ya señalada de que el acreedor puede renunciar a la resolución si ha sido puesta exclusivamente en su beneficio, pudiendo ser obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere.

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

1º. Los aumentos y mejoras pertenecen al acreedor, sin aumento de precio (Nº 568);

2º. Las disminuciones y deterioros los sufre el acreedor, sin tener derecho a rebaja alguna, salvo culpa del deudor (Nº 564);

3º. Si la cosa se ha perdido fortuitamente, no hay obligación, pero si es culpable, el deudor debe el precio y la indemnización de perjuicios (Nº 566);

4º. Los frutos producidos por la cosa pendiente la condición, son del deudor (Nº 565);

5º. Los actos de administración del deudor condicional quedan a firme (Nº 560, 4º).

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

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

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

Así lo dijo el Art. 1875, inc. 2º para la resolución de la compraventa por no pago del precio: "el comprador tendrá a su vez derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio", y así se ha fallado.⁷⁴⁰

⁷⁴⁰ RDJ, Ts. 21, sec. 1ª, pág. 172 y 65, sec. 2ª, pág. 39.

622. II. La resolución y las enajenaciones y gravámenes a terceros. Nuestro Código cuenta entre sus grandes méritos que, salvo algunos rípios de menor cuantía, se caracteriza por la excelente redacción de sus disposiciones, pero tal cualidad la perdió en los Arts. 1490 y 1491, que pasamos a estudiar. A través de los distintos Proyectos del Código se notan las vacilaciones de Bello entre la aplicación lisa y llana de retroactividad, solución que dio en un comienzo de su tarea (Nº 558), y la protección de los intereses de los terceros.

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

Pero, por otro lado, la retroactividad no es más que una ficción, y la verdad es que el contrato ha existido y el deudor ha sido poseedor o dueño, comportándose como tal, y de él proviene el derecho que invoca el tercero. De ahí que, finalmente, el legislador haya adoptado un criterio transaccional en los Arts. 1490 y 1491; no todas las enajenaciones y gravámenes quedan sin efecto, sino únicamente cuando el adquirente sabía o no podía menos que saber que el derecho de su causante estaba amenazado de extinción.

El legislador distingue la situación de los bienes muebles, a que se refiere el Art. 1490, de la de los inmuebles, reglamentados en el Art. 1491, diferente tratamiento para unos y otros que se da en todo el Código, y que es un resabio del derecho romano. En todo caso, aquí se justifica, pues para los segundos el sistema del Registro Conservatorio permite a los terceros enterarse de la situación de su tradente, mientras que en los muebles, por su fácil circulación y la rapidez de las transacciones es difícil que el adquirente pueda hacer tal averiguación. En todo caso, la idea en ambos es la misma: las enajenaciones y gravámenes quedarán sin efecto cuando el tercero sabía de la condición (Art. 1490) o debía saberla por constar en el título respectivo inscrito (Art. 1491).

El Art. 1876, en la resolución de la compraventa por no pago del precio; el 1882, en el pacto de retroventa, y el Art. 2416, en la hipoteca, se remiten expresamente a los Arts. 1490 y 1491.

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

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

663. A. Cuándo se aplican los Arts. 1490 y 1491 y derechos del acreedor. Antes que nada conviene tener a la mano el texto de las disposiciones:

Art. 1490: "Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe".

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

Existe una profunda división en la doctrina respecto a la interpretación de estos preceptos; en cuanto al alcance de las expresiones "debe una cosa a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria", que utiliza el Art. 1490, y "debe un inmueble bajo condición" del 1491, y en cuanto al derecho que otorgan respectivamente contra el tercero: de reivindicación el primero, y de resolución de las enajenaciones y gravámenes, el segundo.

Para algunos⁷⁴¹ estos artículos sólo se aplican en el caso de la condición resolutoria, pero no a la condición suspensiva ni al plazo. El Art. 1490 los menciona expresamente, y el Art. 1491, con una redacción un poco mejor, no se refirió expresamente a ellos, pero como habló de condición en general podría entenderse que comprende también a la suspensiva.

⁷⁴¹ ALESSANDRI, *Obligaciones*, pág. 179; Jorge GONZÁLEZ VON MARÉES, Los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, *RDJ*, T. 17, Primera Parte, págs. 69 y siguientes; ALESSANDRI, en *De la compra-venta...*, ob. cit., T. 2º, N°s. 1.767 y siguientes, págs. 809 y siguientes, sostenía otra posición.

