hemos recogido en esta edición. Tan solo, para señalar algún ejemplo, ha señalado la importante evolución en cuanto al carácter principal de la acción de perjuicios que, hasta no hace tanto, era concebida en materia contractual sólo como accesoria de las acciones de cumplimiento o de resolución; también se señala la evolución habida en materia de daño extra patrimonial en la responsabilidad contractual y se ha recogido también los debates jurisprudenciales en torno a la interrupción civil de la prescripción extintiva, por no citar sino tres ejemplos notorios.

Las Obligaciones de don René mantiene su carácter de manual útil para prácticos del Derecho Civil y especialmente para los estudiantes de Derecho, teniendo presente lo que sobre ellas afirmara el ilustre español Federico Puig Peña en cuanto a comparar el derecho de las Obligaciones a “una planta que extiende sus raíces por todas las partes del derecho privado: en el derecho de familia, en los derechos reales, en el derecho de sucesiones, nos encontramos a cada paso con relaciones de obligación”.

Agradecemos a la Editorial Thomson Reuters la acogida que ha dado a esta cuarta edición *De las Obligaciones* del profesor Ramos y esperamos que en un futuro próximo podamos cumplir con la voluntad de don René de mantener vigente otra de sus obras.

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA
Profesor Emérito
Universidad de Concepción

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

PRIMERA PARTE

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

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

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

3.- Diferencias entre derechos reales y personales. La doctrina clásica contraponen los derechos reales a los personales, destacando varias diferencias:

a) En los derechos reales existe una relación de persona a cosa; en cambio, en los personales, la relación es entre dos sujetos determinados: acreedor y deudor;

b) En cuanto al contenido: los derechos reales confieren un poder jurídico inmediato sobre la cosa; en cambio, en los derechos personales, el titular (acreedor) sólo puede obtener el beneficio correspondiente mediante un acto del obligado (deudor);

c) En cuanto a la forma de adquirir ambos tipos de derechos. Los reales se adquieren por la concurrencia de un título y de un modo de adquirir. En cambio, en los derechos personales basta el título;

d) Los derechos reales —se dice— son derechos absolutos “en cuanto al titular le corresponde una acción persecutoria y restitutoria, dirigida al reintegro de la cosa y ejercitable frente a terceros...”.¹ Los derechos personales, en tanto, son derechos relativos porque sólo se pueden exigir del deudor;

e) En lo relativo a su ejercicio, “la diferencia se presenta en un doble aspecto: en los derechos reales, el hecho de recaer directamente sobre cosas hace que permitan una ilimitación que no puede darse en los derechos de obligaciones, habida cuenta de la presencia de la persona del deudor; y, en otro aspecto, los derechos reales se consolidan o reafirman a través de su ejercicio, en contraste con los de obligaciones, en los que el ejercicio, mediante el cumplimiento o pago, lleva aparejada la extinción”.²

f) En lo que se refiere a su contravención, los derechos reales pueden ser violados por cualquiera, no así los personales, que sólo pueden serlo por el deudor;

g) Finalmente, se argumenta que los derechos reales sólo los puede crear la ley (“*numerus clausus*”), quedando inhibidas las partes de establecerlos, situación totalmente distinta a la de los derechos personales en que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden generar cualquier tipo de derecho personal sin más limitación que la ley, el orden público o la moral (“*numerus apertus*”).

4.- Críticas a la concepción clásica. La concepción clásica que acabamos de enunciar, que diferencia con nitidez los derechos reales y personales, es objeto de fuertes críticas.

No es cierto, se argumenta, que en los derechos reales exista un solo sujeto, su titular, pues también hay un sujeto pasivo constituido por la colectividad toda, en cuanto sus integrantes tienen la obligación de abstenerse de ejecutar cualquier acto que perturbe o impida el ejercicio del derecho.

¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de Obligaciones*, Ed. Ceura, Madrid, 1983, p. 22.

² HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 23.

Planiol y Ripert explican que “el derecho real debe, pues, concebirse bajo la forma de una relación obligatoria, en la cual el sujeto activo es simple y está representado por una sola persona, mientras que el sujeto pasivo es ilimitado en número y comprende a todas las personas que están en relación con el sujeto activo”.³ La situación es todavía más clara, se agrega, en los derechos reales limitados que constituyen desmembración del dominio, pues estos derechos deben ejercerse sin perturbar el derecho de propiedad.

Tampoco es efectivo que en los derechos reales exista una relación de persona a cosa, pues siempre las relaciones jurídicas se dan entre personas, ya que todos los derechos y deberes conciernen a las personas y afectan su comportamiento. Sin embargo, no debe desconocerse que las cosas tienen un significado distinto en los derechos reales y personales; son fundamentales en los primeros, en tanto que pueden faltar en ciertas obligaciones, como ocurre con las de hacer y no hacer. Las cosas sólo integran el objeto de las obligaciones de dar.

En cuanto a que los derechos reales sean perpetuos y los personales eminentemente transitorios, no constituye una diferencia esencial, desde que ello sólo sería así en el derecho de propiedad —y todavía con la salvedad de que existen propiedades transitorias, como la propiedad fiduciaria— pero no lo es en algunos derechos reales, como el caso del usufructo, que siempre está sujeto a un plazo (artículo 770 Código Civil).

Los derechos reales son absolutos, en cuanto confieren a su titular un derecho de persecución, que se hace valer de un modo igual ante cualquiera. No ocurre lo mismo en los derechos personales que sólo se puede ejercer respecto del deudor, de sus herederos y causahabientes.

5.- Concepto de obligación. Tradicionalmente se define la obligación como el vínculo jurídico entre dos personas determinadas —deudor y acreedor— en virtud del cual el primero se encuentra en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo en favor del segundo. A. von Tuhr explica que se da el nombre de obligación “a la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas —el deudor, *debitor*— se constituye en el deber de entregar a la otra —acreedor, *creditor*— una

³ PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Cádiz Edit., México, 1991, T. III, N° 2160, p. 22.

prestación". Y agrega: "Enfocada desde el punto de vista del acreedor, la obligación implica un crédito; para el deudor, supone una deuda".⁴

Que se trate de un vínculo jurídico significa que nos encontramos ante una relación protegida por el derecho objetivo, lo que hace la diferencia entre obligación y otros deberes, como los morales. De esta forma, si el deudor no cumple con su prestación puede ser compelido a hacerlo, respondiendo no con su persona —como acontecía en el antiguo Derecho Romano— sino con su patrimonio. Sobre el particular, el artículo 2465 del Código Civil expresa que "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618" (y c. 1º). De manera que cuando se contrae una obligación el deudor está respondiendo de su cumplimiento con todo su patrimonio, lo que se denomina "Derecho de Prenda General", denominación inadecuada, pues no hay propiamente un derecho de prenda, que es un derecho real. Este nombre sólo tiene el valor de una metáfora.

Hay dudas sobre el momento en que se produjo este cambio tan fundamental pasándose de la responsabilidad personal a la patrimonial. Según la versión más divulgada, proveniente de Tito Livio (Historia Romana, Libro VIII) ello ocurrió en el año 326 antes de Cristo, con la Ley Poetelia Papiria. Según Varrón, este cambio habría ocurrido con posterioridad, habiéndose incorporado por el Derecho Pretorio en el siglo I antes de Cristo.⁵

Como observa Fueyo, tradicionalmente las definiciones que la doctrina ha dado de la voz obligación tienen en común la subordinación del deudor hacia el acreedor, en un plano inclinado en que los derechos son todos del acreedor, y los deberes corresponden todos al deudor". Agrega que la tendencia actual es a corregir este criterio absolutista, reconociéndose derechos al deudor y la imposición de deberes al acreedor. Ello lo lleva a definir la obligación como "una relación de derecho entre dos o más personas, en cuya virtud una parte tiene el deber jurídico de satisfacer una prestación determinada en favor de otra, a la vez que el derecho a que el poder del acreedor no se exceda en sus límites, y a ser liberada al tiempo

⁴ VON TUHR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1934, T. I, p. 1.

⁵ VODANOVIC, Antonio, *Derecho de Obligaciones*, Eds. Periodísticas y Estadísticas, Santiago, 1970, pp. 21-22.

del cumplimiento, y la otra parte la facultad de exigir tal prestación, aun coercitivamente, a la vez que el deber de no excederse en su pretensión".⁶

6.- Elementos constitutivos de la obligación. Se discute en doctrina sobre lo que en esencia constituye la obligación. Para algunos, consiste en el deber del deudor de observar un determinado comportamiento frente al acreedor. En este sentido toda obligación importa una restricción de la libertad del deudor (sin que pueda llegar a eliminarla) y una extensión de la libertad del acreedor, situación a la que se pondrá fin con el cumplimiento de la obligación. Si el deudor no cumple, el acreedor hará efectivo su crédito en el patrimonio de aquél, pero esta afectación de los bienes del deudor no forma parte de la obligación ni ocupa un lugar en la estructura de ésta (Hernández, ob. cit., p. 66). El incumplimiento de la obligación genera un ilícito que hace nacer una nueva obligación: la de indemnizar. "Esta obligación de indemnizar es nueva y no una fase de la precedente incumplida".⁷

Frente a esta concepción se alza otra que pone el acento en la responsabilidad del deudor. De acuerdo a ella, lo que en esencia constituye la obligación es el hecho de que el patrimonio del deudor quede afecto a su cumplimiento. No es el deber lo esencial en la obligación, pues es posible su incumplimiento. Según esta tesis, el derecho de crédito recae sobre el patrimonio. "La posición del deudor en el seno de la relación obligatoria queda reducida, o a tolerar (*patis*) que el acreedor realice su derecho, o a desplegar un comportamiento que evite la actuación del acreedor por el cauce de la ejecución forzada. Pero la esencia de la obligación se encuentra siempre en ese resultado final a que tiende y en el que se materializa el derecho del acreedor: quedar satisfecho, no ya subordinado o a través de la eventual conducta del deudor, sino con cargo, a expensas de su patrimonio".⁸

Se puede observar que ambas concepciones se fundan en forma diferente. La primera, la del deber, se apoya en una base ética —persona, conducta—, en tanto la segunda, la de la responsabilidad, es una tesis elaborada sobre una base económica-patrimonio resultado.

⁶ FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, N° 7, pp. 18-19.

⁷ HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 66.

⁸ HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pp. 66-67.

Como señala Hernández Gil, “las posiciones antitéticas en que se colocan las dos concepciones de la obligación examinadas, se superan a través de otras fórmulas: una es la cifrada en sostener que el concepto de la obligación, unitariamente entendido, comprende tanto el deber de prestación (deuda) como el sometimiento del patrimonio del deudor al derecho del acreedor (responsabilidad); y otra es la que, rompiendo con la unidad conceptual de la obligación, proclama la existencia autónoma de la deuda y la responsabilidad, las cuales pueden, sí, yuxtaponerse, pero también presentarse independientemente”.⁹

Desde un punto de vista práctico puede ser importante la diferencia conceptual de que se viene tratando, para explicar, por ejemplo, la naturaleza de las obligaciones naturales. En ellas habría una deuda (deber), pero faltaría el elemento responsabilidad, desde que el acreedor no podría obtener el cumplimiento coactivo de ese deber en el patrimonio del deudor. Esa explicación podría resultar más razonable que la clásica de entenderlas como obligaciones civiles imperfectas o desprovistas de acción. También podría aclarar la naturaleza de la fianza en que el fiador, no obstante no ser deudor, asumiría la responsabilidad por una deuda ajena. Esto último es más discutible pues el fiador también es deudor si bien, no del mismo grado del deudor principal, como lo deja de manifiesto el artículo 2335 al definir la fianza señalando que en ella “una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”.

7.- Sujetos de la obligación: acreedor y deudor. Los sujetos de toda obligación son el acreedor y el deudor. El acreedor que es el titular del derecho personal o crédito en virtud del cual puede exigir del deudor una determinada prestación. El deudor es quien debe dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor.

En los contratos bilaterales —aquellos en que las partes se obligan recíprocamente (artículo 1439)— ambas partes tendrán el carácter de acreedoras y deudoras, de sus respectivos derechos y obligaciones.

Los dos sujetos tienen que ser personas determinadas o a lo menos determinables. En doctrina se discute si es indispensable para el nacimiento del derecho y de la correlativa obligación que el sujeto exista con anterioridad. Hernández Gil afirma que “la radical inesencialidad de los sujetos

⁹ HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 69.

no es admisible, pues supondría, entre otras cosas, una total alteración del sistema de los derechos subjetivos, de su ordenación y protección”. Pero agrega que “es muy posible que en ciertas fases del desarrollo de la obligación haya un sujeto no plenamente determinado”.¹⁰ Es lo que ocurre, nos parece, en las obligaciones *propter rem*, que luego estudiaremos. También podría ser el caso de la oferta del pago de una recompensa al que hallare una especie extraviada (artículo 632 inciso 2º), en que el acreedor va a ser la persona que acepte tal recompensa, si bien en este caso es discutible si la obligación nace con la oferta o cuando ésta es aceptada.

Tanto el deudor como el acreedor pueden ser una o varias personas, desde que, de acuerdo al artículo 1438, cada parte de un contrato puede ser una o muchas personas.

Frente a la concepción clásica que entiende la obligación como una relación de dos personas, acreedor y deudor, surgen doctrinas nuevas, que ven más bien una relación de patrimonios. Gaudemet expresa “Originalmente es la persona la que debe a la persona; hoy es el patrimonio el que debe al patrimonio”. Y Polacco enseña: “En las obligaciones, en vez de una voluntad vinculada a otra, existe un vínculo entre dos patrimonios, considerados como personalidades abstractas”.¹¹

8.- Del objeto de la obligación. El objeto de la obligación es la prestación a que se obliga el deudor. Consiste en un determinado comportamiento, positivo o negativo, que éste asume a favor del acreedor. Empleando el lenguaje del artículo 1438, es lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer. En las obligaciones de dar y en las de entregar, la cosa que debe darse o entregarse se incorpora al objeto de la obligación, de tal suerte que si el deudor no cumple, el acreedor va a perseguir justamente esa cosa. Y esto es relevante, pues, como dice un autor, “importantes categorías de obligaciones como las específicas y las genéricas, las divisibles e indivisibles, son en gran medida proyección de la naturaleza de las cosas”.¹²

9.- Características de la prestación. La prestación debe reunir las siguientes características:

a) Debe ser física y jurídicamente posible,

¹⁰ HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 93.

¹¹ Cit. por FUEYO, ob. cit., p. 31.

¹² HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 102.

b) Debe ser lícita,

c) Debe ser determinada o a lo menos determinable.

Que sea posible quiere decir que se debe poder realizar. En caso contrario nos encontramos ante la imposibilidad de la prestación, que puede ser absoluta, cuando la prestación no puede cumplirse bajo ningún respecto, o relativa, cuando objetivamente no hay imposibilidad pero para el deudor no es realizable la prestación.

Que la prestación sea lícita significa que no debe estar prohibida por la ley ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1461 inciso 3°).

Que sea determinada, importa decir que la prestación tiene que estar precisada, identificada, y que sea determinable significa que pueda llegar a definirse sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes (así ocurre, por ejemplo, en las obligaciones alternativas, artículos 1499 y siguientes). El artículo 1461 refiriéndose a las obligaciones de dar (o de entregar), nos dice que cuando lo que se debe es una cosa “la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla” (inciso 2°).

10.- Para que exista obligación ¿debe la prestación tener contenido patrimonial (pecuniario)? Savigny y algunos juristas pertenecientes a la escuela histórica, así lo entendieron. De esa forma, el derecho de las obligaciones venía a ser esencialmente un derecho patrimonial. Así ocurría también en el derecho romano, en que se consideraba de la esencia de la obligación el que la prestación tuviera un valor pecuniario o económico.

A partir de mediados del siglo 19, algunos autores —Scialoja, Castán, Ruggiero, Messineo, Puig Peña, entre otros— comienzan a distinguir entre “la prestación en sí” y “el interés del acreedor”. La primera debe tener siempre un contenido patrimonial pues, en caso contrario, no se podría ejecutar la obligación en el patrimonio del deudor; no así el interés del acreedor que puede ser patrimonial, moral, humanitario, científico o artístico. Ruggiero es particularmente claro: “Es indudable que nada impone la necesidad de un interés económico en el acreedor; puede tal interés ser de índole afectivo, moral, ideal, bastando que sea serio, lícito y digno de protección jurídica”. Otra cosa es que el objeto de la prestación deba tener un contenido económico, ser susceptible de una valoración patrimonial. De otro modo no se daría la posibilidad de realizarse en caso de incumplimiento con el patrimonio del deudor, y vendrían incluidas en el concepto

jurídico de obligación una serie de obligaciones que, aun contrayéndose diariamente en la vida social, ninguno piensa hacerlas valer mediante la coacción judicial”.¹³

En términos muy parecidos, Hernández Gil afirma que el Derecho de Obligaciones es eminentemente patrimonial, pero “los intereses económicos aparecen a veces vinculados a otros que no lo son e, incluso, pueden presentarse en ocasiones intereses no propiamente económicos como objeto de la relación jurídica obligacional” y agrega, “precisamente la superación del plano del interés económico marca una directriz en la evolución del Derecho Civil. En el Derecho Civil se proyecta la persona en su entera dimensión, y no sólo las facetas económicas de su actuación”. Pone, como ejemplo, el Derecho del Trabajo señalando que “en la relación de trabajo tienen cabida y hasta primacía los intereses nítidamente personales, morales y sociales, como modo de proteger la dignidad humana del trabajador”.¹⁴ Da otros ejemplos: la indemnización del daño moral; el derecho del arrendador a poner término al contrato cuando el arrendatario desarrolla en el local arrendado una actividad inmoral, peligrosa, insalubre o notoriamente incómoda.

Lacruz Berdejo estima que “si el Derecho tutela intereses extrapatrimoniales, y también en el campo de las obligaciones, en él, cuando tales intereses se resuelven en una prestación de imposible valoración económica directa, tampoco podemos negarles la protección del ordenamiento”. Y, más adelante agrega: “si negamos la validez de una obligación por el hecho de faltarle contenido económico, limitamos arbitrariamente la autonomía de la voluntad y dejamos sin juridicidad un posible elenco de deberes extrapatrimoniales capaces de cumplimiento voluntario”.¹⁵

¹³ DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1944, T. II, Vol. 1°, p. 18.