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

Y si la ha enajenado mientras la condición estuvo pendiente, el acreedor condicional tiene derecho a reivindicarla en contra del adquirente, porque por la resolución, el dominio o posesión del deudor condicional vuelven a él como si nunca hubiera dejado de tenerlo; es por esta razón que el acreedor condicional puede reivindicar contra el tercero, y no porque la resolución afecte a éste (Nº 608).

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

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

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

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

Sin embargo, los preceptos que comentamos dan a entender que tendría este derecho; querría decir con ello que el acreedor condicional suspensivo quien sólo tiene un derecho eventual, una mera expectativa (Nº 572), quedaría colocado en mejor situación que el acreedor puro y simple, que sí tiene derecho. En efecto, si en el mismo anterior A vende a B sin modalidades el automóvil, y luego lo enajena a C, B no puede reivindicar contra C, porque B no es dueño mientras no opere el modo de adquirir: la tradición. Así lo comprueba el Art. 1817 en la compraventa: "si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero, será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá". En consecuencia, en los ejemplos propuestos, B sólo puede accionar en contra de A para que le efectúe la tradición (una vez cumplida la condición de radicarse en Santiago en el primero de ellos referente a la suspensiva), si ella es aún posible, o le indemnice la infracción del contrato en caso contrario. Resultaría absurdo, pues, aplicar los Arts. 1490 y 1491 a la condición suspensiva.

En cuanto al plazo, si éste es suspensivo la situación es igual a la anterior; no existe derecho real alguno que reivindicar si no ha operado la tradición; y si es extintivo, el que tiene la cosa es un mero tenedor de ella, como se desprende del Art. 1087, referente a las asignaciones testamentarias a día, pero aplicable a las obligaciones condicionales, según el Art. 1498. Dice aquél: "la asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario", y el usufructuario es mero tenedor de la cosa dada en usufructo, y si la enajena, hay venta de cosa ajena, inoponible al verdadero dueño; lo único que el usufructuario puede ceder es su derecho de usufructo.

Para esta interpretación, los Arts. 1490 y 1491, en consecuencia, están mal redactados y se refieren únicamente a la situación del que tiene o posee una cosa bajo condición resolutoria, que es quien ha adquirido un derecho real a la cosa, y puede enajenarla, y si su derecho se resuelve, puede verse afectado el de su adquirente.

Y para quienes así piensan, el Art. 1491 está también mal redactado en cuanto señala que puede resolverse la enajenación o gravamen del deudor condicional, como si la acción fuera real, y permitiera dirigirse contra el adquirente o titular del derecho real directamente por la vía de la resolu-

ción. Lo que procede contra ellos, como consecuencia de la resolución, es la reivindicación o una acción para obtener la cancelación del gravamen en la forma señalada en el N° 608, o al destacar el carácter personal de la acción resolutoria. Ello ha llevado a la Corte de Concepción justamente a decir que la situación es diferente en el Art. 1490 y en el 1491, y en el primero procede la reivindicación contra el tercero, y en el segundo la resolución contra éste.⁷⁴²

Luis Claro Solar,⁷⁴³ en cambio, considera plenamente acertada la expresión “debe una cosa mueble”, “debe un inmueble”; critica la posición antes expuesta, pues para él ambos preceptos se aplican en el caso de la condición suspensiva, y a la inversa estima que el Art. 1490 no es del todo correcto al hablar de reivindicación, sino que el que está en lo justo es el siguiente, al referirse a la resolución de la enajenación o gravamen, porque sólo por excepción procedería la acción reivindicatoria.⁷⁴⁴

La verdad es que las expresiones “deber una cosa”, si no fuesen correctas, no producen mayores inconvenientes, porque se entiende que se refieren al deudor que deberá restituir la cosa por el cumplimiento de la condición,⁷⁴⁵ pues

⁷⁴² *G.T.* de 1912, T. 2º, N° 1.007, pág. 507.

⁷⁴³ *Ob. cit.*, T. 10º, N° 136, pág. 148; N° 130, pág. 139.

⁷⁴⁴ La idea de Claro Solar es que en virtud de la retroacción de la condición aun la suspensiva produce este efecto tan enérgico de permitir al acreedor condicional algo que no puede hacer el puro y simple. Reconoce (pág. 139) que el Art. 1817 da otra solución, pero que sin él se produciría la resolución del derecho del tercero, por lo que tal sería la solución en otros contratos que no fueren la compraventa. Finalmente, el ejemplo que en la misma pág. pone del legado de especie condicional, enajenado por el heredero, es justamente erróneo, porque no lo debe el heredero, ya que se adquiere directamente del causante. El heredero vendió cosa ajena.