¹⁴ HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 115.

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, Bosch, Barcelona, 1977, Vol. 1°, p. 34.

CAPÍTULO SEGUNDO FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

11.- Concepto. Se han definido las fuentes de las obligaciones “como los hechos jurídicos que dan nacimiento, modifican o extinguen las relaciones de derecho y las obligaciones” (Fernando Fueyo).¹⁶ En forma más escueta, Stitckin nos dice que “se llaman fuentes de las obligaciones los hechos jurídicos que les dan origen.”¹⁷

12.- Clasificación. El artículo 578 del Código Civil, al definir los derechos personales o créditos, hace una primera distinción, al expresar que éstos sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas. De esta forma, las fuentes serían: un hecho del deudor y la ley.

Pero como el hecho del deudor cubre distintas hipótesis —a) que importe un acuerdo de voluntades (contrato); b) que sea un hecho voluntario, lícito, no convencional (cuasicontrato, artículo 2284); c) que constituya una conducta negligente que cause daño a otro (cuasidelito civil, artículo 2284), o d) que se trate de un hecho doloso que cause daño a otro (delito civil, artículo 2284)—, el artículo 1437 ha precisado que: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o

¹⁶ FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, T. IV, De las Obligaciones, Imp. y Lit. Universo, Santiago, 1958, Vol. I, N° 15, p. 42.

¹⁷ STITCKIN BRANOVER, David, *Derecho Civil*, Ed. Universitaria, Santiago, 1948, T. I, N° 19, p. 13.

daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de familia”.

En resumen, para nuestro Código Civil, las fuentes de las obligaciones son:

- a) El contrato;
- b) El cuasicontrato;
- c) El delito;
- d) El cuasidelito, y
- e) La ley.

Cabe agregar que ya el Digesto señalaba como las fuentes de las obligaciones a los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Posteriormente, los glosadores añadieron una quinta categoría: la ley.

Esta clasificación de las fuentes ha llegado a ser clásica. Sin embargo, es objeto de fuertes críticas.

13.- Críticas a la clasificación anterior. Son varias las observaciones que se hacen a la clasificación recién señalada. Por una parte, la noción de cuasicontrato tiene detractores, pues o hay acuerdo de voluntades y en ese caso hay contrato, o no lo hay y, en tal supuesto, la obligación sólo puede tener su origen en la ley.

Según una opinión muy generalizada, sólo la voluntad y la ley pueden generar obligaciones. En los cuasicontratos, los delitos o cuasidelitos, las obligaciones nacen porque así lo establece la ley. Sin embargo, siguiendo la misma lógica, habría que concluir que también en el caso de los contratos éstos generarían obligaciones porque así lo establece la ley, con lo que las fuentes quedarían reducidas exclusivamente a esta última.¹⁸

14.- La voluntad unilateral como fuente de la obligación. A mediados del siglo 19 surgió en la doctrina alemana (Kuntze y Siegel), la idea de que una persona pudiera resultar obligada por su sola manifestación de voluntad. Siegel lleva las cosas al extremo de sostener que “la voluntad unilateral es la fuente única de todas las obligaciones creadas por los par-

¹⁸ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, Obligaciones T. I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976, 4ª edición, N° 13, pp. 22-23.

ticulares. Hasta el contrato, según él, se disociaría en dos actos distintos, y cada parte se obligaría por un acto único de su sola voluntad.¹⁹

Conviene precisar lo que se entiende por voluntad unilateral como fuente de la obligación. En opinión de Lacruz Berdejo “es la que contrae un sujeto mediante su mera manifestación de querer obligarse” y este autor hace presente que “no debe confundirse, por tanto, con las obligaciones que nacen de otras actuaciones personales y voluntarias, no dirigidas exclusivamente a la creación de una deuda, como la del gestor o la de quien causa daño culpable a otro. Ni tampoco con los actos unilaterales encaminados a la conclusión de un contrato, como la oferta: la proposición puede vincular al oferente a mantenerla un plazo razonable, pero él, al formularla, no piensa en esa vinculación transitoria, sino en llegar al acuerdo contractual del que nacerán las obligaciones realmente queridas. En la oferta, la aceptación por el acreedor crea una deuda inexistente, y no retrotrae sus efectos al día de la declaración unilateral; mientras una verdadera obligación contraída por mera declaración unilateral vincula desde el primer momento al declarante sin necesidad de aceptación, y correlativamente se inserta desde entonces, como un valor activo, en el patrimonio del acreedor...”²⁰

Los autores franceses se resistieron en un comienzo a aceptar que la manifestación unilateral de voluntad pudiera ser fuente de las obligaciones, pues estimaban indispensable un acuerdo de voluntades pero, finalmente, terminaron aceptando la innovación, en razón de que en los textos positivos se encuentran casos de obligaciones generadas por la sola voluntad del deudor.²¹ Así ocurre, entre nosotros, con los artículos 632 inciso 2° del Código Civil (promesa de recompensa al que denuncie el hallazgo de una especie al parecer perdida); y con el artículo 99 del Código de Comercio (caso del oferente que se obliga a no disponer de la cosa sino pasado cierto tiempo o de desechada la oferta). Los autores destacan la paradoja que significa que la fuerza vinculante de voluntad unilateral no coincida con el apogeo del dogma de la autonomía de la voluntad. Es —dice Hernández Gil— “un logro posterior que se abre paso en el período de rectificación y crisis del dogma de la autonomía, el cual, partiendo, claro es, del poder de la voluntad, hacía recaer su eficacia jurídica no tanto en ella misma cuanto

¹⁹ Cit. por DE DIEGO, J. Clemente, *Instituciones de Derecho Civil español*, Impr. J. Pueyo, Madrid, 1959, T. II, p. 87.

²⁰ LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 75.

²¹ BORDA, ob. cit., N° 216, pp. 25-29.

en el pacto libremente concertado".²² Explica este autor, que "la tesis se ha instaurado, no sobre bases psicológicas de signo voluntarista, sino a virtud principalmente de consideraciones sociológicas y sistemáticas, seguridad jurídica; respeto a la buena fe".²³

Si bien se puede admitir que la voluntad unilateral sea fuente de obligaciones, debe entenderse naturalmente que "esa obligación llegará a ser eficaz cuando alguien adquiera la calidad de acreedor, para lo cual será necesaria también su voluntad, desde que nadie puede adquirir derechos contra y, ni siquiera, sin su voluntad".²⁴ Este autor agrega que "puede observarse que si la obligación nació, es porque ha nacido también el correlativo derecho, porque no se concibe una obligación sin el derecho correspondiente (lo que sólo falta es el sujeto acreedor)".²⁵ Pongamos un ejemplo: si yo ofrezco una recompensa de \$ 50.000 a quien encuentre mi perro extraviado, nace mi obligación de pagar esa suma a la persona que, cumpliendo la condición, se presente a cobrarla. Esa obligación supone la existencia de un acreedor, que yo desconozco, pero que existe y que sólo se va a determinar cuando se presente a cobrar la recompensa.

En algunos códigos se reconoce valor vinculante a la promesa unilateral. Así ocurre con los códigos alemán (657 y siguientes y 793), Código Suizo de las Obligaciones (artículos 8° y 846 y siguientes), brasileño de 1919 (artículos 1056 y siguientes), mexicano de 1928 (artículos 1860 y siguientes), italiano de 1942 (artículos 1987 y siguientes). En cambio, el código portugués sienta el principio de que la promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos en la ley.²⁶ En el mismo sentido del código portugués, el peruano de 1984, artículo 1956: "Por la promesa unilateral el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona" (inciso 1°)

²² HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. N° 84, pp. 246 y ss.

²³ Sobre este punto puede verse: HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. N° 84, pp. 246 y ss.; BORDA, ob. cit., N° 16, pp. 25 y ss.; FUEYO, *Derecho Civil*, ob. cit., T. IV, Vol. I, N° 27, pp. 53 y ss.; STITCHKIN, ob. cit., N° 40, pp. 24 y ss.

²⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 130. Véase también: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 96 (1999), Primera parte, p. 91.

²⁵ PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., p. 130.

²⁶ Cit. por CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Tercero, Derecho de Obligaciones, 12ª edición, Ed. Reus S.A., Madrid, 1978, p. 90.

y en seguida en el artículo siguiente expresa "La promesa unilateral sólo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas".

Castán Tobeñas, después de un cuidadoso estudio de las diferentes opiniones, concluye "que la doctrina de la declaración unilateral de voluntad cuenta cada día con mayor número de partidarios".²⁷ Más adelante y al analizar el problema en el Derecho español afirma que "la posición dominante —en el Derecho español— parece rechazar, en tesis general, la fuerza obligatoria de la voluntad unilateral; pero la admite excepcionalmente y piensa que, entre los varios casos que se citan y que, por lo común, admiten otras explicaciones, los más probables e importantes, por ser constantes en la práctica, son los de promesas públicas de recompensa y concurso con premio".²⁸

15.- En Chile, ¿se acepta la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones? La idea dominante es que el Código Civil —salvo la situación excepcional del artículo 632 inciso 2°— no acepta la voluntad unilateral, como fuente de obligaciones. Se fundamenta esta opinión en el hecho de que Bello siguió la doctrina de Pothier recogida en el Código de Napoleón, quien manifestó con claridad su pensamiento: "No puedo por mi promesa conceder a alguno un derecho contra mi persona hasta que su voluntad concorra para adquirirlo por la aceptación que haga de mi promesa".

Sin embargo, hay quienes piensan de manera distinta. Así, por ejemplo, Enrique Rodríguez,²⁹ en su memoria de prueba afirma "que el artículo 1437 del Código de Bello no dice que los únicos hechos voluntarios de la persona que se obliga son los cuasicontratos y la aceptación de una herencia o legado, sino que expresa que tales actos son especies del hecho voluntario de la persona que se obliga y del cual pueden nacer obligaciones. La palabra "como" (empleada en ese artículo) equivale a "por ejemplo"; luego, la declaración unilateral de voluntad podría tener cabida en esa disposición, puesto que aquélla es precisamente un hecho voluntario de la persona que

²⁷ CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 90.

²⁸ CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., pp. 93-94.

²⁹ RODRÍGUEZ, Enrique, "El contrato unilateral de promesa y la promesa como declaración unilateral de voluntad", Memoria de Prueba, Ed. Universitaria, Santiago, 1958, N° 35, p. 49, citado en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Civil, T. V, edición de 1997. Daniel Peñailillo también acepta esta fuente.

se obliga. Y nótese, todavía, que algunos autores (Colin y Capitant) dan como una de las hipótesis de obligación unilateral el ejemplo que pone nuestro Código de la aceptación de una herencia: habría obligación unilateral en la medida que el heredero, por el hecho de esta aceptación llega a ser deudor pasivo de la sucesión". Daniel Peñailillo también acepta esta fuente, afirmando que el debate debe trasladarse a la amplitud del principio.³⁰

La jurisprudencia nacional en forma reiterada ha sostenido que no hay más fuentes de obligaciones que las que indica el artículo 1437. No obstante, hay fallos relativamente recientes que aceptan que la sola voluntad del deudor pueda ser fuente de obligaciones. Así, se ha fallado que "el documento negociable como título de crédito llamado pagaré es un acto jurídico en que una persona, por su sola voluntad y sin someterse a condición, se reconoce deudora de otra por un monto determinado o determinable de dinero. La obligación, la deuda, surge desde el momento en que se formula una declaración documental en dicho sentido, sin que sea necesaria —para su validez— la aceptación del beneficiario, ni que se exprese la razón o motivo que indujo a suscribir tal título de la obligación".³¹ Otro fallo había sostenido que "hay actos unilaterales que no son delitos, cuasidelitos ni cuasicontratos y que obligan a quien los ejecuta".³² Y recientemente otra sentencia de la Corte Suprema ha expresado que "la declaración unilateral de voluntad, conocida también como promesa unilateral, forma parte de aquellas fuentes voluntarias de obligaciones, en que el deudor se obliga, sea con acuerdo del acreedor, en cuyo caso se estará en presencia de un contrato, o bien por su sola voluntad que lo transforma en deudor, sin intervención de la de otro".³³

16.- Otras fuentes doctrinarias. Se señala por algunos autores, que también se pueden considerar como fuentes de las obligaciones, al enriquecimiento sin causa,³⁴ la protección de la apariencia, el respeto a la

³⁰ PEÑAILILLO, ob. cit., p. 136.

³¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 85 (1988), sec. 1ª, p. 104.

³² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 68 (1971), sec. 1ª, p. 217. Sobre la materia recomendamos ver notas a las sentencias recién citadas en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Civil, T. V, edición 1997, pp. 14-15.

³³ Corte Suprema, 11 de enero de 2011, Rol N° 5484-2009, "Banco Bice con Inmobiliaria e Inversiones El Pellín Limitada y otros", Id. CL/JUR/9377/2011, Cons. 9°.

³⁴ PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., p. 129. En la jurisprudencia: Corte Suprema, 3 de septiembre de 2018, Rol N° 42998-2017, "Ninfa Campos Maturana con Tesorería Regional de la Serena", Id. CL/JUR/4919/2018.

buena fe, etc. No lo pensamos así, creemos que se trata únicamente de principios orientadores de la legislación. En esos casos la fuente es la ley. Así, por ejemplo, el repudio al enriquecimiento sin causa sirve de fundamento a instituciones como las recompensas en la sociedad conyugal (artículos 1725 N°s. 3 y 4, 1734, 1740), o a la obligación de restituir lo no debido (artículo 2300). Otros casos los encontramos en los artículos 668, 669, 907, 908, 909, 910, etc.

El respeto a la buena fe sirve de sustento a disposiciones como los artículos 122, 1546, 1576, 2301, 2302, 2303, etc.

El respeto a la apariencia es el fundamento del error común e inspira varias disposiciones (310, 312, 313, 1490, 1491, 1576 inciso 2°, 1739, 2173, etc.).

CAPÍTULO TERCERO CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

PÁRRAFO I DIVERSAS CLASIFICACIONES

17.- Clasificación de las obligaciones. Las obligaciones admiten diferentes clasificaciones:

1. Atendiendo a su eficacia: obligaciones civiles y naturales.
2. Atendiendo al objeto o prestación:
 - a) Según la forma: positivas y negativas;
 - b) Según la determinación del objeto: de especie o cuerpo cierto y de género;
 - c) Según el contenido de la prestación: de dar (entregar), de hacer y no hacer;
 - d) Obligaciones de dinero y obligaciones de valor.
 - e) Según el número de cosas que integran la prestación: de objeto singular y de objeto plural (de simple objeto múltiple, alternativas y facultativas).
3. Atendiendo al sujeto:
 - a) De unidad de sujetos;
 - b) De pluralidad de sujetos (simplemente conjuntas o mancomunadas, solidarias e indivisibles).
4. Atendiendo a la forma de existir:
 - a) Principales.
 - b) Accesorias.
5. Atendiendo a sus efectos:
 - a) Puras y simples;
 - b) Sujetas a modalidad;

- c) De ejecución instantánea, y
- d) De tracto sucesivo.

PÁRRAFO II NUEVAS CATEGORÍAS DE OBLIGACIONES

Aparte de las clasificaciones anteriores, ya tradicionales, la doctrina moderna ha ido elaborando nuevas categorías: obligaciones de medio y de resultado; obligaciones reales, ambulatorias o *propter rem*; obligaciones causadas y obligaciones abstractas. Estudiemos primero estas nuevas categorías en los puntos siguientes.

18.- Obligaciones de medio y de resultado. Es una clasificación doctrinaria relativamente nueva, formulada por Demogue, que posteriormente han enriquecido otros autores como Frossard, Tunc, Mengoni.³⁵

Según los que formulan esta clasificación, las obligaciones de hacer pueden ser de dos clases: de medio y de resultado. Son de medio aquellas en que el deudor se compromete únicamente a hacer todo lo posible y necesario, poniendo para ello la suficiente diligencia, para alcanzar un resultado determinado; en cambio, son obligaciones de resultado aquellas otras en que el deudor para cumplir debe alcanzar el resultado propuesto. Así, por ejemplo, la obligación de un abogado o de un médico, etc., son obligaciones de medio, pues ellos sólo están obligados a realizar una determinada actividad profesional, no a ganar el pleito ni a sanar el enfermo. Es obligación de resultado, en cambio, la que contrae el contratista que se obliga a construir una casa.

Por ello, se ha fallado, por ejemplo, que las obligaciones de los profesionales en general son de medio. Así, la Corte Suprema ha indicado que “asimismo, es necesario tener en cuenta que, por regla general, la doctrina ha entendido que las obligaciones de los profesionales son obligaciones de medio”.³⁶ Y en el caso de los abogados, la propia Corte Suprema señaló que “para poder determinar el momento en que el demandado ha incurrido en mora, resulta necesario recordar que las obligaciones asumidas por

³⁵ PEÑAILLO, ob. cit., p. 222.

³⁶ Corte Suprema, 19 de mayo de 2016, Rol N° 6826-2015, “Gonzalo Yéber Cerda con Gladys Bustos Poveda”, CL/JUR/3528/2016 (Cons. 7°).

un abogado, con ocasión de un contrato de mandato, son obligaciones de medios”.³⁷

Sin embargo, también se ha resuelto que, bajo ciertas circunstancias, la obligación de un abogado es de resultado, como en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en la cual se falló que “Si bien, el objeto principal de un encargo como el que recibió el recurrente de su cliente no comprometía, por regla general, la obtención de un resultado concreto, lo que hace que pueda consensuarse en que se trataba de una obligación de medios, tratándose de la obligación de información sobre las gestiones relacionadas a este encargo, la obligación de hacerlo en forma veraz, completa y oportuna revela una obligación de resultado cuya inejecución, violentando la expectativa legítima del cliente de estar efectivamente recibiendo de un profesional abogado ese tipo de información, sólo podría justificarse por una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, que tampoco concurre en la especie”.³⁸

Peñailillo señala que “se entiende por obligación de medio aquella cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado al acreedor”, agregando que en “la obligación de medio es una actividad o cierto comportamiento lo que constituye la sustancia de la prestación. El resultado no está *in obligatione*, no forma parte directa de la prestación...”; y por obligaciones de resultado “aquella en la cual el deudor se obliga a proporcionar, en forma directa e inmediata, la satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado, el cual integra la prestación”.³⁹ Y es por esta circunstancia que ciertos autores han sostenido que cuando se está en presencia de una obligación de resultado, en caso de incumplimiento por parte del deudor, su responsabilidad es de carácter objetivo.⁴⁰

³⁷ Corte Suprema, 27 de abril de 2016, Rol N° 1738-2015, “Banco del Estado de Chile con Luis Manquehual Alfaro”, CL/JUR/2740/2018 (Cons. 6°).

³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de junio de 2019, “Sociedades Prestación de Servicios y Asesorías Bono Peso Limitada y otros con Claudio Díaz Uribe”, Rol N° 12509-2017, CL/JUR/3398/2019 (Cons. 8°).

³⁹ PEÑAILLO, ob. cit., pp. 222-223.

⁴⁰ PIZARRO WILSON, Carlos, “La obligación de resultado en el contrato médico. Hacia una responsabilidad objetiva”, en Turner, S.; Varas, J.A. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 636; PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel, “Responsabilidad contractual objetiva”, *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 499-500.

La distinción cobra importancia para saber cuándo la obligación se va a entender cumplida o incumplida. “La de resultado está incumplida cuando el deudor no ha proporcionado al acreedor el resultado al que se comprometió”. En cambio, en la de resultado el deudor la incumple cuando no actúa con la diligencia debida.⁴¹ El problema es precisar cuál es el comportamiento debido, y a quién incumbe la prueba: ¿Debe el acreedor probar que el deudor fue negligente? o, por el contrario, ¿es el deudor el que debe probar que no fue negligente?⁴² Según este autor, tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado, corresponde al deudor probar el cumplimiento. Sin embargo, el contenido de la prueba en ambos casos es distinto: en las de medio sólo se debe probar que se actuó con diligencia (y con ello queda liberado de responsabilidad porque cumplió), en cambio, en las de resultado, es dudoso que la sola ausencia de culpa libere al deudor.

Nuestro Código Civil, al igual que la mayoría de los códigos civiles, no contempla esta distinción. Lo hace en cambio, el Código Civil de Etiopía de 1960 que en el artículo 1712 expresa: “En las obligaciones de hacer, los contratantes pueden obligarse sea a procurar a su co-contratante una ventaja determinada, sea sólo a realizar lo posible para proporcionarla”.⁴³

La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 31 de enero de 2002, rechazó la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, señalando que “es desconocida en el Código Civil y tampoco la acepta la doctrina (Alessandri y Abeliuk) por cuanto la disposición del artículo 1547 del Código Civil presume la culpa contractual sin hacer diferencias...”.⁴⁴

Alejandro García González acepta esta clasificación y concluye:

“1. Que a las obligaciones de medios y de resultado se aplican las mismas normas de la carga de la prueba, cuyos principios se extraen del artículo 1698”.

“2. Que la presunción de culpa establecida en el artículo 1547 del C.C. no es ningún obstáculo para el reconocimiento de la distinción, porque el

⁴¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Incumplimiento y atribución de responsabilidad en las obligaciones de medio y resultado (a propósito de una sentencia de la Corte Suprema, N° ingreso 1.771-2008)”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Eds.), *Estudios de Derecho Civil V*, Abeledo Perrot, LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 578-581.

⁴² PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., pp. 227-228.

⁴³ Cit. por VODANOVIC, *Derecho de Obligaciones*, ob. cit., N° 149, pp. 135-136.

⁴⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 99 (2002), sec. 2ª, p. 9.

presupuesto normativo para su aplicación es la existencia del incumplimiento, que en caso del cumplimiento imperfecto de las obligaciones de medios, se identifica con la culpa”.

“3. Que la prueba del incumplimiento de una obligación siempre corresponde al acreedor que demanda indemnización de perjuicios, cualquiera sea la clase de obligación y cualquiera sea el tipo de infracción”;

“4. La prueba del imperfecto cumplimiento en una obligación de medios no escapa a esta regla general y, debido a ello, es que corresponde al acreedor que pretende el cumplimiento por equivalencia, acreditar la culpa del deudor, como forma específica de una infracción de medios”.

“5. La prueba de la diligencia sólo es relevante en las obligaciones de medio como prueba de pago, y no como causal de exoneración de responsabilidad”.⁴⁵

La distinción entre obligaciones de medio y de resultado ha tenido importante desarrollo jurisprudencial, a propósito de la responsabilidad civil médica, tanto en el extranjero⁴⁶ como en nuestro país, estableciéndose en general que en el caso de los profesionales de salud las obligaciones que contraen son de medio y no de resultado. La Corte Suprema ha señalado que “los autores sostienen que un médico debe responder cuando su conducta se califica de culpable. La culpa constituye un elemento esencial para que el médico quede obligado a indemnizar al paciente. Por eso es usual señalar que los galenos tienen “obligaciones de medios” y no de resultados, pues se comprometen [a] hacer todo lo posible para lograr una curación, pero no aseguran un resultado específico. El médico se encuentra obligado a

⁴⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro, *Responsabilidad Civil Contractual. Obligaciones de Medios y de Resultado*, Editorial ConoSur, Santiago, 2002, pp. 125-126.

⁴⁶ Así, DIEZ-PICAZO ha señalado que: “La distinción, especialmente en lo que se refiere a actividades contractuales de los médicos, ha sido recibida por la jurisprudencia de nuestro país. Se pueden citar, entre otras muchas las SS. de 17 de junio de 1989, y 7 y 12 de febrero de 1990. La última de estas sentencias dice que “dada la naturaleza jurídica de la relación contractual del médico, ésta no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, no se obliga a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica”. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, Thomson Reuters - Civitas, Pamplona, 2008, p. 281.

entregar al paciente una prestación concienzuda, atenta y conforme a los conocimientos de la ciencia”.⁴⁷

Pero este principio no es absoluto, pues para el caso de las cirugías estéticas (no terapéuticas) se ha sostenido también que el médico contrae una obligación de resultado. Así, la Corte Suprema ha sostenido que “se encuentra establecido que la actora y el médico demandado se vincularon por un contrato de prestación de servicios profesionales de cirugía plástica que la primera requirió del segundo. Es decir, se trató de una intervención estética y no terapéutica, cuyo propósito es causar un mejoramiento en la armonía corporal de la paciente o un embellecimiento de su aspecto físico, o, a lo más, corregir defectos físicos que no constituyen enfermedad. Es posible inferir entonces que la naturaleza de la obligación contraída por el demandado no se satisface únicamente con aplicación rigurosa de la *lex artis*, sino con la obtención del resultado convenido, de manera que sólo operará la liberación de responsabilidad por causas extrañas, esto es, por ausencia de causalidad, por fuerza mayor o hecho de la víctima o de un tercero”.⁴⁸

19.- Obligaciones reales, *propter rem* o ambulatorias. Daniel Peñailillo define a estas obligaciones como aquellas “en la cual el sujeto pasivo lo es como consecuencia de ser titular de un derecho real o de la posesión de una cosa. Así, si se cambia ese titular cambia el deudor; ahora será deudor el nuevo titular (por lo que también se le suele llamar “de sujeto pasivo ambulatorio”). Ese cambio se produce de pleno derecho, automáticamente, sin necesidad de estipulación o declaración alguna”.⁴⁹ Estas obligaciones se caracterizan por que la persona del deudor queda determinada por su

⁴⁷ Corte Suprema, 19 de enero de 2015, “Vidal Heuissler Jaime Patricio y otros con Hospital Clínico de la P. Universidad Católica de Chile”, Rol N° 7215-2014, CL/JUR/2258/2015 (Cons. 7° de la sentencia de reemplazo). En el mismo sentido el voto de prevención en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 2018, “Napoleón Matteucci Oyarzún y otros con P. Universidad Católica de Chile”, Rol N° 10281-2017, CL/JUR/3999/2018 (Cons. 3°); y Corte Suprema, 3 de julio de 2020, “Gustavo Santa Ana Godoy con Lucía Volosky Hille”, Rol N° 21718-2018, CL/JUR/13790/2020 (Cons. 18°).

⁴⁸ Corte Suprema, 10 de marzo de 2016, “Katherine Gajardo Orellana con Patricio Stevens Moya”, Rol N° 21373-2015, CL/JUR/1655/2016 (Cons. 5°). En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de junio de 2020, “Daniela Gómez Matamala con Rigoberto Altamar Córdova”, Rol N° 15790-2018, CL/JUR/139581/2020 (Cons. 5°).

⁴⁹ PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., p. 20.

calidad de dueño, poseedor o titular de un derecho real sobre una cosa, de manera que la obligación se traspaşa junto con ella o con el derecho real en que incide. Un ejemplo de este tipo de obligaciones lo encontramos en el artículo 4° inciso 4° de la Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria (Diario Oficial del 16 de diciembre de 1997): “la obligación del propietario de una unidad por los gastos comunes seguirá siempre al dominio de su unidad, aun respecto de los devengados antes de su adquisición...”. Una situación análoga se halla en el Código de Aguas, que hace responsable al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, de las cuotas para gastos de contribución en favor de las Comunidades de Agua o de las Asociaciones de Canalistas, aun de las devengadas con anterioridad a su adquisición (artículo 214 inciso 2°).

Creemos útil consignar que la obligación compete no sólo al propietario, sino también al poseedor de la cosa o de un derecho real limitado sobre ella. La calidad de mero tenedor no es bastante para imponer este tipo de obligaciones.⁵⁰

Tres observaciones nos parecen de interés: a) la primera, que la obligación *propter rem*, como toda obligación, se puede hacer efectiva no sólo en la cosa que la motiva, sino en todo el patrimonio del deudor; b) que el deudor puede liberarse abandonando o renunciando la cosa, siempre que ello lo haga antes del incumplimiento; y c) que, aunque se ha discutido, por la relación que tienen con los derechos reales, no pueden ser creadas por las partes, siendo su única fuente la ley.

20.- Obligaciones causales y abstractas o formales. Toda obligación debe tener una causa real y lícita, aunque no es necesario expresarla (artículo 1467). De manera que no se piense que sólo tienen causa las primeras. Lo que ocurre es que en las obligaciones abstractas o formales se produce una separación entre la relación subyacente y la obligación. Así, cuando una persona suscribe un pagaré o acepta una letra de cambio, la obligación de pagar las cantidades que en esos documentos se indica, tiene una causa, que no aparece en los mismos, y que proviene de un contrato diferente (mutuo, por ejemplo).⁵¹ Pues bien, con el objeto de que esa letra o pagaré

⁵⁰ PEÑAILILLO, ob. cit., p. 205.

⁵¹ Así, se ha fallado que “el hecho de emitirse una letra de cambio o suscribirse un pagaré para facilitar el cobro de una obligación o para garantizarla, que puede tener su origen, como en el caso de autos, en un contrato de mutuo, hace nacer un nuevo derecho personal de que es

PÁRRAFO IV

OBLIGACIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS

34.- Concepto. Es obligación positiva aquella en que el deudor se obliga a una determinada acción (dar o hacer), y negativa aquella en que debe abstenerse de realizar algo que de no mediar la obligación podría efectuar (abstenerse de dar o de hacer).

Tiene importancia la distinción, para el caso de incumplimiento, pues en las obligaciones de no hacer se siguen los efectos contemplados en el artículo 1555 del Código Civil.

También presenta interés para los efectos de la indemnización de perjuicios, pues ésta se debe, en el caso de las obligaciones positivas, desde que el deudor se ha constituido en mora; y en el caso de las negativas, desde el momento de la contravención (artículo 1557).

PÁRRAFO V

OBLIGACIONES DE ESPECIE O CUERPO CIERTO Y OBLIGACIONES DE GÉNERO

35.- Concepto. Las obligaciones de dar o entregar pueden ser de especie o cuerpo cierto y de género. Son de especie o cuerpo cierto aquellas en que la cosa debida está perfectamente especificada e individualizada. Se debe un individuo determinado de un género determinado. Ejemplo: me obligo a entregar el caballo Filibustero.

Las obligaciones de género están definidas en el artículo 1508, como “aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado”.

36.- Importancia de la distinción. Esta clasificación interesa para varios aspectos:

a) Si la obligación es de especie o cuerpo cierto, sólo se cumplirá pagando con la especie debida y no con otra aun cuando sea de un valor superior (artículo 1569 inciso 2°). Si la obligación es de género, “el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género con tal que sea de una calidad a lo menos mediana” (artículo 1509). Por tal razón, en esta clase de obligaciones, se pueden generar hipótesis de incumplimientos imperfectos, como en una sentencia en la cual se indicó que “en la especie

no cabe duda de que el vendedor no entregó individuos del género ‘sulfato de zinc’, sino que ‘sulfato de zinc con boro inadecuado y dañino’ y, por tanto, menos aún puede entenderse que haya entregado individuos de ‘una calidad a lo menos mediana’”.¹⁰⁰

b) Si la obligación es de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, el deudor tiene una obligación adicional, el cuidar de la cosa. Así lo señala el artículo 1548: “Si la obligación es de dar contiene la de entregar la cosa y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarla hasta la entrega...”. Si lo debido es un género, no existe esta obligación de cuidado, pues el género no perece. El artículo 1510 al efecto señala: “La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”.¹⁰¹

c) La Teoría de los Riesgos –que pronto estudiaremos– opera exclusivamente en las obligaciones de especie o cuerpo cierto pues, como acabamos de decirlo, el género no perece.

d) La obligación de especie o cuerpo cierto se extingue por el modo de extinguir pérdida de la cosa debida (artículo 1567 N° 7). Y esto sólo si la pérdida ha sido fortuita, pues si es culpable, la obligación subsiste pero varía de objeto, pudiendo el acreedor demandar el precio de la cosa e indemnización de perjuicios (1672 inciso 1°), lo que constituye un principio general en materia de responsabilidad por pérdida de la cosa debida.¹⁰² En cambio, las obligaciones de género no se extinguen por el modo de extinguir pérdida de la cosa debida, aun cuando se alegue que el incumplimiento se debió a caso fortuito, causal de exención de responsabilidad que no procede tratándose de esta clase de obligaciones. Así, se ha dicho por alguna sentencia, respecto de las obligaciones de dinero que “conforme al artículo 1509 del Código Civil se cumple transfiriendo el dominio de la cosa o individuo de género determinado. Y acorde al principio *genera non pereunt* la obligación del deudor subsistirá mientras exista en el comercio un individuo de género debido, independiente de la conducta desplegada

¹⁰⁰ Corte Suprema, 13 de marzo de 2017, “Sociedad Agrícola y Forestal Vista El Volcán Limitada con Coagra S.A.”, Rol N° 30979-2016, CL/JUR/834/2017 (Cons. 12°).

¹⁰¹ Corte Suprema, 22 de septiembre de 2008, “Plaza Oviedo, Jorge Alejandro con Sociedad Agrícola SACOR limitada”, Rol N° 1782-2007, CL/JUR/3556/2008 (Cons. 4° y 5°).

¹⁰² Corte Suprema, 13 de junio de 2017, “Luis Navarrete Cárdenas y otros con Administradora de Supermercados Hiper Limitada”, Rol N° 55185-2016, CL/JUR/3823/2017 (Cons. 7°).

por el deudor, por lo que se entiende que las causales generales de exoneración, a saber: hecho de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor no son aplicables en el caso de este tipo de obligaciones”.¹⁰³

PÁRRAFO VI

OBLIGACIONES DE DAR, HACER O NO HACER

37.- Esta clasificación la hace la ley. Se desprende de los artículos 1438 y 1460. El primero al definir el contrato o convención señala que “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”; y el segundo, expresa que “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer...”.

38.- Obligaciones de dar. Es obligación de dar aquella en que el deudor se obliga a transferir el dominio o a constituir un derecho real sobre la cosa en favor del acreedor.

El artículo 1548 expresa que “la obligación de dar contiene la de entregar...”. No se crea que ello significa que obligación de dar y de entregar sean términos sinónimos, pues en la de entregar no hay obligación del deudor de transferir el dominio o constituir un derecho real, sino simplemente de poner materialmente la cosa en manos del acreedor. Así, del contrato de compraventa surge para el vendedor la obligación de transferir la cosa vendida (obligación de dar); en cambio, en el contrato de arrendamiento, el arrendador tiene la obligación de entregar al arrendatario la cosa arrendada (artículo 1924 N° 1). No hay en este último caso obligación de transferir el dominio, por lo que sólo estamos frente a una obligación de entregar.

39.- Naturaleza de la obligación de entregar. En doctrina, la obligación de entregar es una obligación de hacer. El deudor se obliga a realizar

¹⁰³ 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 12 de diciembre de 2020, “Ercile Dieudonne con Hotelera y Turismo Marina del Rey Limitada”, Rol N° M-1363-2020, CL/JUR/186467/2020 (Cons. 7°); 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 10 de agosto de 2020, “Jomar Jonny Chávez Marín y otros con Rico y López Limitada”, Rol N° O-8447-2019, CL/JUR/14940/2020 (Cons. 7°); Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 26 de mayo de 2021, “Van Witmen con Granja Marina Tornagaleones S.A.”, Rol N° 882-2020, CL/JUR/57402/2021 (Cons. 14°).

un hecho determinado que consiste en poner la cosa a disposición del acreedor. Sin embargo, en Chile se aplican a estas obligaciones las mismas reglas de las obligaciones de dar, lo que se prueba con los siguientes antecedentes:

a) El artículo 1548 recién citado, según el cual “la obligación de dar contiene la de entregar”;

b) Así fluye también de los artículos 1438 y 1460, que contraponen las obligaciones de dar a las de hacer y no hacer. Al no referirse a las de entregar, resulta evidente que las engloba en las primeras, pues nada tienen en común con las de hacer o no hacer;

c) Así resulta también de los artículos 580 y 581 del Código Civil. Según el primero, los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se deba; y de acuerdo al segundo “los hechos que se deben se reputan muebles”. Relacionando ambas disposiciones viene a resultar que, si el arrendador demanda la restitución de la finca arrendada, su acción, en conformidad al artículo 580, es inmueble (porque lo debido es un inmueble); en cambio, si la obligación de entregar fuera una obligación de hacer la acción de restitución sería siempre mueble, porque los hechos que se deben se reputan muebles (artículo 581).

d) En todo caso, cualquier duda queda disipada con un argumento de historia fidedigna. En efecto, al discutirse el Código de Procedimiento Civil, se dejó constancia de que para obtener el cumplimiento forzado de una obligación de entregar, se aplicarían las normas dadas para las obligaciones de dar.