⁷⁴⁵ Por nuestra parte, creemos que si es justa la crítica al legislador por la expresión “resolverse la enajenación o gravamen” del Art. 1491 y por la referencia en el Art. 1490 a la condición suspensiva y al plazo, unida a la falta de especificación en el Art. 1491 respecto a qué condición se refiere, en cambio, revela una mala comprensión de la condición resolutoria la que se le formula por haber dicho “debe una cosa mueble” y “debe un inmueble”, en los Arts. 1490 y 1491, respectivamente.

Para así demostrarlo hay que pensar quién es el deudor y quién el acreedor condicional en la condición resolutoria. Vimos en el N° 541 que para el Código ésta es la que al verificarse extingue un derecho. Nada dijo el Art. 1479 respecto de la obligación, y por ello advertíamos que el concepto de ella requiere un análisis más detenido. También advertimos en el N° 549, a propósito de las condiciones meramente potestativas resolutorias que dependen de la sola voluntad

igualmente claro que tanto en el Art. 1490 como en el 1491, lo que ha querido decir el legislador es que el acreedor tiene derecho a dirigirse contra los terceros si se cumplen los requisitos de los preceptos. Lo que sí resulta inaceptable y crea todo el conflicto, es la referencia del Art. 1490 expresamente a la condición suspensiva y al plazo, y la comprensión implícita de la primera en el Art. 1491, porque realmente no pueden aplicárseles, por las razones ya señaladas.

624. B. Actos afectados por la resolución. El Art. 1490 sólo se refiere a las enajenaciones de la cosa, mientras que el 1491, amén de aquéllas, menciona a la hipoteca, censo o servidumbre.

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

del deudor que en nuestro concepto ellas son nulas, y que el ejemplo para demostrar lo contrario que se daba —la donación revocable— era erróneo, porque se confundía al acreedor con el deudor condicional resolutorio.

En nuestro concepto, el deudor resolutorio es aquel que al cumplirse la condición resolutoria tendrá obligación, y en tal sentido es obvio que sólo existe, desde el punto de vista de la deuda, condición suspensiva. Al cumplirse la condición resolutoria nace la obligación del que recibió la prestación de restituirla; ésta es la obligación que depende de una condición. Cumplida la condición resolutoria se extingue el derecho, como lo dice el Art. 1479, y así, si el comprador no paga el precio y se declara la resolución, pierde el derecho que tenía a la cosa, y entonces nace para él la obligación, que es la de restituir. Así lo pone perfectamente en claro el Art. 1487 —aplicable a toda condición resolutoria y no sólo a la tácita— que impone esta última obligación, cumplida que sea la condición resolutoria, a menos, agrega, que “ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente”, etc.

Éste es, pues, el acreedor condicional, aquel que en el evento de la condición resolutoria, podrá exigir la restitución, y el deudor quien tuvo la cosa mientras pendía aquélla y por haberse cumplido debe devolver. En consecuencia, es efectivo lo que dicen los Arts. 1490 y 1491: quien recibió una cosa bajo condición resolutoria la “debe”, pero la adeuda de la manera especial que impone toda condición, esto es, para el caso de ocurrir el evento previsto.

La confusión se produce porque en el acto sujeto a condición resolutoria quien en definitiva será el acreedor condicional, en el ejemplo de la compraventa, el vendedor, tiene deuda, entregar la cosa: esta obligación está también implicada por la condición resolutoria, porque si se produce la resolución, y aquélla no se ha cumplido, ya no se cumple, puesto que el contrato queda sin efecto. Pero no por ello el vendedor es, desde el punto de vista de esta deuda, deudor condicional, como lo revela el citado Art. 1487. Lo es, en cambio, de la obligación de restituir el precio si la resolución se produce por su propio incumplimiento de la obligación de entregar la cosa.

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

Queda sí al margen la prenda, porque de acuerdo al Art. 2406, si en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella, se extingue siempre el derecho real, indiferentemente a la buena o mala fe del acreedor prendario; si se aplicara el Art. 1490, únicamente se extinguiría para el de mala fe.

Respecto del Art. 1491, se ha fallado que se aplica aun en el caso de ventas forzadas⁷⁴⁶ lo que es lógico, pues el precepto no distingue.