Cabe agregar que el propio código ha incurrido en algunas imprecisiones, confundiendo las obligaciones de dar y entregar. Así, por ejemplo, en la compraventa, al definirla se dice que una de las partes se obliga a dar una cosa (1796) y, sin embargo, más adelante, el artículo 1824 habla de entrega o tradición. Y el nombre del párrafo 6° es “De las obligaciones del vendedor y primeramente de la obligación de entregar”.

En resumen, en Chile, las obligaciones de entregar están asimiladas a las obligaciones de dar, por lo que se les aplican las mismas normas.

40.- Obligaciones de hacer. Obligación de hacer es aquella en que el deudor se obliga a realizar un hecho. Ejemplo: construir una casa, pintar un cuadro, transportar una mercadería, etc. Este hecho no podrá ser la entrega de una cosa, pues ya hemos dicho que, en ese caso, se aplican las reglas de las obligaciones de dar.

En algunos casos la obligación de hacer tendrá que ser realizada personalmente por el deudor (cuando la obligación se contrae en consideración a la persona del deudor. Ejemplo: se le encomienda un cuadro a un pintor famoso). En este supuesto suele hablarse de obligación de hacer no fungible. Si es indiferente la persona del deudor, la obligación de hacer podrá ser realizada por un tercero, como lo prueba el artículo 1553 N° 2, al permitir que el acreedor pueda hacer ejecutar el hecho por un tercero a expensas del deudor.

Manifestación de las obligaciones de hacer son las obligaciones de medio y de resultado, a las cuales ya se hizo referencia, así como aquellas que se generan en virtud de las llamadas “obligaciones de seguridad”, que pueden emanar de ciertos y determinados contratos. Así, en el contrato de transporte de pasajeros, el transportista asume una obligación de seguridad respecto de los pasajeros.¹⁰⁴ De la misma manera, del contrato de trabajo también surge la obligación de seguridad que se establece en el art. 184 inc. 1° del Código del Trabajo, el cual indica “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”.¹⁰⁵

41.- Obligación de no hacer. En estas obligaciones el deudor debe abstenerse de efectuar un hecho que, de no existir la obligación, podría realizar. Es corriente, por ejemplo, establecer la prohibición contractual de no abrir un negocio en un determinado sector. El artículo 404 del Código de Comercio establece una serie de obligaciones de este tipo, para los socios de las sociedades colectivas. O bien aquella que surge de las denominadas “cláusulas de no enajenar”, para el caso de que se acepte su validez. Respecto de ellas, la Corte Suprema en un caso en que se pactó una cláusula de no gravar, enajenar ni constituir derechos a favor de terceros sobre un inmueble por el plazo de 30 años señaló que “desde esta perspectiva, es

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de octubre de 2019, “González con Jara”, Rol N° 1284-2019, CL/JUR/5975/2019, (Cons. 12°).

¹⁰⁵ Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 10 de abril de 2017, “Jorge Antonio Jofré Mora con Sociedad Constructora e Inmobiliaria B y G Ltda.”, Rol O-72-2017, CL/JUR/6333/2017, (Cons. 21°).

posible calificarla como una simple prohibición, relativa y lícita, acordada entre las partes contratantes, que se traduce en una obligación de no hacer contraída por la Empresa de Servicios Sanitarios Tarapacá S.A., de manera que su contravención, no acarrea sino las sanciones previstas en el citado artículo 1555 del Código Civil”.¹⁰⁶

En doctrina se afirma por algunos que dentro de las obligaciones de no hacer debe hacerse una diferenciación entre aquellas en que el deudor se obliga a abstenerse de desarrollar determinados actos, y se reflejaría en la “prohibición de hacer algo”; de aquellas otras en que el deudor debe dejar hacer alguna cosa o, lo que es lo mismo, debe tolerar una determinada actuación del acreedor, absteniéndose de perturbarla.¹⁰⁷

Un autor español, Santiago Espiau Espiau, afirma que la distinción anterior no parece posible. “En efecto, agrega, en el caso en que la abstención se oriente en torno a la tolerancia de una actividad del acreedor, el deudor se obliga, en definitiva, a observar la misma conducta omisiva que en la pura obligación de no hacer”. “La obligación de no hacer será, así aquella en la cual una persona debe observar un comportamiento negativo, con independencia de la existencia de otras actividades con las que ese comportamiento negativo pueda relacionarse”. Advierte en seguida, que muchas veces calificar una prestación como positiva o negativa, puede ser una cuestión puramente terminológica, pues un mismo acontecimiento puede ser descrito, desde un punto de vista gramatical, tanto en forma positiva como negativa. Por ello advierte Espiau, se ha propuesto por Díez Picazo (*Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, T. I, p. 436) diferenciar las prestaciones positivas frente a las negativas “según que la prestación prevista consista en una alteración o un cambio en el estado de cosas existente en el momento de la celebración del negocio constitutivo de la relación obligatoria o en el mantenimiento inalterable de tal situación o estado de cosas”, circunscribiendo las prestaciones negativas en torno a esta última finalidad.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Corte Suprema, 13 de septiembre de 2017, “Compañía Cavanha S.A. con Conservador de Bienes Raíces de Iquique”, Rol N° 34816-2016, CL/JUR/7863/2017, (Cons. 5°).

¹⁰⁷ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 1°, Bosch, Barcelona, 1980, p. 36.

¹⁰⁸ ESPIAU ESPIAU, Santiago, *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 145-146.

42.- Importancia de la distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Tiene trascendencia la distinción para varios efectos:

a) Para determinar la naturaleza, mueble o inmueble, de la acción destinada a exigir el cumplimiento. Si la obligación es de hacer o no hacer, la acción será siempre mueble (artículo 581); en tanto, si la obligación es de dar será mueble o inmueble según lo sea la cosa en que ha de ejercerse o que se deba (artículo 580).

b) El procedimiento ejecutivo para obtener el cumplimiento forzado está sujeto a reglas diferentes. Para las obligaciones de dar, está contenido en el Título I del Libro III del Código de Procedimiento Civil; y para las obligaciones de hacer y de no hacer, en el Título II del Libro III, del mismo código.

c) El modo de extinguir pérdida de la cosa debida (1567 N° 7 y 1670 del Código Civil y 464 N° 15 del Código de Procedimiento Civil) sólo se aplica a las obligaciones de dar. El modo de extinguir equivalente en las obligaciones de hacer es “la imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida”, contemplado en el artículo 534 del Código de Procedimiento Civil, aun cuando la Corte de Apelaciones de Concepción ha indicado también que “este principio del artículo 1670 se aplica a toda clase de obligaciones, no únicamente a las obligaciones de dar una cosa, sino también a las obligaciones de hacer o no hacer”.¹⁰⁹

d) En los contratos bilaterales, en caso de incumplimiento de una obligación de dar, el contratante cumplidor no puede demandar derechamente el pago de la indemnización de perjuicios, por cuanto tal indemnización es accesoria a las acciones de cumplimiento o de resolución del contrato. Así aparece del artículo 1489.¹¹⁰ En cambio, si la obligación es de hacer, el acreedor puede demandar directamente la indemnización de perjuicios (artículo 1553 N° 3).¹¹¹

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de abril de 2011, “Patricio Gómez Eriz con Sociedad Lavandería”, Rol N° 74-2011, CL/JUR/3443/2011, (Cons. 4°).

¹¹⁰ Revista *Fallos del Mes* N° 241, sentencia 3, pág. 382. Ello sin perjuicio de lo que se dirá más adelante acerca de la aceptación, en ciertos casos, de la autonomía de la acción indemnizatoria en esta clase de obligaciones.

¹¹¹ FUEYO, *Cumplimiento e Incumplimiento...* ob. cit., p. 345. En la jurisprudencia: Corte Suprema, 5 de abril de 2021, “Sociedad Construcción e Inversiones ADG Limitada con Ilustre Municipalidad de Vallenar y otro”, Rol N° 99482-2020, CL/JUR/47804/2021, (Cons. 1° de la

PÁRRAFO VII

DE LAS OBLIGACIONES DE DINERO Y OBLIGACIONES DE VALOR

43.- Concepto. Obligaciones de dinero son aquellas en que el objeto debido es una suma de dinero. Se adeuda dinero, que se debe dar o restituir, no otra cosa.

En las obligaciones de valor, o restitutorias, lo adeudado no es dinero, sino una prestación diferente que se expresa en una determinada suma de dinero, en atención a ser éste una común medida de valores. Se han definido diciendo que se estará en presencia de una obligación restitutoria “cada vez que la prestación a que se encuentra obligado un sujeto consista en la devolución de una cosa o en el reembolso de un valor, ya provenga la necesidad de restituir de la normal ejecución de un acto o contrato —como es el caso de la devolución de la cosa dada en prenda, depósito o arrendamiento— ya porque la ley así lo ordena —como cuando desaparece retroactivamente un acto o contrato— o, finalmente, porque los principios de equidad así lo aconsejan— como en el caso de la acción de *in rem verso*”.¹¹²

44.- Características de las obligaciones de dinero. Las obligaciones de dinero presentan las siguientes características:

- Son obligaciones de dar.
- Son obligaciones de género (artículo 1508).
- Son obligaciones muebles, porque recaen sobre un objeto mueble (artículo 580).
- Son obligaciones divisibles, porque tienen por objeto una cosa susceptible de división (artículo 1524).

Para la cabal comprensión de esta materia resulta imperioso tratar varios aspectos, que analizaremos en los puntos siguientes.

45.- El dinero, sus funciones económicas. El dinero cumple dos funciones económicas muy claras:

- Servir como instrumento de cambio, lo que significa que mediante él se pueden adquirir los bienes que se necesitan para satisfacer las demás necesidades, y

sentencia de reemplazo); Corte Suprema, 30 de marzo de 2016, “Benedicto Muñoz Morales con Constructora Valko S.A.”, Rol N° 16326-2016, CL/JUR/2081/2016, (Cons. 4°).

¹¹² CASTELBLANCO KOCH, Mauricio, *Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la inflación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, N° 24, p. 38.

de manera que si el interés penal convenido es superior al 50% por sobre el interés corriente, pasa a ser aplicable lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 18.010 en el sentido de que los intereses estipulados deberán reducirse al corriente que rija al momento de la convención y restituirse debidamente reajustados los excesos que se hubieren percibido. A esa conclusión conducen los artículos 8° y 16 cuando el primero se refiere a todo pacto de intereses que exceda al máximo convencional y el segundo a que se haya pactado legalmente un interés superior al corriente".¹³⁰

Atendido lo que se acaba de señalar, debe entenderse que el artículo 8° de la Ley N° 18.010 ha modificado el artículo 1544 del Código Civil, por cuanto este último ordena rebajar la cláusula penal en el mutuo "al máximo de interés permitido estipular", en tanto que, en conformidad al artículo 8° de la Ley N° 18.010, se debe rebajar al interés corriente. La regla del inciso 3° del mutuo sólo tendría aplicación para los mutuos que no son de dinero".

69.- Anatocismo. Se entiende por anatocismo la capitalización de intereses. El Código Civil en el artículo 2210 lo prohibía terminantemente para el contrato de mutuo. Esta norma tenía, según algunos, un alcance general. No obstante, el Código de Comercio lo aceptaba para la cuenta corriente mercantil (artículo 617 del Código de Comercio).

El artículo 28 de la Ley N° 18.010 derogó el artículo 2210, de donde inferimos que en la actualidad no está prohibido el anatocismo, ni en el mutuo ni en ningún otro contrato.

Y en el caso de las operaciones de crédito de dinero está especialmente autorizado en el artículo 9°, en cuanto establece 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 treinta días" (inciso 1°). La misma disposición agrega, en su inciso 3°, 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".

Finalmente podemos agregar que el artículo 1559, al tratar la avaluación legal, establece que "si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 3° Los intereses atrasados no producen interés". Esta norma no prohíbe el

¹³⁰ TOMASELLO, ob. cit., p. 89.

¹³¹ TOMASELLO, ob. cit., p. 89.

anatocismo, únicamente está señalando que no opera de pleno derecho, pero las partes pueden convenirlo.

Sin embargo, tratándose de las operaciones de crédito de dinero regidas por la Ley 18.010, el interés moratorio para el caso de retardo no podrá aplicarse conjunta ni adicionalmente, sobre un mismo monto, con ningún otro interés, y este interés sólo podrá cobrarse sobre aquella parte del capital que se encuentre efectivamente vencida y no podrá ser capitalizada para el cálculo de intereses de ningún tipo (art. 16 inciso 2°).

PÁRRAFO VIII

OBLIGACIONES DE OBJETO SINGULAR Y OBLIGACIÓN CON OBJETO PLURAL O COMPUESTA

70.- Concepto. Son obligaciones de objeto singular aquellas en que se debe una sola cosa, un hecho o una abstención. No presentan mayores problemas.

Dentro de las obligaciones de objeto singular, comprendemos aun aquellas en que lo debido es una universalidad jurídica o de hecho.

En estas obligaciones el acreedor sólo podrá exigir la única cosa debida (artículo 1569 inciso 1°) y el deudor cumplirá pagándola en su integridad (artículo 1591). Si la obligación es de dar una especie o cuerpo cierto y la cosa se pierde, los efectos serán distintos según la pérdida sea fortuita o culpable. En el primer caso, la obligación se extingue por el modo "pérdida de la cosa debida" (artículos 1567 N° 7 y 1670). En el segundo, el deudor queda obligado a pagar el precio más indemnización de perjuicios (artículo 1672). Si la obligación incide en un contrato bilateral, y la especie o cuerpo cierto se pierde fortuitamente, entrará a operar la teoría de los riesgos (artículo 1550).

71.- Obligaciones compuestas o de objeto múltiple. Son aquellas en que se deben varias cosas. Admiten tres categorías:

- a) Obligaciones de simple objeto múltiple o conjuntivas;
- b) Obligaciones alternativas o disyuntivas, y
- c) Obligaciones facultativas.

72.- Obligaciones de simple objeto múltiple. Se caracterizan por la conjunción copulativa "y". Te debo una casa, un auto y un avión. El código no las trata en particular por lo que se les aplican todas las reglas de las

obligaciones con unidad de prestación. El deudor debe la totalidad de las cosas y cumplirá pagándolas todas, pues el pago tiene que ser completo (artículo 1591). Dentro de las obligaciones con objeto múltiple, constituyen la regla general. Las alternativas y facultativas importan modalidades.

73.- Obligaciones alternativas o disyuntivas. El código las define en el artículo 1499: "Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras".

Como puede observarse, en este caso las cosas debidas son varias, pero se cumple pagando en su totalidad una sola de ellas (artículo 1500 inciso 1º). Se caracterizan por la conjunción disyuntiva "o". Ejemplo: te debo mi casa, mi auto o un departamento.

74.- Características de las obligaciones alternativas. Estas obligaciones presentan las siguientes particularidades:

a) Hay varias cosas debidas, pero se cumple pagando totalmente con una sola, elegida por quien tiene la alternativa (artículo 1500 inciso 1º). Todas las cosas se deben *in obligationem*, pero una sola *in solutionem*;

b) La acción para demandar el cumplimiento será mueble o inmueble, según lo sea la cosa con que se pague y en la alternativa en que se cobre. Si la alternativa es del acreedor, ello va a quedar definido cuando el acreedor elija;

c) El acreedor sólo puede demandar la cosa en la alternativa en que se la deban, salvo que la elección sea suya (artículo 1501);

d) Si los deudores o los acreedores son varios, se aplica la regla del artículo 1526 N° 6, esto es, deben hacer la elección de consuno.

75.- Elección en las obligaciones alternativas. La elección por regla general corresponde al deudor. Así lo dice el inciso 2º del artículo 1500: "La elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario".

Tiene importancia saber a quién corresponde la elección, para los siguientes efectos:

Si la elección es del deudor:

a) El acreedor no puede exigir determinadamente una de las cosas debidas (artículo 1501), y

b) Puede el deudor "a su arbitrio enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativamente debe mientras subsista una de ellas" (artículo 1502 inciso 1º).

Si la elección es del acreedor:

a) Podrá demandar cualquiera de las cosas debidas (artículo 1501 *a contrario sensu*);

b) Si entre las cosas debidas hay especies o cuerpos ciertos, el deudor tiene a su respecto la obligación de cuidado, ya que el acreedor puede exigir cualquiera de ellas (artículo 1548).

Se ha fallado que en las obligaciones de vencimiento sucesivo, cuando hay pacto de aceleración, el acreedor tiene la facultad de optar entre la fecha de exigibilidad anticipada y acelerada de la deuda o por el vencimiento de la última cuota, pero no es admisible que se pretenda ejercer ambas facultades en forma sucesiva, ya que tratándose de una facultad, de una opción entre alternativas sólo puede ejercer una, extinguiendo el derecho de ejercer la otra.¹³²

76.- Pérdida de las cosas debidas alternativamente. Debe distinguirse entre: A) Pérdida total y B) Pérdida parcial.

En el caso de pérdida total, debe subdistinguirse entre: a) pérdida fortuita; y b) pérdida culpable.

Si todas las cosas debidas alternativamente perecen en forma fortuita, se extingue la obligación (artículo 1504 inciso 1º).

Si todas las cosas debidas alternativamente perecen por culpa del deudor, éste queda obligado al pago del precio de una de ellas más indemnización de perjuicios (artículos 1504 y 1672). Respecto al precio de qué cosa, va a depender de quién tenía la elección (artículo 1504 inciso 2º).