625. C. Las enajenaciones y gravámenes quedan sin efecto respecto de los bienes muebles cuando el tercero está de mala fe. Ya hemos señalado que respecto de los bienes muebles, el Art. 1490 reconoce al acreedor condicional derecho contra terceros de mala fe, a contrario, ya que niega la reivindicación "contra terceros poseedores de buena fe".

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

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

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

Al respecto, existen tres aspectos que conviene destacar.

1º. Cuando se entiende que la condición consta;

2º. Dónde debe ella constar, y

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

⁷⁴⁶ RDJ, T. 45, sec. 1ª, pág. 324.

Veremos estos puntos en los números siguientes.

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

Se sostenía que sólo las condiciones expresas pueden constar en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública, pero no las tácitas, porque justamente no están declaradas. Dicho de otra manera, el Art. 1491 se aplica en la condición resolutoria ordinaria y en el pacto comisorio, pero no en la condición resolutoria tácita. En apoyo de esta opinión se agregaba que no sería lógico que el Código reglamentara dos instituciones iguales, como son la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio. ¿Cuál sería entonces el objeto de estipular la condición resolutoria tácita? Justamente, se decía, hacer constar la condición para los efectos del Art. 1491.⁷⁴⁷

Esta interpretación ha quedado abandonada en la doctrina⁷⁴⁸ y jurisprudencia⁷⁴⁹, por múltiples razones, de las cuales las más importantes son:

1º. De acuerdo al Diccionario de la Lengua, “constar” es ser cierta una cosa, y la condición resolutoria tácita evidentemente tiene este carácter de certeza, desde el momento que está establecida en el Art. 1489, y nadie puede alegar la ignorancia de la ley;

2º. El Art. 1876 se refiere a la condición resolutoria tácita en la compraventa y se remite expresamente a los Arts. 1490 y 1491 para determinar cuándo la resolución por el no pago del precio da derechos contra terceros poseedores. Si el Art. 1491 no se aplicara a la condición resolutoria tácita, no tendría objeto la referencia de aquél, y

3º. El Art. 1432 para que la resolución de la donación afecte a terceros, exige que la condición se haya expresado: en tal caso se usó el término “expresar”, por lo que no cabrían condiciones tácitas.

⁷⁴⁷ G. T. de 1865, N° 1.720, pág. 706. Según ALESSANDRI, ob. cit., pág. 182, sustentaba esta opinión Ruperto Bahamóndez.

⁷⁴⁸ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 182, y *De la Compraventa...*, etc., ob. cit., T. 2º, N° 1.773, pág. 823; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10, N° 135, pág. 144; FUEYO, ob. cit., T. 1º, N° 115, pág. 142.

⁷⁴⁹ Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 131, jurisprudencia del Art. 1491, N° 2-II, citando 14 fallos en el mismo sentido.

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

El título respectivo es el de quien tenía o poseía la cosa bajo condición resolutoria y la enajenó o gravó; la “debía”, según la expresión del Art. 1491. Por ejemplo: A vende a B un inmueble en \$ 500.000, de los cuales se quedan debiendo \$ 200.000; la venta se inscribe en el Conservador de Bienes Raíces, en el cual se deja constancia de la forma de pago, y en todo caso de la escritura pública de compraventa; si B, posteriormente, enajena el mismo bien raíz a C, y éste a D, el título “respectivo” no es el de éstos, sino el primero, el de B.

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

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

629. D3. ¿La constancia de la condición en el título implica por sí sola mala fe del tercero? Se ha debatido el problema de determinar si por el hecho de

constar la condición en el título respectivo inscrito debe considerarse que el adquirente se encuentra de mala fe, la que estribaría en haber sabido la existencia de la condición.

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

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

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

La C.S. resolvió que esta última era la solución, y, en consecuencia, no obstante constar la condición en el título respectivo, el tercero adquirente, si cumple los demás requisitos legales, puede excepcionarse con la prescripción adquisitiva ordinaria, y al reivindicante le corresponde probar su mala fe.⁷⁵⁰ Creemos que es la doctrina correcta, porque el hecho de constar la condición no implica que la haya conocido realmente el tercer poseedor.

630. Críticas a la condición resolutoria tácita. Decíamos al analizar esta institución que tuvimos dudas de tratarla dentro de las condiciones resolutorias (Nºs. 581 y sigtes.), pues en verdad corresponde a la teoría general del cumplimiento de la obligación y los derechos y acciones que tiene el acreedor en caso de incumplimiento, tema que trataremos en la parte siguiente de la presente obra.