En el caso de pérdida parcial debe hacerse la misma distinción anterior: si la pérdida es fortuita, subsiste la obligación alternativa en las otras cosas; y si resta una sola, el deudor es obligado a ella (artículo 1503). Si la pérdida es culpable, debe distinguirse a quién compete la elección. Si corresponde al deudor, éste podrá elegir cualquiera de las cosas que resten. Si la elección es del acreedor, éste puede optar entre elegir alguna de las cosas que subsistan o demandar el precio de la cosa destruida, más indemnización de perjuicios.

Si la cosa se deteriora se aplica el artículo 1590.

77.- Obligaciones facultativas. Las trata el código en el Título VII del Libro IV, artículos 1505 al 1507, inclusive.

¹³² Corte de Santiago, 24 de diciembre de 2003, *Gaceta Jurídica* N° 282 (2003), p. 115.

Según el artículo 1505, “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”. Ejemplo: se celebra un contrato de compraventa y se queda adeudando un saldo de precio ascendente a \$ 1.000.000, que se pagará a 6 meses plazo, quedando facultado el deudor para poder pagar con el automóvil marca Ford año 1990, patente XX-6000.

78.- Elementos de la obligación facultativa:

a) La cosa debida es una sola. Y por la misma razón, si el deudor no cumple, sólo se podrá demandar esa cosa (artículo 1506). La acción para demandar el cumplimiento será mueble o inmueble según lo sea la cosa debida.

b) El deudor queda facultado para pagar con lo debido o con una cosa distinta, que se designa. Nótese que la facultad corresponde sólo al deudor (no al acreedor).

c) Esta facultad le debe ser otorgada al deudor al momento de contratar. Ello, porque si se acuerda al momento del pago no hay obligación facultativa, sino dación en pago; y si se acuerda después de celebrado el contrato y antes del pago, existe una novación por cambio de objeto.

79.- Pérdida de la cosa debida en el caso de la obligación facultativa.

La cosa debida es una sola y, por consiguiente, si se destruye fortuitamente antes de haberse constituido el deudor en mora, no puede el acreedor demandar cosa alguna (artículo 1506, parte final). Si la cosa se destruye culpablemente, rige la regla del artículo 1672, es decir, la obligación del deudor subsiste pero varía de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

La pérdida de la cosa facultativamente debida carece de trascendencia para el acreedor; significa únicamente que desaparece la facultad del deudor de pagar con una cosa diferente a la debida.

80.- Las obligaciones facultativas no se presumen. Así aparece del artículo 1507: “En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa”.

81.- Algunas diferencias entre obligaciones alternativas y facultativas. Podemos anotar varias:

a) En las obligaciones alternativas las cosas debidas son varias; en la facultativa una sola;

- b) En las obligaciones alternativas la elección puede ser del deudor o del acreedor; en las facultativas, sólo del deudor;
- c) En las obligaciones alternativas, cuando la elección es del acreedor, éste puede elegir cualquiera; en las facultativas el acreedor sólo puede demandar la única cosa debida, y
- d) Hay diferencias en cuanto a los efectos de la pérdida de la cosa debida.

PÁRRAFO IX

OBLIGACIONES CON UNIDAD Y CON PLURALIDAD DE SUJETOS

82.- Concepto. Obligaciones con unidad de sujeto son aquellas en que existe un deudor y un acreedor. No merecen un comentario especial, pues nada tienen de particular.

Obligación con pluralidad de sujetos es aquella en que hay un acreedor y varios deudores (pluralidad pasiva); varios acreedores y un deudor (pluralidad activa); o varios acreedores y varios deudores (pluralidad mixta). Las autoriza expresamente el artículo 1438 del Código Civil: “cada parte puede ser una o muchas personas”.

La pluralidad puede ser originaria o derivativa. Originaria, cuando la obligación nace con pluralidad de sujetos. Derivativa, cuando la obligación nace con unidad de sujetos y durante su vida se transforma en obligación plural, ejemplo, cuando fallece una de las partes y sus herederos son varios; cuando el acreedor cede sus derechos a varios sujetos, etc.

Las obligaciones que debemos estudiar son las con pluralidad de sujetos, que pueden revestir tres modalidades:

- a) Obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas;
- b) Obligaciones solidarias, y
- c) Obligaciones indivisibles.¹³³⁻¹³⁴

¹³³ Actualmente la doctrina y la jurisprudencia nacionales han identificado una categoría adicional a las anteriores, las denominadas obligaciones concurrentes o por el total no solidarias (CORRAL TALCIANI, Hernán, “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, en Vidal, Álvaro; Severín, Gonzalo y Mejías, Claudia, *Estudios de Derecho Civil X*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LegalPublishing, Santiago, 2015, pp. 455-471). Otros autores aluden al mismo fenómeno con la denominación de “solidaridad imperfecta” (PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*. ob. cit. (reimpresión, 2014), pp. 303-307; ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de las Obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, 2ª ed., pp. 157-160. La obligación por el total no

Sección Segunda
Obligaciones solidarias o in sólidum

86.- Concepto. Son aquellas en que debiéndose un objeto divisible y habiendo pluralidad de acreedores o de deudores, o pluralidad de ambos, cada acreedor puede exigir la totalidad de la obligación a cualquiera de los codeudores y cada deudor está obligado a la totalidad de la deuda, de modo que cumplida así la obligación ella se extingue. Así lo dice el artículo 1511.

87.- La solidaridad es excepcional y no se presume. Así aparece del artículo 1511 incisos 2º y 3º: “Pero 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*. “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establezca la ley”.

Del hecho de que sea excepcional fluyen varias consecuencias:

1. Para que haya solidaridad tiene que haber una fuente de solidaridad: convención, testamento o ley.¹³⁵ No cabe que se declare la solidaridad por sentencia judicial. Hasta antes de la Ley N° 19.585, había una excepción —y muy dudosa— que se encontraba en el artículo 280 N° 5 inciso 3º, que esa ley derogó y que establecía que “Si varias personas hubieran consumado la violación de la madre, deberá el juez determinar cuál es el presunto padre del hijo que reclama alimentos. Si ello no fuere posible, podrá condenar solidariamente al pago de dichos alimentos a todos los autores de la violación”.

2. La solidaridad es de derecho estricto y de interpretación restringida.¹³⁶ Por ello, si en un contrato bilateral hay solidaridad para una de las partes, no puede entenderse que también la haya para la contraparte;

¹³⁵ Excepcionalmente, la jurisprudencia ha declarado solidaridad en casos que la doctrina identifica propiamente como situaciones de concurrencia. Así por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema, 10 de junio de 2014, Rol 10.139, declaró que eran solidariamente responsables el empleador y el dueño de la obra, empresa o faena respecto del trabajo en régimen de subcontratación, por incumplimiento del deber de seguridad que respectivamente les imponen los artículos 184 y 183-E del Código del Trabajo. La doctrina reaccionó en contra de esta interpretación: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Notas sobre la regla que la solidaridad debe pactarse expresamente”, en Vidal, Á., Severín, G. y Mejías, C. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil X*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LegalPublishing, Santiago, 2015, pp. 473-482.

¹³⁶ *Gaceta de los Tribunales*, 1928, 1er semestre, N° 173, p. 753; T. 67, sec. 2ª, p. 44.

3. La solidaridad no se presume. Así lo ha dicho la Corte Suprema: “La solidaridad no se presume y debe ser declarada expresamente en el testamento o la convención, si no se halla establecida en la ley. Por tanto, no puede deducirse de antecedentes procesales que no son convención, testamento ni ley”.¹³⁷

4. Quien alegue la solidaridad debe probarla.

88.- Clases de solidaridad. La solidaridad admite distintas clasificaciones:

a) Activa, pasiva o mixta, según haya pluralidad de acreedores, de deudores o de ambos.

Sin duda que la solidaridad realmente importante es la pasiva, pues constituye una garantía muy eficaz, superior a la fianza (pues no hay beneficio de excusión ni de división). Esa es la razón por la que Somarriva la trata en su *Tratado de las Caucciones*.¹³⁸ La solidaridad activa, en cambio, tiene poca utilidad práctica. Pensamos que puede tenerla para facilitar el cobro de documentos bancarios, ejemplo: un vale vista en favor de dos personas. Sirve más al deudor que al acreedor, pues tiene más facilidad para pagar desde que puede hacerlo a distintas personas.

b) Según su fuente, puede ser legal o voluntaria (convención o testamento).

Ejemplos de solidaridad legal: el artículo 2317: “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito...”. Otro caso: el artículo 174 de la Ley N° 18.290 (Ley de Tránsito) según el cual el dueño de un vehículo es solidariamente responsable de los daños que causare el conductor, a menos que pruebe que le ha sido tomado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita.

c) Perfecta, que es la que produce todos los efectos propios de la solidaridad; imperfecta la que sólo genera algunos efectos. Esta clasificación en Chile no tiene cabida. Fue creada en Francia por la doctrina (Mourlon y Aubry et Rau), para subsanar el inconveniente que se presentaba por no haber una norma que estableciera la responsabilidad solidaria por los ilícitos civiles, cuando son realizados por varias personas (no existe una disposición como nuestro artículo 2317). Para suplir este vacío, la doctrina

¹³⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 33 (1936), sec. 1ª, p. 193.

¹³⁸ SOMARRIVA, Manuel, *Tratado de las Caucciones*, Ed. Nascimento, Santiago, 1943.

supone que en los delitos civiles cometidos por varias personas existe una solidaridad, que sólo produce el efecto de que cualquiera de los deudores está obligado al pago del total; pero sin que se apliquen los demás efectos propios de la solidaridad pasiva. Como dice Gabriel Marty, la explicación de esta solidaridad creada por la doctrina al margen de la ley “se inspira en la teoría de la equivalencia de las condiciones; cuando varias culpas han sido, cada una, condición necesaria del daño sufrido por la víctima, cada una de las culpas se considera causa del daño junto con las demás; de ello resulta que se reúnen las condiciones de una responsabilidad íntegra, respecto de cada uno de los autores culpables; cada uno de ellos está obligado a la reparación in sólidum”.¹³⁹⁻¹⁴⁰

89.- Elementos de la solidaridad. Para que exista solidaridad es necesario:

1. Pluralidad de acreedores o de deudores (artículos 1511 y 1512). Si no hay pluralidad de deudores, cada deudor debe pagar la totalidad, porque el pago debe ser completo (artículo 1591). Se ha fallado que “no existe inconveniente alguno en que ella —la solidaridad convencional— se encuentre referida a una parte de la obligación respecto de un deudor solidario y a la totalidad de la obligación respecto de otro”. En el caso a que se refiere este fallo un deudor solidario limitó su responsabilidad a un 34% de la deuda.¹⁴¹

2. La cosa debida debe ser divisible pues, en caso contrario, la obligación será indivisible (artículo 1524).

3. La cosa debida debe ser la misma. Así lo dice el artículo 1512. Por esta razón se ha fallado que si una persona se obligó a entregar unos rollos de películas y otra a pagar una indemnización, si el primero no cumplía con esa obligación, no eran codeudores solidarios.¹⁴² Se ha fallado, como lo acabamos de ver, que en la solidaridad convencional no concurre prohibición alguna que impida a un deudor solidario acceder sólo a una parte de la obligación (34% en este caso). Este acuerdo no quebranta la unidad de la prestación, ya que ésta subsiste entre todos los deudores hasta el monto

¹³⁹ MARTY, Gabriel, *Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones*, Vol. II, Editorial José M. Vajica Jr. Puebla, México, 1952, p. 145.

¹⁴⁰ Como se indicó en la nota 132, entre nosotros se denomina *obligación concurrente* a la denominada solidaridad imperfecta.

¹⁴¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 2003, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 100 (2003), sec. 2ª, p. 76.

¹⁴² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 32 (1935), sec. 1ª, p. 288.

de lo acordado. En otros términos, hasta el 34% de la deuda hay unidad de prestación entre todos los deudores solidarios, pudiendo exigirse a cada uno de ellos la totalidad de este porcentaje, sin perjuicio de que los demás deudores solidarios, excluido aquel que limitó su responsabilidad, estén obligados por el total.¹⁴³

Si lo debido por los distintos deudores fueren cosas distintas, habrá pluralidad de obligaciones, tantas como cuantos objetos hubiere.

4. Fuente de la solidaridad. Este requisito lo exige el artículo 1511 inciso 2º: Pero 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 in sólidum. Luego la fuente puede ser la convención, el testamento o la ley (ejemplo: artículo 2317).

La Corte Suprema ha dicho que “la sentencia judicial no es fuente de solidaridad. Si se cita a dos personas a reconocer una deuda que no es solidaria ni indivisible, debe entenderse que son deudores conjuntos y no solidarios”.¹⁴⁴ En otro fallo se resolvió que “Las únicas fuentes de la solidaridad son la convención, el testamento o la ley, sin que pueda emanar de un fallo judicial, pues las sentencias judiciales no crean obligaciones”.¹⁴⁵ También se ha fallado que “no existe inconveniente alguno en que ella —la solidaridad convencional— se encuentre referida a una parte de la obligación respecto de un deudor solidario y a la totalidad de la obligación respecto de otro. Dicha estipulación no contraviene lo previsto en el artículo 1512 de Código Civil...”.¹⁴⁶ En relación con la necesidad de que exista una fuente de la solidaridad, cabe mencionar un fallo de la Fiscalía Nacional Económica, según el cual “de acuerdo con la legislación y reglamentación vigentes, los propietarios de bienes raíces son responsables del pago por consumos de agua potable generados en sus propiedades, en los mismos términos, en forma solidaria, que las personas que a cualquier título los hubieren ocupado y, en consecuencia, hayan originado tales consumos...”.¹⁴⁷ Esta sentencia nos parece equivocada en cuanto a su fundamentación, por darle el carácter de solidaria a una obligación sin que ninguna fuente la haya establecido. La

¹⁴³ Corte de Santiago, 2 de junio de 2003, *Gaceta Jurídica* Nº 276 (2003), p. 124.

¹⁴⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 29 (1932), sec. 1ª, p. 480.

¹⁴⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 59 (1962), sec. 2ª, p. 43.

¹⁴⁶ Corte de Santiago, 2 de junio de 2003, *Gaceta Jurídica* Nº 276 (2003), p. 124.

¹⁴⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 86 (1989), sec. 6ª, p. 81.

solidaridad no se puede presumir. Con mejor técnica pudo llegar al mismo resultado, recurriendo a la noción de obligación *propter rem*.¹⁴⁸

90.- La solidaridad convencional, en principio, debe establecerse en un solo instrumento. En el caso en que la fuente de la solidaridad fuere la convención, lo normal será que se la establezca en el mismo instrumento en que se contrae la obligación. Sin embargo, la doctrina estima que no habría impedimento para que pudiera pactarse con posterioridad siempre que en el segundo instrumento se haga referencia expresa al primero. Así, Somarriva.¹⁴⁹ En el mismo sentido, sentencia de la Corte de Concepción de 12 de diciembre de 2003. Se trata en este caso de una causa en que no se había establecido la solidaridad en el contrato, pero cuando se pagó una de las cuotas de la obligación se señaló en la carta de pago, que también firmó el deudor, que la cuota correspondía a una obligación solidaria. La Corte de Concepción rechazó la solidaridad.¹⁵⁰

91.- Unidad de prestación y pluralidad de vínculos. Si bien la cosa debida por los deudores es la misma, cada uno de ellos puede deberla de diferente manera. Los vínculos pueden ser distintos. Así lo establece el artículo 1512: "La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros".

De este principio derivan importantes consecuencias:

a) Algunos de los vínculos pueden estar sujetos a modalidades. Ejemplo: Pedro debe pura y simplemente; Juan bajo condición suspensiva; Diego a plazo. Respecto del primero la obligación es actualmente exigible, no respecto de los otros;

b) La causa de las obligaciones puede ser diversa, ejemplo: Pedro debe \$ 1.000.000 a título de mutuo; Juan como saldo de precio de una venta; Diego, por mera liberalidad (se obligó solidariamente para que le prestaran dinero a Juan);

¹⁴⁸ Sobre este punto véase *Repertorio de Legislación de Jurisprudencia*, Código Civil, T. V, 1997, p. 193.

¹⁴⁹ SOMARRIVA, *Tratado de las Cauciones*, ob. cit., N° 49, p. 48.

¹⁵⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de diciembre de 2003, "Inmobiliaria Cascadas de Villuco Ltda. con Sady Pincheira Oviedo y otra", causas acumuladas roles 1253-2002 y 3927-2002.

c) Los plazos de prescripción pueden ser diversos, según la naturaleza del vínculo (V. *Gaceta de los Tribunales*, 1937, 2° sem., N° 190, p. 733);

d) Puede ser válida la obligación respecto de uno y nula respecto de otro, ejemplo: de tres deudores, Pedro, Juan y Diego, este último era menor de edad, o fue víctima de fuerza o dolo;

e) Respecto de uno de los deudores puede existir título ejecutivo, no respecto de los otros;

f) El acreedor que tiene un crédito que goza de privilegio respecto de un deudor no puede invocarlo respecto a los bienes de un codeudor solidario. Así fue resuelto.¹⁵¹ Sin embargo, posteriormente la Corte Suprema falló lo contrario al establecer que "el Fisco, como acreedor privilegiado, puede hacer valer esa preferencia no sólo contra el deudor directo del impuesto, sino también contra el fiador, que se constituye deudor solidario".¹⁵²

92.- Solidaridad activa. Se caracteriza por que junto con existir varios acreedores de una obligación con objeto divisible, cualquiera de ellos puede exigir su pago total, de manera que, cumplida en esa forma, se extingue la obligación.

Los elementos de la solidaridad activa son:

1. Pluralidad de acreedores;

2. Cualquiera acreedor puede demandar la totalidad de la obligación;

3. Extinguida la obligación por un acreedor, se extingue respecto de todos.

Dice el artículo 1513 inciso 1°: "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".

Lo anterior no ocurre sólo cuando la obligación se extingue por pago, sino cualquiera sea el modo de extinguir. Así lo aclara el artículo 1513 inciso 2°: "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".

93.- Naturaleza jurídica de la solidaridad. ¿Cómo explicar que si se le paga a un acreedor, se extinga la obligación respecto de los otros acreedores? Esto nos lleva a hablar de la naturaleza jurídica de la solidaridad.