⁷⁵⁰ RDJ, T. 45, sec. 1ª, pág. 325. En contra, ALESSANDRI, "De la compraventa...", ob. cit., T. 2º, Nº 1.772, pág. 819.

Ello sigue discutiéndose, porque además la tendencia general es a suprimir los contratos reales, extendiendo el campo de esta condición. Dijimos también, y lo mantenemos, que no es posible innovar mientras nuestra legislación, enseñanza del derecho, literatura jurídica, etc., de gran importancia en esta situación, prácticamente ocupe un lugar preponderante en la aplicación práctica de los derechos del acreedor.

Nos parece por ello impracticable efectuar en esta obra semejante cambio, y perjudicial en vez de aclaratorio. Para esto último dejo constancia en este párrafo de las siguientes prevenciones:

Adhiero absolutamente a que no estamos ante una condición resolutoria propiamente tal, porque si bien hay un hecho futuro e incierto, no es una modalidad, sino que una facultad más de las que el legislador provee al acreedor para exigir el cumplimiento de su contraparte, pero teniendo además la facultad de exigir el término del contrato, cuando el incumplimiento de dicha contraparte alcanza cierto nivel de importancia, y no como erróneamente ha ocurrido entre nosotros en que se ha solido aplicar la condición resolutoria tácita por detalles de poca importancia.

Hay toda una corriente crítica respecto a la institución como es hoy en día entre nosotros, lo que se agudiza cada vez que se abusa de ella en un afán incomprensible de proteger al deudor incumplidor, tendencia al cambio en que se menciona, entre otros, a Fernando Fueyo y Barros Bourie.⁷⁵¹

Coincidimos en que su ubicación es equivocada, pero que es imposible corregirlo sin cambiar toda la estructura del "Efecto de las Obligaciones".

Ello tampoco necesariamente importa reformar íntegramente como opera actualmente la institución, y la ligazón profunda que tiene ella con los contratos bilaterales y sus obligaciones principales, tal como ha sido reconocida en esta obra, pero sin llegar a los graves errores cometidos por algunos en la exigencia de que el acreedor que hace uso de la opción, haya estado llano a cumplir.

⁷⁵¹ Véase "El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condición de Procedencia de la Resolución por incumplimiento" por Álvaro R. VIDAL OLIVARES, publicado en *Estudios de Derecho Civil IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué 2008, por la Universidad Diego Portales, LegalPublishing, págs. 347 y siguientes.

Véase también "Estudio de Derecho Civil III", Valparaíso 2007, Editor Alejandro Guzmán Brito "La Crítica al Estado Actual de las sanciones al incumplimiento contractual" por CARLOS PARRA WILSON de la presente obra.

Desde luego, si su obligación todavía no se ha hecho exigible, obviamente que no puede exigírsele, sino que mantengan su posibilidad de cumplir.

Se ha discutido y criticado también que el deudor pueda pagar durante la demanda, pero lo verdaderamente perjudicial es lo que demoran los juicios de cobro en nuestro país, e igualmente los resolutorios.

No es tan claro el reproche por exigirse que haya culpa o dolo en el incumplimiento reclamado, pero esta dificultad es igual a la anterior: la demora de los juicios, pues la culpa contractual se presume.

Otros errores son, por ejemplo, la resolución por cosas minúsculas.

También destacamos la equivocada, a mi juicio, tendencia a negar que el acreedor puede limitarse a demandar el cumplimiento o la resolución para demandar sus perjuicios (Nº 605).

Todo ello ha agravado la situación de la institución, que no es sino una herramienta más para que el acreedor obtenga el cumplimiento de la obligación.

Sección Séptima *Obligaciones Modales*

631. Concepto y reglamentación. El Código no reglamentó las obligaciones modales, limitándose en el Art. 1493 a hacerles aplicables las disposiciones sobre asignaciones modales, esto es, los Arts. 1089 a 1096 (Párrafo 4º del Título 4º del Libro 3º). Y es muy lógico que así lo haya hecho, porque esta modalidad es más propia de las asignaciones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, esto es, de los actos a título gratuito.

El Art. 1089 no da una definición del modo, pero describe su forma más frecuente: "si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".