¹⁵¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 12 (1915), sec. 1ª, p. 266

¹⁵² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 36 (1939), sec. 1ª, p. 330.

Hay dos teorías para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad:

- a) La teoría romana, y
- b) La teoría francesa o del mandato tácito y recíproco.

a) *Teoría romana*. De acuerdo a ella, cada acreedor es mirado como propietario exclusivo de la totalidad del crédito. Eso explica que cada uno pueda cobrar el total o extinguir íntegramente la obligación por cualquier modo, oneroso o gratuito.

b) *Teoría francesa o del mandato tácito y recíproco*. Frente a la teoría romana, los juristas franceses elaboraron una nueva, que se denomina del mandato tácito y recíproco. Según ella, cada acreedor es dueño sólo de su cuota en el crédito, y respecto de las otras actúa como mandatario de los demás acreedores. El mandato es tácito porque no lo establecen las partes, y recíproco porque cada acreedor tiene un mandato de cada uno de los demás.

Esta teoría francesa fue elaborada hace muchos años, pues ya en una obra de Renusson, publicada en 1685, "Tratado de la subrogación", se hace referencia a ella. Posteriormente la desarrolló Pilon en su "Ensayo de una teoría general de la representación en las obligaciones"; la acoge Toullier y la consagra la Corte de Casación francesa, en sentencia del 15 de febrero de 1873.

No es indiferente que se siga una u otra, pues, de adoptarse la primera, cada acreedor puede no sólo cobrar la deuda, sino también perdonarla; situación que no puede darse si se sigue la tesis del mandato tácito y recíproco, pues es obvio que no hay mandato tácito para condonar una deuda. No se puede suponer un mandato tácito en ese caso.

94.- Teoría seguida en Chile. No hay duda de que en materia de solidaridad activa se sigue la tesis romana. Así lo demuestran:

a) El artículo 1513 inciso 2º, según el cual la condonación de la deuda de uno de los coacreedores extingue la deuda respecto de los otros de la misma manera que el pago lo haría.

b) Dos notas de Bello. Una puesta al margen del artículo 6º del Título VIII del Libro de las Obligaciones y de los Contratos del Proyecto 1841 a 1845; y la otra al margen del artículo 1690 del Proyecto Inédito (que corresponde al actual artículo 1513 inciso 2º). La primera nota dice: "En este punto hay diferencia entre el Derecho Romano y el adoptado por los franceses. Entre los romanos, cada acreedor solidario era mirado respecto del deudor como propietario único de la deuda. Entre los franceses, cada acreedor no es, ni aun respecto del deudor, propietario del crédito, sino relativamente a su

parte, y en lo demás no se le mira sino como un mero mandatario de los coacreedores". Y en la segunda nota señala: "El proyecto se separa aquí del código francés y sigue al Derecho Romano. Véase Delvincourt, N° 7, a la pág. 140".¹⁵³

Somarriva dice que, siendo cierto lo anterior, lo es únicamente en el caso de la solidaridad activa, no en la pasiva, respecto de la cual se ha seguido la teoría francesa. Razón: las notas dicen que se separa "en este punto", y más adelante "se separa aquí". Y el punto que se estaba tratando era el de la solidaridad activa exclusivamente.¹⁵⁴

Conclusión: Nuestro legislador sigue, en materia de solidaridad activa, la doctrina romana; y en materia de solidaridad pasiva, la del mandato tácito y recíproco. Creemos que esta es la opinión correcta. No obstante produce dudas el artículo 1521 según el cual "si la cosa perece por culpa o durante mora de uno de los codeudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpable o moroso..." ¿Es razonable pensar que en este caso los no culpables dieron un mandato al culpable para destruir la cosa?

Alessandri, en cambio, cree que rige la teoría francesa tanto para la solidaridad activa como para la pasiva.¹⁵⁵ Lo mismo Vodanovic.¹⁵⁶ La jurisprudencia ha seguido reiteradamente por la teoría del mandato tácito y recíproco en el caso de la solidaridad pasiva.¹⁵⁷ Claro Solar, sin pronunciarse sobre el tema, siguiendo a Laurent, afirma que no hay necesidad de recurrir a la teoría francesa para explicar los efectos de la solidaridad, bastando con el doble principio de unidad de la prestación y pluralidad de vínculos que existe en esta clase de obligaciones (solidarias).¹⁵⁸

Tiene trascendencia el que en materia de solidaridad pasiva se siga la teoría del mandato tácito, porque si se demanda a un deudor y el acreedor pierde el juicio no podría demandar a otro, pues habría identidad legal de personas (representante y representado). También tendría utilidad en el caso de la prórroga de la jurisdicción, pues producida la prórroga respecto de

¹⁵³ SOMARRIVA, *Tratado de las Cauciones*, ob. cit., N° 53, pp. 52-53.

¹⁵⁴ SOMARRIVA, ob. cit., N° 53, pp. 52-53.

¹⁵⁵ ALESSANDRI, *Teoría de las Obligaciones*, ob. cit., p. 228.

¹⁵⁶ VODANOVIC, ob. cit., N° 92, pp. 88-89.

¹⁵⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 17 (1920), sec. 1ª, p. 19; T. 19 (1922), sec. 1ª, p. 171; T. 27 (1930), sec. 1ª, p. 513.

¹⁵⁸ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 473, p. 422.

un deudor, operaría respecto de todos, porque éste actuaría por sí y como mandatario de los otros aceptando la prórroga.¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

95.- No hay solidaridad activa legal. Habría según algunos un solo caso, que sería el artículo 290 del Código de Comercio: “La comisión colectivamente conferida por muchos comitentes produce en ellos obligaciones solidarias a favor del comisionista, del mismo modo que la aceptación colectiva de varios comisionistas produce obligación solidaria a favor del comitente”. No nos parece. Creemos que es un caso de solidaridad pasiva. Nótese que los “comitentes”, en la primera parte, y los “comisionistas” en la segunda, son los deudores. Luego, se trata de casos de solidaridad pasiva, no de solidaridad activa.

En resumen, no hay casos de solidaridad activa legal, por lo que su fuente sólo podrá ser el testamento o el acuerdo de las partes.

96.- Solidaridad activa tiene graves inconvenientes y pocas ventajas. Los inconvenientes: que el acreedor cobre y después caiga en insolvencia, con lo que sus coacreedores no tendrían forma de recuperar su parte.

Las ventajas son muy pocas: facilitar el cobro de un crédito, y facilitar al deudor el pago, pues puede elegir a quien pagar. Opera en las cuentas corrientes bipersonales en que puede girar cualquiera de los interesados. Pero, para lograr este resultado no es necesario recurrir a la solidaridad, bastaría con que los coacreedores se otorgaren poderes recíprocos.

97.- Efectos de la solidaridad activa. Tanto en la solidaridad activa como en la pasiva, deben distinguirse las relaciones externas y las internas.

Relaciones externas: Son las existentes entre los coacreedores y el deudor. Las internas son las que se producen entre los coacreedores entre sí.

¹⁵⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 19 (1922), sec. 1ª, p. 171.

¹⁶⁰ La Corte de Apelaciones de Santiago (16 de diciembre de 2014, “Banco de Crédito e Inversiones con Consorcio de Ingeniería M y C Cade Idepe Ltda., Cuevas Frei Agustín y Martínez y Cuevas Ingenieros Consultores S.A.”, Rol 6652-2014) admitió que cualquiera de los codeudores puede oponer excepciones reales, en razón de existir entre ellos un mandato tácito y recíproco. Sin embargo, la Corte Suprema había resuelto que en materia de solidaridad pasiva legal no resulta aplicable la teoría francesa (Corte Suprema, 5 de marzo de 2008, “Cayupi Cuevas Carla con Luengo Salvo Zodemir del T. y otra”, Rol 4788-2006).

98.- Relaciones externas.

a) Cada acreedor puede demandar el total de la obligación (artículo 1511 inciso 2º);

b) El deudor puede hacer el pago al acreedor que elija, a menos que ya estuviere demandado, pues en tal caso sólo puede pagar al demandante (artículo 1513 inciso 1º). Pagando de esta manera extingue la obligación respecto de todos los acreedores;

c) Los otros modos de extinguir obligaciones que operen entre un acreedor y el deudor, extinguen la obligación respecto de todos a menos que ya el deudor estuviere demandado por uno de ellos (artículo 1513 inciso 2º). El artículo 2461 sienta el mismo principio tratándose del contrato de transacción;

d) La interrupción de la prescripción natural o civil que aprovecha a un acreedor solidario, beneficia a los otros. Así lo señala el artículo 2519: “La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516”.

Con respecto a la suspensión de la prescripción (recuérdese que es un beneficio que consiste en que no corra plazo de prescripción en contra de determinadas personas: artículos 2509 y 2520), regiría la regla general que no aproveche a los otros, por no haber dicho nada la ley. Pero en el fondo da lo mismo, porque basta que uno de los acreedores pueda gozar del beneficio, para que el asunto se resuelva, cobrando él el crédito. Así Vodanovic,¹⁶¹ David Stitckin¹⁶² y Luis Claro Solar,¹⁶³

e) La constitución en mora que hace un acreedor (demanda, por ejemplo) constituye en mora al deudor respecto de todos los acreedores. No lo dice el código, pero es obvio que es así por el efecto propio de la solidaridad;

f) Las medidas precautorias en favor de un acreedor favorece a los otros. Igual que en el caso anterior, aunque la ley no lo dice en forma expresa.

99.- Relaciones internas. Extinguida la obligación, surgen las relaciones internas entre los coacreedores. El acreedor que cobró el total deberá reembolsar a los demás su respectiva cuota, a menos que haya algunos

¹⁶¹ VODANOVIC, ob. cit., N° 97, p. 90.

¹⁶² STITCHKIN, ob. cit., N° 438, p. 355.

¹⁶³ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 444, p. 406.

no interesados, caso en que nada les corresponde. Cada uno de los otros acreedores no podrá reclamar al que recibió el pago sino la porción que le corresponde, a prorrata de su cuota; pues la solidaridad sólo existe entre los acreedores solidarios y el deudor. Si obtuvo sólo una parte parcial del crédito, deberá reembolsar a cada uno la parte correspondiente.

En el caso en que la obligación se haya declarado nula respecto a uno de los acreedores solidarios, cualquiera de los otros acreedores podría demandar el total deducida la cuota correspondiente a esa parte de la obligación. Pero si antes de declarada la nulidad, uno de los acreedores hubiere exigido el total y el deudor lo hubiere pagado, no podría después pedir restitución “fundándose en que la ha pagado indebidamente, porque el pago total que él ha hecho corresponde efectivamente a su deuda con respecto al acreedor a quien ha pagado, que se considera en sus relaciones con él como dueño de todo el crédito sin deducción alguna”.¹⁶⁴

100.- Solidaridad pasiva. Ya sabemos que es aquella en que, recayendo sobre una cosa divisible, y en que hay varios deudores, el acreedor pueda demandar la totalidad de su crédito a cualquiera de los deudores, extinguiéndose la obligación respecto de todos.

101.- Característica de la solidaridad pasiva:

1. Es una garantía para el acreedor en cuanto puede dirigir su acción en contra del deudor que le parezca más solvente.¹⁶⁵

Como garantía es mejor que la fianza porque no hay beneficio de excusión ni de división, que sí operan en el caso del fiador.

La Corte Suprema ha dicho que “la solidaridad pasiva constituye una eficaz garantía personal porque ella permite al acreedor hacer efectivo el derecho de prenda general sobre tantos patrimonios cuantos sean los deudores solidarios y en condiciones más ventajosas para el acreedor, ya que aquellos no pueden oponer los beneficios de división y de excusión como en el caso del fiador”.¹⁶⁶

Es corriente ver en la práctica que una persona se obliga como fiador y codeudor solidario. ¿Qué quiere decir esto? Esta fórmula es importante para

¹⁶⁴ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 450, pp. 409-410.

¹⁶⁵ Corte Suprema, 30 de noviembre de 2011, “Banco de Chile con Inmobiliaria Majegui S.A.”, Rol 330-2011.

¹⁶⁶ Fallos del Mes N° 419, sentencia 5.

quien se está obligando en esos términos, pues con ello se está demostrando que se trata de un codeudor solidario que no tiene interés en la obligación, lo que le va a beneficiar al momento de resolver las relaciones internas. Desde el punto de vista del acreedor no tiene significación, porque simplemente lo va a perseguir como deudor solidario. Así se ha fallado. Una sentencia de la Corte de Santiago resolvió que “la fianza y codeuda solidaria constituye una caución personal surgida en el régimen contractual patrimonial y que resulta de la combinación de las cauciones denominadas ‘solidaridad pasiva’ (artículos 1511 y siguientes del Código Civil) y ‘fianza’ (artículos 2335 y siguientes del mismo Código), estimando la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia que las relaciones entre el fiador y codeudor solidario con el acreedor, deben regirse por las reglas de la solidaridad, considerándose por tanto al primero como deudor directo”.¹⁶⁷ En igual sentido se pronunció la Corte Suprema;¹⁶⁸ “La circunstancia de que una persona se haya obligado como fiador y codeudor solidario determina que no pueden aplicársele las normas relativas a la extinción, relevo, retractación o prescripción de la fianza, sino los principios aplicables a la solidaridad pasiva, no afectando, por ende, su eficacia los hechos que extinguen o relevan la fianza. Tampoco puede regir en esta fianza y codeuda solidaria la caducidad contemplada en el artículo 1649 del Código Civil, puesto que se aplica exclusivamente a los fiadores”.

Digamos de inmediato que no es lo mismo estar obligado como fiador y codeudor solidario que como fiador solidario. Se habla de fiador solidario para referirse al caso en que habiendo varios fiadores éstos se han obligado solidariamente entre sí. Cada uno de ellos responde por el total, pero como fiador, esto es, subsidiariamente, con beneficio de división y de excusión.

2. Tiene mucha aplicación en derecho mercantil. Así el avalista responde en los mismos términos que el aceptante de una letra de cambio (artículo 47 Ley N° 18.092); todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes, quedan solidariamente obligados a pagar al portador el valor de la letra más los reajustes e intereses, en su caso (artículo 79 Ley N° 18.092).

¹⁶⁷ Corte de Santiago, 25 septiembre 1995, *Gaceta Jurídica* N° 182 (1995), sentencia 3, p. 76.

¹⁶⁸ Corte Suprema 25 septiembre de 1996, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 93 (1996), sec. 1ª, p. 118.

3. Presenta todos los caracteres que hemos visto para la solidaridad. Sus fuentes pueden ser la convención, el testamento o la ley (ejemplo: de Ley N° 2.317).

4. Ya hemos visto que, en general, se acepta que respecto de esta solidaridad se sigue la teoría francesa o del mandato tácito recíproco: Stitckin¹⁶⁹ y Somarriva.¹⁷⁰

102.- Efectos de la solidaridad pasiva. Tenemos que distinguir entre:

- Relaciones externas (obligación a las deudas) y
- Relaciones internas (contribución a las deudas).

103.- Relaciones externas (obligación a la deuda). Mira a las relaciones del acreedor con los deudores.

a) El acreedor puede dirigirse en contra de todos los deudores conjuntamente, o en contra de cualquiera de ellos por el total de la deuda sin que éste le pueda oponer el beneficio de división (artículos 1511, 1514). La Corte de Santiago ha fallado que cuando se demanda a dos personas, a uno como deudor personal y a la otra como deudora solidaria, empece al actor emplazar a ambas o tan sólo a una.¹⁷¹

Dos cosas importantes:

1) Si el juicio se sigue en contra de un deudor no se pueden embargar bienes a otro. Así ha sido fallado: “La solidaridad por sí sola no puede despojar *ipso facto* a los demás deudores que no han sido demandados del derecho de representar sus intereses por mandatario legal y de hacer valer las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y también de las personas que pueden tener contra el acreedor en conformidad a lo dispuesto por el artículo 1520 del Código Civil”,¹⁷² y

2) El hecho de demandar a un codeudor no significa que no se pueda demandar a otro en juicio aparte, pues el artículo 1514 dice que el acreedor puede dirigirse en contra de todos los deudores solidarios “conjuntamente”, no dice que tengan que serlo en un mismo expediente, o por una misma cuerda¹⁷³ y, además, porque el 1515 señala que la demanda intentada en

¹⁶⁹ STITCHKIN, ob. cit. N° 370, p. 300.

¹⁷⁰ SOMARRIVA, *Tratado de las Cauciones*, ob. cit., N° 53, p. 53.

¹⁷¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de abril de 1999, *Gaceta Jurídica* N° 226 (1999), p. 83.

¹⁷² Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 18 (1921), sec. 1ª, p. 482.

¹⁷³ VODANOVIC, ob. cit., p. 96.

contra de uno no extingue la acción solidaria en contra de los otros. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia: “La ley autoriza al acreedor de una obligación solidaria no sólo para dirigirse contra todos los deudores solidarios en un mismo juicio o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sino también para demandar simultáneamente a cada uno de los deudores por cuerda separada”.¹⁷⁴

¿Significa lo anterior que el acreedor pueda demandar, en juicios separados y paralelos, a los diversos deudores por la totalidad de la deuda? Somarriva afirma que “la circunstancia de que el acreedor demande a un deudor, estando el juicio pendiente, no es óbice para que pueda demandar a los otros. Según él, el artículo 1515 aleja toda duda al respecto al manifestar que la demanda dirigida contra uno de los codeudores no extingue la obligación solidaria sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado”.¹⁷⁵ Este principio, agrega Somarriva, fue reconocido por la Corte Suprema en sentencia de 19 de agosto de 1931.