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

Referido a las obligaciones que no provengan de la donación o testamento es la aplicación especial que debe darse a la prestación recibida, pero será realmente poco frecuente, porque en materia de convenciones las partes recurrirán a otras figuras jurídicas, como la misma condición o la estipulación a favor de otro si es para un tercero el beneficio. Por ello nos referiremos muy brevemente a las disposiciones que gobiernan esta modalidad.⁷⁵²

632. Modo y condición. El citado Art. 1089 se apresura a señalar que el modo no constituye una condición suspensiva, y, en consecuencia, no suspende la adquisición del derecho. Agrega el Art. 1091 que para esta adquisición no es necesario prestar fianza o caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo.

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

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

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

633. Forma de cumplir el modo. El modo se cumplirá de la manera que las partes lo hayan estipulado; a falta de convención en cuanto al tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, podrá el juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de las partes, y dejando al deudor modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa (Art. 1094).

Si el deudor modal es un Banco, no rige la limitación de remuneración que señala el precepto (Art. 86, N° 6° del D.F.L. N° 3, de 19 de diciembre de

⁷⁵² Véase nuestro *Derecho sucesorio*, T. I, págs. 265, N° 342 y sigtes.; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10°, págs. 253, N° 218 y sigtes.; VODANOVIC, ob. cit., *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*, págs. 25 y sigtes.

1997, que fija el texto refundido de la Ley General de Bancos, D.F.L. N° 252 del año 1960).

Puede ocurrir que el modo sea imposible en la forma especial convenida por las partes, y en tal caso, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la substancia de la disposición y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados (Art. 1093, inc. 2°). Es otra diferencia con la condición, que no puede cumplirse por analogía (N° 555).

634. Incumplimiento y extinción del modo. El Código se coloca en el caso de imposibilidad o ilicitud del modo, y distingue tres situaciones:

1°. El modo es totalmente imposible, inductivo o hecho ilegal o inmoral o íntegramente ininteligible.

En tal caso no vale la disposición, dice el inc. 1° del Art. 1093; en consecuencia, sin necesidad de efectuar las distinciones de la condición, la imposibilidad total, física o moral, vicia toda la obligación.

2°. En caso de imposibilidad relativa, se cumplirá el modo por equivalencia, en la forma que vimos en el número anterior y que dispone el inc. 2° del precepto.

3°. Si la imposibilidad es sobreviniente, hay que distinguir según si ha habido hecho o culpa del deudor o no.

En este segundo caso, deja de cumplirse el modo, pero subsiste el beneficio recibido; lo que ha pasado es que la obligación modal se ha extinguido por imposibilidad en el cumplimiento (N° 1283).

Pero si hay dolo o culpa, se aplican las reglas del incumplimiento, y al respecto es preciso efectuar algunos distingos. En primer lugar, según si se ha convenido cláusula resolutoria o no.

1°. *No hay cláusula resolutoria.*⁷⁵³

Es necesario efectuar un subdistingo, según si la carga modal es en beneficio exclusivo del propio deudor modal, en cuyo caso no impone obligación alguna

⁷⁵³ Alessandri, ob. cit., pág. 19, estima que si se trata de un contrato bilateral, aun sin cláusula resolutoria, operaría la condición resolutoria tácita del Art. 1489.

(Art. 1092) o de un tercero, quien podrá pedir el cumplimiento forzado, o la indemnización de perjuicios según las reglas generales. Se aprecia, pues, que ella equivale en el fondo a una estipulación a favor de este tercero (Nº 131).

2º. Cláusula resolutoria.

De acuerdo al Art. 1090, se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo.

Como decíamos, difiere de la condición resolutoria tácita en que debe ser siempre expresa, salvo que la obligación modal corresponda a un Banco, en que ella se subentiende por disposición del Art. 86, Nº 6º de la Ley General de Bancos, ya citada.

Otra diferencia es que se restituyen la cosa y sus frutos, mientras el deudor condicional no está obligado a estos últimos (Nº 565).

La ley no ha señalado el término de prescripción de la obligación modal, por lo que corresponde aplicar la regla general del Art. 2515, y será de 5 años desde que la obligación se hizo exigible; para la resolución en el caso de la cláusula resolutoria se contará desde el incumplimiento.⁷⁵⁴

Finalmente, si fallece el deudor modal, el modo se transmite a los herederos siempre que para el fin que se hayan propuesto las partes sea indiferente la persona que lo ejecute (Art. 1095).

⁷⁵⁴ RDJ, T. 15, sec. 1ª, pág. 601.