Un fallo español de 9 de mayo de 1973 da una respuesta diferente: “además de que el acreedor pueda dirigir su acción contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, con arreglo a la normativa que rige civilmente la solidaridad de las obligaciones, en forma alguna puede entenderse como equivalente a poder reclamar en procesos distintos la totalidad del crédito individualmente a cada uno de los mismos, pues tan sólo de no resultar cobrada la deuda, en el primero de los supuestos, podría dirigir la acción posteriormente contra los demás, cual prevé el artículo 1144 del Código Civil...”.¹⁷⁶ Si bien la letra del artículo 1144 del Código Civil español es diferente a nuestro artículo 1515, y da pie para la interpretación que ha hecho el tribunal español, esta sentencia nos invita a reflexionar sobre el punto, pues no deja de resultar violento admitir la posibilidad de que un acreedor pueda demandar en forma paralela la totalidad de la obligación a cada uno de los codeudores.

b) Si el deudor demandado paga el total de la obligación o la extingue por cualquier modo, tal extinción opera respecto de todos los codeudores solidarios, sin perjuicio de sus relaciones internas. Así lo dice el 1519 en la novación; así aparece del 1668, en materia de confusión, desde que au-

¹⁷⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28 (1931), sec. 1ª, p. 762.

¹⁷⁵ SOMARRIVA, ob. cit., N° 54, p. 55.

¹⁷⁶ Cit. por CAFFARENA LAPORTA, Jorge, *La solidaridad de los deudores*, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1980, p. 9.

toriza al codeudor solidario para repetir por la parte o cuota que a los otros codeudores les correspondan en la deuda. En el caso de la compensación, el codeudor demandado puede oponer en compensación sus propios créditos (no los de los otros) (1520 inciso 1º *a contrario sensu*).

c) Si el acreedor demanda a un deudor y no obtiene el pago total, podrá dirigirse en contra de cualquiera de los otros, por el saldo. Así lo establece el artículo 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”.

d) El título ejecutivo contra el deudor principal, lo es también en contra del fiador y codeudor solidario. Así lo estima Somarriva. Afirma que la jurisprudencia y los autores franceses en su mayoría (Planiol y Ripert; Jossierand, Baudry Lacantinerie) se inclinan por la afirmativa. Se funda en la existencia del mandato tácito y recíproco, lo que implica identidad legal de personas. Argumenta además que la cosa juzgada en una excepción real que, por la misma razón, pueden oponer todos y cada uno de los deudores solidarios.¹⁷⁷

Un fallo de la Corte de Santiago de 2 de agosto de 1996 acoge esta tesis afirmando que “resulta fuera de toda duda que respecto de ese fiador y codeudor solidario, el título en el cual se fundamenta la demanda deducida a fs. 13, tiene también la misma fuerza ejecutiva que el fallo apelado reconoce en relación con el deudor principal”. El mismo fallo agrega que “de diversas normas de derecho común aparece de manifiesto que las obligaciones que contrae el fiador y codeudor solidario se hallan forzosamente subordinadas a la naturaleza y características de aquellas de que debe responder el deudor principal”;¹⁷⁸

e) La sentencia dictada en contra de un codeudor produce cosa juzgada respecto de los otros. Razones:

1) Hay identidad legal de personas, ya que si se sigue la teoría del mandato tácito al demandarse a uno se demanda a todos;

2) La cosa juzgada en una excepción real, que mira a la naturaleza de la obligación y tal obligación compete a todos los codeudores;¹⁷⁹

¹⁷⁷ SOMARRIVA, ob. cit. N° 55, pp. 55-56.

¹⁷⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 93 (1996), sec. 2ª, p. 98, Consids. 2º y 3º.

¹⁷⁹ Sobre la extensión de la cosa juzgada en esta materia, puede consultarse a CAFFARENA LAPORTA, ob. cit., N° 4, pp. 17 y ss. La doctrina más actual analiza este aspecto con muchos reparos; así, PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., pp. 275-281; CORRAL TALCIANI, “Obligaciones

f) La interrupción de la prescripción que opera en contra de uno de los deudores solidarios perjudica a los otros. Dice al efecto el artículo 2519: “La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreadores no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516”. Se ha fallado que hace excepción a esta regla el artículo 100 de la Ley N° 18.092 puesto que en ese caso la interrupción de la prescripción que opera respecto de un codeudor solidario en un pagaré no perjudica ni afecta a los restantes, por cuanto esa norma establece que “La prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se notifica la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución”.¹⁸⁰

En virtud del principio de la pluralidad de vínculos, puede la prescripción empezar a correr en momentos distintos, y la prescripción se contará, respecto de cada deudor, desde que su obligación se haga exigible.

No hay en la solidaridad pasiva problema de suspensión de la prescripción, porque éste es un beneficio en favor del acreedor que aquí es uno solo;

g) Producida la mora respecto de un deudor, quedan también constituidos en mora los otros. No lo dice expresamente el código, pero la doctrina lo desprende de la naturaleza propia de la obligación solidaria. Así, Somarriva.¹⁸¹ En igual sentido, Vodanovic;¹⁸²

h) La pérdida de la especie o cuerpo cierto debida por culpa de uno de los codeudores genera responsabilidad para todos, respecto del pago del precio, pero no respecto de la indemnización de perjuicios que sólo debe pagar el culpable (1521). ¿Y si son dos o más los culpables? En ese caso, como la ley nada dice, señala Somarriva,¹⁸³ cada deudor responderá de los perjuicios sólo por su cuota (a menos que haya habido dolo o culpa grave,

solidarias y cosa juzgada en el juicio ejecutivo”, en Bahamondes, Claudia; Etcheberry, Leonor; y Pizarro, Carlos, *Estudios de Derecho Civil XIII*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Legal Publishing, Santiago, 2018, pp. 351-369; ROMERO SEGUEL, Alejandro, “La obligación solidaria y el debido proceso”, *Revista Chilena de Derecho*, 2019, Vol. 46, N° 1, pp. 99-127; y ATAZ LÓPEZ, Joaquín, “Tutela judicial efectiva y efectos de la solidaridad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2001, N° 15, pp. 41-68.

¹⁸⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98 (2001), sec. 1ª, p. 194, Consids. 5º y 6º.

¹⁸¹ SOMARRIVA, ob. cit. N° 62, pp. 63-64.

¹⁸² VODANOVIC, ob. cit. N° 118, pp. 102-103.

¹⁸³ SOMARRIVA, ob. cit. N° 62, pp. 64-65.

pues entonces, en conformidad al inciso 2º del artículo 2317, habría responsabilidad solidaria). Stitchkin¹⁸⁴ tiene una opinión contraria que funda, entre otras, en las siguientes razones:

1. Que frente a diferentes interpretaciones posibles se debe buscar la más útil y, en este caso, siendo culpables todos los deudores, o estando en mora todos ellos, es más útil que la acción sea también solidaria, y

2. Por lo dispuesto en el artículo 1526 N° 3: "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".

Si hay cláusula penal —ha dicho la doctrina— no se aplica la regla del 1521 de que respecto de los perjuicios no hay solidaridad. Desde Pothier se ha estimado que puede demandarse el total de la cláusula penal a cualquiera. Dicho de otro modo, agrega Somarriva, la solidaridad estipulada en el contrato alcanza y se hace extensiva a la pena.¹⁸⁵ Esto nos parece bien, por el principio de lo accesorio. Pero si se piensa que la cláusula penal es una evaluación de perjuicios anticipada, y que el artículo 1521 dice que respecto de los perjuicios no hay solidaridad, la situación no la vemos tan clara.

i) La prórroga de la jurisdicción respecto de un deudor afecta a todos. Así lo ha dicho la Jurisprudencia, fundada en la existencia de un mandato tácito y recíproco (T. 19, sec. 1ª, p. 171), y

j) Si el acreedor cede su crédito a un tercero, no es necesario que notifique la cesión a todos o que todos tengan que aceptarla (art. 1902). Basta que se notifique a cualquiera de los deudores. También ello es aplicación de la doctrina del mandato tácito y recíproco.

104.- Excepciones que puede oponer el deudor demandado. Digamos de partida que, en conformidad al artículo 1514, demandado un deudor no tiene beneficio de división. Así por lo demás se desprende del artículo 1511 inciso 2º.

La regla general es que el deudor solidario pueda oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y además las personales suyas. Así lo prescribe el artículo 1520 inciso 1º.

Las excepciones que miran a la naturaleza de la obligación se denominan excepciones reales (*rei coherentes*). Generalmente están referidas a los vicios de que adolece la fuente de la obligación solidaria y que generan

¹⁸⁴ STITCHKIN, ob. cit. N° 393, pp. 314 y ss.

¹⁸⁵ SOMARRIVA, ob. cit. N° 63, p. 66.

nulidad absoluta. Ejemplos: falta de consentimiento, falta de objeto, falta de causa, objeto ilícito, causa ilícita, cosa juzgada, etc.

Excepciones personales (*personae coherentes*) son aquellas que sólo las puede oponer el deudor o deudores respecto de los cuales se reúnen las causas o circunstancias en que se funda. Ejemplo: nulidad relativa, incapacidad relativa; existencia a su respecto de plazo pendiente o de condición suspensiva pendiente, etc.

Se habla también de excepciones mixtas, por reunir características tanto de las reales como de las personales. Así ocurre con la excepción de compensación, en razón de que en conformidad a los artículos 1520 y 1657 inciso final, el deudor sólo puede oponer en compensación su propio crédito, pero opuesta por el codeudor interesado, extingue la deuda respecto de todos. También es excepción mixta la remisión parcial de la deuda, pues si el acreedor remite la deuda a uno de los codeudores, los otros deudores pueden plantear como excepción que se rebaje de la deuda la cuota remitida (artículo 1518).

Se ha fallado que si se dirige una demanda en contra del deudor directo y del fiador y codeudor solidario, pero este último no es notificado, la sentencia no le empece por no haber sido parte ni intervenido en forma alguna en dicha causa ejecutiva. Concluir lo contrario, sostiene el fallo, "sería injusto y significaría desconocer al deudor solidario su derecho a oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y además las personales suyas, como lo dispone el artículo 1520 del Código Civil".¹⁸⁶

105.- Entablado un juicio en contra de uno de los codeudores solidarios, ¿podría otro intervenir en este juicio? La afirmativa nos parece evidente, pues si hemos aceptado que la sentencia que se dicte en ese juicio va a producir cosa juzgada respecto de todos, no puede merecer duda que cada uno de ellos tiene un legítimo interés en el resultado del juicio, cumpliéndose de ese modo con la exigencia del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, para intervenir como tercero coadyuvante. En el mismo sentido Caffarena Laporta.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Gaceta Jurídica N° 133 (1991), considerando 7º.

¹⁸⁷ CAFFARENA LAPORTA, ob. cit., N° 3, p. 17.

106.- Relaciones internas. Contribución a las deudas. Extinguida la obligación respecto del acreedor, debe resolverse lo que ocurre entre los codeudores.

Las relaciones internas (contribución a las deudas) sólo se van a generar si el deudor extinguió la obligación por pago o por un modo equivalente al pago, esto es, que implique un sacrificio económico (artículo 1522). Luego, si la deuda se extinguió por prescripción, por ejemplo, o por condonación de la deuda, no hay problema de relaciones internas.

Para el estudio de las relaciones internas debe distinguirse:

- A. Si todos los codeudores tienen interés en la obligación o
- B. Si sólo alguno de ellos tiene interés en la obligación.

En este segundo caso debe subdistinguirse:

- a) Si paga quien tiene interés o
- b) Si paga quien no tiene interés.

A. Si todos los deudores tienen interés en la obligación, el deudor que paga se subroga en el crédito, con todos sus privilegios y seguridades, y puede dirigirse en contra de los demás codeudores, pero sólo por su cuota. No se subroga entonces en la solidaridad. Así lo dice el artículo 1522 inciso 1°.

De manera que el deudor que paga podrá dirigirse en contra de cada uno por su cuota (incluida la parte del deudor insolvente, en conformidad al artículo 1522 inciso final).

El deudor que paga tiene, además de la acción subrogatoria, una acción personal de reembolso, que emana del mandato tácito y recíproco (si aceptamos esa teoría), que le permitirá dirigirse en contra de los demás codeudores para que le reembolsen lo que pagó en representación de ellos. Y se afirma que esta acción de reembolso le puede convenir más porque le permite cobrar intereses corrientes, en conformidad al artículo 2158 N° 4: "el mandante es obligado: 4° a pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes".

B. Si sólo alguno de los deudores tiene interés en la obligación, los efectos serán distintos, según si pagó un interesado o un no interesado.

a) Si pagó un codeudor interesado, se subroga en la acción del acreedor a quien pagó y puede dirigirse en contra de cada uno de los demás codeudores interesados por su correspondiente cuota. No puede dirigirse en contra de los no interesados porque sólo tienen la calidad de fiadores (artículo 1522 inciso 2°).

b) Si pagó un codeudor no interesado (la prueba de que no es interesado le corresponde a él) el artículo 1522 lo considera como fiador y, conse-

cuencia de ello, es que se subroga en la acción del acreedor, incluso en la solidaridad, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2372, pudiendo demandar intereses y gastos (artículo 2370). Dice el artículo 2372: "si hubiere muchos deudores principales y solidarios, el que los ha afianzado a todos podrá demandar a cada uno de ellos el total de la deuda, en los términos del artículo 2370...".¹⁸⁸

107.- Extinción de la solidaridad pasiva. Puede extinguirse:

- a) Conjuntamente con la obligación solidaria o
- b) Extinguirse sólo la solidaridad.

Esto último ocurre en los casos de muerte del deudor solidario y de renuncia de la solidaridad. Veamos cada caso por separado.

108.- Muerte del deudor solidario. Cuando muere el deudor solidario los herederos suceden en la obligación, pero no en la solidaridad (todos los herederos están obligados al pago total de la deuda, pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria) (artículo 1523). De manera que si fallece X y deja tres hijos (a, b y c), y X con nueve personas más estaba obligado solidariamente a una deuda de \$ 9.000.000, el acreedor de X puede dirigirse en conjunto en contra de a) b) y c) por el total de la deuda; o en contra de a) (de b) o de c), por un tercio de la deuda total.

Sin embargo, la muerte del causante no extingue la solidaridad, cuando se ha convenido lo contrario. Las instituciones de crédito suelen establecer en los contratos una cláusula según la cual en el caso de que un codeudor fallezca, sus herederos responderán solidariamente. Ello está permitido, según se desprende de dos disposiciones:

- a) Del artículo 1526 N° 4, inciso 2° y

¹⁸⁸ Nuestro máximo tribunal ha resuelto: "Que, por consiguiente, lo relevante para el entendimiento del asunto *sub judice* surgirá en caso que sea el obligado sin interés en la deuda quien la solucione en todo o en parte, pues bajo esta premisa y de acuerdo a lo estatuido en el inciso segundo del artículo 1522 del Código Civil, tendrá derecho a repetir por el total de lo pagado y sólo en contra de los deudores interesados. Esto, atendido que el precepto en mención considera a aquel obligado en carácter de fiador y, por ello, el pago que éste haga de la obligación desencadena el efecto jurídico de la subrogación legal en los derechos del acreedor" (Corte Suprema, 28 de mayo de 2013, "Otárola Améstica, Alfonso Arnoldo con Rivas Riveros, Clodomiro del Carmen", Rol 7378-2012).

b) Del artículo 549 del Código Civil (a propósito de la responsabilidad de los integrantes de una Corporación, que pueden obligarse solidariamente con ella, pero la solidaridad no pasa a los herederos a menos que los miembros de la Corporación los hayan obligado expresamente).

Esta cláusula tiene mucha eficacia y es muy usada por los Bancos.

109.- Renuncia de la solidaridad. El acreedor puede renunciar a la solidaridad, pues está establecida en su solo beneficio (artículo 12 del Código Civil).

La renuncia de la solidaridad consiste en el acto en cuya virtud el acreedor prescinde de su derecho a cobrar el total de la obligación sea respecto de todos los deudores (renuncia absoluta), sea respecto de alguno o algunos de los deudores (renuncia relativa).

Puede la renuncia revestir dos formas: 1. Expresa, o 2. Tácita.

El artículo 1516 señala que “el acreedor puede renunciar expresa y tácitamente a la solidaridad respecto de cada uno de los deudores solidarios o respecto de todos” (inciso 1°).

Se renuncia en forma expresa cuando se hace en términos formales y explícitos. No requiere de mayor explicación, pues no presenta problemas.

Se renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago (recibo de pago), sin reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva especial de sus derechos (artículo 1516 inciso 2°).

La jurisprudencia ha dicho que “la acción judicial dirigida conjuntamente contra todos los deudores no hace presumir por sí sola la renuncia de la solidaridad. Del artículo 1514 se desprende que la demanda contra todos los deudores conjuntamente o contra uno de ellos por separado no importa por sí sola la división de la deuda, o sea, la caducidad de la acción solidaria”.¹⁸⁹ También se ha fallado que “no hay renuncia tácita cuando sólo consta que el ejecutante ha aceptado los abonos que uno y otro deudor han hecho a la deuda, pero no que haya recibido a cada uno su parte o cuota en la deuda”.¹⁹⁰⁻¹⁹¹

¹⁸⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 19 (1922), sec. 1ª, p. 171.

¹⁹⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37 (1949), sec. 1ª, p. 18.

¹⁹¹ En el mismo sentido, Corte Suprema, 7 de abril de 2020, “Pinto Godoy Amanda y otros con Fisco de Chile”, Rol 2898-2019.

Efectos de la renuncia:

1. Si la renuncia es parcial, el deudor liberado de la solidaridad sólo está obligado a pagar su cuota o parte en la deuda, continuando los demás obligados solidariamente al pago en la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad (artículo 1516 inciso 3°).

Luego, si el deudor liberado nada paga, los demás deudores cargan por entero con la deuda, sin perjuicio de sus relaciones internas.

2. Si la renuncia es total: “Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda” (artículo 1516 inciso final). El efecto de esta renuncia total, entonces, es convertir a la obligación en simplemente conjunta o mancomunada.

Importante: Se puede renunciar a la solidaridad cualquiera que sea su fuente, porque la ley no hace distinción alguna. De manera que la solidaridad legal es renunciabile.

Renuncia de una pensión periódica. Esta materia la trata el 1517, señalando que esta renuncia, expresa o tácita, se limita a los pagos devengados. Para que se extienda a las pensiones futuras, tiene que expresarlo el acreedor (lo que es lógico porque las renunciaciones no se presumen, son de derecho estricto) (“*nemo iactare suas res praesumuntur*”: “no se presume que nadie perjudique sus cosas, sus intereses”). Luego, no hay renuncia futura tácita.

Sección Tercera

Obligaciones divisibles e indivisibles

110.- Concepto. La obligación es indivisible si el objeto de la prestación (cosa o hecho) debe cumplirse por el todo y no por partes, sea por la naturaleza misma del objeto, sea por el modo que han tenido las partes para considerarlo.¹⁹² De acuerdo a este concepto, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito es indivisible, porque o se permite el paso o no se permite (no se puede permitir en cuotas). En cambio, la obligación de pagar una suma de dinero es divisible, porque el dinero lo es.

111.- La indivisibilidad de una obligación puede darse en obligaciones con sujetos únicos o plurales. Ello porque no mira a los sujetos,

¹⁹² VODANOVIC, ob. cit., N° 165, p. 155.

sino al objeto de la prestación. El artículo 1524 señala: “La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota” (inciso 1°).

Lo que ocurre, sin embargo, es que en las obligaciones en que hay sujetos únicos (un deudor y un acreedor), no tiene importancia la indivisibilidad porque el deudor tiene que pagar la totalidad al acreedor (el pago debe ser íntegro, según el artículo 1591 inciso 1°). La indivisibilidad sólo cobra importancia en las obligaciones con pluralidad de partes, pues, en ellas, de aplicarse la regla general, cada acreedor tiene derecho a exigir su cuota; y cada deudor cumple pagando la suya. Pero esta regla se revierte cuando el objeto es indivisible.

Porque la indivisibilidad tiene importancia en las obligaciones con pluralidad de sujetos, algunos autores las definen como “aquella en que, por su objeto, no es susceptible de división entre sus diversos sujetos activos o pasivos”.¹⁹³

112.- La indivisibilidad, problema complejo. Esta es una materia extremadamente compleja, como lo demuestra la forma en que Dumoulin —llamado “el príncipe de los juristas”— titulara el libro que escribiera en el siglo 16 (año 1562). “Desenredo del laberinto de lo divisible e indivisible”. Este autor usa, para guiar al lector, diez llaves y 3 hilos para evitar el naufragio “en el piélago más profundo y peligroso del turbulento océano del Derecho”.¹⁹⁴

Con posterioridad, Pothier resumió y simplificó algo las cosas, pasando en esos términos al código francés y de allí al chileno.

Con estas advertencias, dejó formulada la invitación a navegar en este proceloso mar de la indivisibilidad, lo que iremos haciendo en los números siguientes.

113.- La indivisibilidad en el Código Civil. El artículo 1524 hace la distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles: “La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota”. “Así la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles, la de pagar una suma de dinero, divisible”.

¹⁹³ MARTY y RAYNAUD, citado por VODANOVIC, ob. cit., p. 156.

¹⁹⁴ VODANOVIC, ob. cit. N° 167, p. 156.

114.- Indivisibilidad física e indivisibilidad intelectual o de cuota.

1. Divisibilidad física o material. Una cosa es físicamente divisible cuando, sin destruirse, puede fraccionarse en partes homogéneas entre sí y con respecto al todo primitivo, no sufriendo menoscabo considerable el valor del conjunto de aquélla en relación con el valor de éste. Un animal vivo es una cosa indivisible, pues al dividirlo se le mata. Un brillante es también indivisible, en cuanto si se divide la suma del valor de todas las partes es muy inferior al valor del brillante antes de la división.

2. Divisibilidad intelectual o de cuota. Una cosa es intelectualmente divisible cuando puede fraccionarse en partes ideales, abstractas, imaginarias, aunque no lo pueda ser materialmente. Todas las cosas y derechos admiten este tipo de división, salvo que la ley lo impida, como ocurre con los derechos de servidumbre o con la propiedad fiduciaria (artículo 1317).

De acuerdo al artículo 1524, es indivisible la obligación cuyo objeto no puede dividirse ni física ni intelectualmente. Si admite división de cuota, ya no es indivisible sino que divisible.

115.- Fuente de la indivisibilidad. La indivisibilidad puede provenir de que la cosa debida, por su propia naturaleza, no pueda dividirse (indivisibilidad natural), o de que las partes acordaron que no se podía cumplir por partes (indivisibilidad convencional o de pago).

116.- A. Indivisibilidad natural. La indivisibilidad natural —que constituye la verdadera indivisibilidad— puede ser: a) absoluta o necesaria; o b) relativa.

a) Indivisibilidad absoluta o necesaria: existe cuando el objeto de la obligación, la prestación, por su propia naturaleza, no se pueda cumplir por partes, ejemplo: servidumbre de tránsito. Se permite o no se permite el paso, pero es inimaginable decir que se concede el derecho a transitar en un cuarto o un tercio del total. Otros ejemplos: obligación de no instalar un negocio determinado; obligación de entregar un caballo, etc.

b) Indivisibilidad relativa: Se habla de indivisibilidad relativa cuando ésta proviene del fin que las partes se propusieron al momento de contratar la obligación. Así, cuando varias personas se obligaron a construir una casa, si bien cada uno de ellos podría cumplir una parte, de hacerse así se desvirtuaría el fin que ha perseguido el acreedor al contratar, que consiste en que se le entregue totalmente la construcción estipulada.¹⁹⁵

¹⁹⁵ STITCHKIN, ob. cit., N° 445, p. 362.

117.- B. Indivisibilidad convencional o de pago. En este caso, la indivisibilidad no proviene del objeto de la prestación, sino del acuerdo expreso de los contratantes en orden a que no se pueda cumplir por partes. Dicho de otra manera, el objeto de la prestación es divisible, física o intelectualmente, pero se conviene en que la obligación no pueda ser cumplida por partes, debiendo ejecutarse igual que si la obligación recayere sobre una cosa indivisible.

Tiene gran interés práctico, pues ofrece ventajas sobre la solidaridad. Ello porque en la solidaridad, si fallece uno de los deudores, la deuda se divide entre sus herederos, quedando cada uno de éstos obligado al total de la deuda, pero sólo en proporción a su interés en la herencia (el que hereda un cuarto, responde hasta de la cuarta parte de la deuda total). En cambio, si se conviene que la deuda no pueda cumplirse por partes ni aun por los herederos del deudor, estamos transformando la deuda en indivisible, y se aplica el artículo 1526 N° 4, inciso 2°.

118.- La divisibilidad en las obligaciones de dar, entregar, hacer y no hacer. La obligación de dar, es decir, aquellas que tienen por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real, son por lo general divisibles. Así los comuneros de una cosa pueden, por ejemplo, vender su cuota o hipotecar su cuota (artículo 2417). Por excepción, algunos derechos son indivisibles por expresa disposición legal (ejemplo: servidumbres, artículos 826 y 827).

La obligación de entregar será divisible si la cosa que se debe entregar admite división física (ejemplo: entregar 40 sacos de trigo), y será indivisible si se debe entregar una especie o cuerpo cierto.

La obligación de hacer es divisible o indivisible, según pueda o no cumplirse por partes el hecho debido. La obligación de construir una casa es indivisible. En cambio, será divisible la obligación de podar 100 matas de rosas o de arar 10 hectáreas.

La Corte Suprema ha estimado como indivisible la obligación de varios abogados a los que se encomendó una defensa, sin especificarse la parte que cada uno debía hacer, fijándose una remuneración total. Un ministro, Gregorio Schepeler, tuvo un voto disidente, sosteniendo que en éstas —las relaciones de un cliente con sus abogados— regían las reglas del mandato y, por ello, los mandatarios al no tener prohibición, podían dividirse entre sí el encargo (T. 50, sec. 1ª, p. 231).

La obligación de no hacer puede ser divisible o indivisible según lo sea la cosa que no debe hacerse. No es divisible, por ejemplo, la obligación

contraída por tres personas que venden un negocio obligándose a no abrir otro similar en la vecindad; es divisible, en cambio, la obligación contraída por varios arrendatarios de no cortar los árboles existentes en el predio arrendado. Esta última obligación es divisible por cuanto cualquiera de ellos puede contravenir parcialmente la obligación o cumplirla por su parte absteniéndose de ejecutar el hecho convenido.

En doctrina, hay quienes piensan que la teoría de la indivisibilidad no tiene cabida en estas obligaciones o la tiene en forma muy limitada, pues, en caso de contravención, el acreedor sólo puede demandar indemnización de perjuicios.¹⁹⁶ Sin embargo, la generalidad de los autores afirma que las obligaciones de no hacer pueden ser divisibles o no, según la naturaleza de la abstención. Así Pothier. Así, también, la doctrina nacional.¹⁹⁷

El Código Civil español se pronuncia expresamente por la afirmativa al establecer que: "...en las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular" (artículo 1151, inciso final C. Civil español).

119.- Efectos de la indivisibilidad. Ya hemos señalado que el problema de la indivisibilidad cobra interés cuando los sujetos son varios. Fundado en ello, un autor señala que "la indivisibilidad es la modalidad de una obligación que existe a cargo de varios deudores o en provecho de varios acreedores, que hace que cada uno de ellos pueda ser constreñido a pagar el todo, o pueda exigir el pago del todo, porque el objeto debido no es susceptible de prestación fraccionada, sea por su naturaleza, sea por la voluntad de las partes."¹⁹⁸

Los efectos de la indivisibilidad debemos estudiarlos en relación con la indivisibilidad activa y pasiva.

120.- Efectos de la indivisibilidad activa.

1. Cada acreedor puede exigir el total. Dice el artículo 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, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente

¹⁹⁶ GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Reus, Madrid, 1928, Vol. I, N° 285, pp. 265 y ss.

¹⁹⁷ STITCHKIN, ob. cit., N° 451, p. 366.

¹⁹⁸ VODANOVIC, ob. cit., N° 173, p. 160.

derecho a exigir el total. Y puede exigirlo, no porque sea dueño de todo el crédito (como pasa en la solidaridad activa), sino por la naturaleza de la prestación que se le debe.¹⁹⁹

Por la misma razón, la indivisibilidad se trasmite a cada uno de los herederos del acreedor. Así lo dice el artículo 1528 en su parte final: “y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total”.

2. El pago efectuado por el deudor a cualquier acreedor extingue la obligación respecto de todos.

3. Ninguno de los coacreedores puede, sin el consentimiento de los demás, “remitir la deuda o recibir el precio de la cosa debida”, y si lo hiciera “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” (artículo 1532).

4. La interrupción de la prescripción operada por uno de los acreedores aprovecha a los demás. No está dicho en forma general en el código, sino en el caso de las servidumbres, artículo 886, pero el principio contenido allí puede extrapolarse. El artículo 886 señala que “Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno”.

Respecto de la suspensión de la prescripción, es un beneficio personal que sólo debe aprovechar al acreedor en cuyo favor lo establece la ley. Sin embargo, Abeliuk²⁰⁰ señala que en un caso –artículo 886 parte final– el legislador aplica el principio contrario, por lo que resulta dudosa la respuesta.

5. El acreedor que recibe el pago de la obligación indivisible debe dar a los otros la parte que le corresponde. Y si nada se dice sobre cuál es la parte de cada uno, se presume que todos tienen la misma cuota.

121.- Efectos de la indivisibilidad pasiva. Al igual que tratándose de la solidaridad, podemos distinguir entre:

a) Relaciones externas (obligación a la deuda, relaciones entre el acreedor y los codeudores) y

b) Relaciones internas (contribución a la deuda, relaciones de los deudores entre sí).

¹⁹⁹ Corte Suprema, 22 de diciembre de 2015, “Sepúlveda Rojas Carlos con Sepúlveda Rojas Jaime”, Rol 30.949-2015.

²⁰⁰ ABELIUK, ob. cit., N° 431. p. 356.

122.- Relaciones externas.

1. Cada uno de los deudores es obligado a cumplirla en el todo, aunque no se haya convenido solidaridad (artículo 1527).

Se ha fallado que la obligación de cada uno de los vendedores de sanear al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida es indivisible, pues el objeto de ella no admite división, por lo que cada uno de los herederos del vendedor responde del saneamiento por el todo (T. 46, sec. 1ª, p. 665).

2. La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores, lo es igualmente respecto de los otros (artículo 1529).²⁰¹

3. El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados la extingue respecto de todos. Así lo dice el artículo 1531: “El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos”.

4. Demandado uno de los deudores, puede pedir un plazo para entenderse con los demás codeudores, a fin de cumplir entre todos. Es una excepción dilatoria, que no cabe si la obligación es de tal naturaleza que él solo pueda cumplirla pues, en tal caso, puede ser condenado, desde luego, al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores, para la indemnización que le deban (artículo 1530).

123.- Relaciones internas (contribución a las deudas): Cuando un deudor paga, como la prestación es una sola, la obligación se extingue respecto de todos (artículo 1531). Pero el problema no termina aquí pues, producido el pago, entran a operar las relaciones internas. El que pagó tiene derecho a que los demás le paguen la indemnización correspondiente. Dice el artículo 1530: “Demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla entre todos; a menos que la obligación sea de tal naturaleza que él solo pueda cumplirla, pues en tal caso podrá ser condenado, desde luego, al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores para la indemnización que le deban”. Nótese que sólo puede reclamar la indemnización, pues como pagó una cosa indivisible no puede pretender que le devuelvan una parte de esa cosa.

²⁰¹ Corte Suprema, 16 de diciembre de 2015, “Petróleos Trasandinos YPF S.A. con Inmobiliaria Valerie Eileen Northcote Corthorn EIRL”, Rol 3147-2015; y Corte Suprema, 29 de mayo de 2008, “Banco del Estado de Chile con Gazale Acle Roberto”, Rol 6-2007.

124.- De la indivisibilidad de pago. Obligaciones indivisibles en cuanto al pago son aquellas cuyo objeto es perfectamente divisible, física o intelectualmente, pero que no pueden ejecutarse por parcialidades en virtud de la voluntad de las partes o de la ley que presume esa voluntad. Negando la posibilidad de cumplimiento parcial se estima resguardado el interés del acreedor.²⁰² Se habla de indivisibilidad de pago porque la cosa debida admite división, pero las partes o la ley interpretando la voluntad de ellas, han alterado esa situación estableciendo que la obligación debe ser cumplida por cada deudor por el total. La indivisibilidad de pago sólo aparece en el momento del pago y de allí su nombre.

En definitiva, se trata de excepciones a la divisibilidad de las obligaciones, y así aparece expresado en el artículo 1526, que en su primera parte señala la regla general (divisibilidad) y después establece seis numerandos con excepciones.

125.- Casos del artículo 1526.

Dos prevenciones importantes:

a) Todos estos casos corresponden a indivisibilidades de pago pasivas. Véanse, los distintos numerandos del 1526, que habla de deudores, codeudores, etc. Y el 1526 N° 4°, inciso 3°; y el 1526 N° 5, inciso 2°, confirman este aserto.

b) Los casos del artículo 1526 son taxativos, no ejemplares, por ser excepcionales. Así, Fueyo.²⁰³

126.- Artículo 1526 N° 1. La acción hipotecaria o prendaria. Esto es consecuencia del hecho de que la prenda e hipoteca sean indivisibles desde distintos puntos de vista:

a) En cuanto al objeto, pues la hipoteca o prenda grava toda la cosa, por lo que si ésta se divide, la hipoteca o prenda queda gravando cada una de las partes. Así lo dice el artículo 2408 "la hipoteca es indivisible". "En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella";

b) En cuanto al crédito garantizado, pues mientras no se satisfaga íntegramente el crédito, no puede pedirse el alzamiento de parte de la

²⁰² VODANOVIC, ob. cit., N° 177, p. 165.

²⁰³ FUEYO, *Derecho Civil*, ob. cit., T. I, N° 194, p. 217.

hipoteca o devolución de parte de la prenda. Así lo dice el artículo 1526 N° 1, inciso 2°, y

c) En cuanto al legitimado pasivo de la acción de prenda o hipoteca, que lo es el que posea en todo o en parte la cosa empeñada o hipotecada.

Es importante tener en cuenta que cuando existe una obligación caucionada con prenda o hipoteca, el acreedor tiene dos acciones:

a) Una personal para hacer efectivo su crédito en el patrimonio del deudor, y

b) Una acción real, la hipotecaria o prendaria, destinada a hacer efectivo el crédito en la cosa dada en prenda o hipoteca, quienquiera sea su dueño.

La indivisibilidad está referida exclusivamente a la acción prendaria o hipotecaria, no a la personal que es divisible, salvo que las partes hayan acordado también su indivisibilidad.

La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada, artículo 1526 N° 1, inciso 1°: "La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada".

Como las acciones hipotecaria y prendaria son reales se ejercen sobre la cosa objeto de la prenda o hipoteca. Se demanda a quien está poseyendo la cosa, por el total de la deuda y no por la parte o cuota que en la obligación corresponda al deudor. Si se interpone la acción personal de cobro, ésta es divisible por lo que a cada deudor se le debe demandar únicamente por su cuota.

Si la cosa dada en prenda o hipoteca se encuentra en poder de varios de los deudores, la acción real debe dirigirse en contra de todos ellos.²⁰⁴

127.- Artículo 1526 N° 2. Deuda de una especie o cuerpo cierto. Dice el artículo 1526 N° 2. "Exceptúanse los casos siguientes: 2°: Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo". Cuando esta norma habla de la "entrega", se refiere a la entrega material de la cosa, no a la jurídica que importa transferencia de dominio o constitución de un derecho real y que es divisible.

Como es un caso de indivisibilidad de pago pasiva, no estamos en esta situación si, por ejemplo, llegan dos pasajeros a un hotel y dejan un

²⁰⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 14 (1917), sec. 1ª, p. 302.

cofre en custodia y pretende después reclamarlo uno solo (indivisibilidad activa). El hotelero debe exigir la presencia de ambos.²⁰⁵

128.- Artículo 1526 N° 3. Indemnización de perjuicios por incumplimiento de un codeudor. Dice el 1526 N° 3: "Exceptúanse los casos siguientes: ... 3° 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". Esta norma está repetida en el artículo 1533 inciso 2°.

Cuando esta disposición emplea la expresión "exclusiva y solidariamente responsable", la voz "solidariamente" no está tomada en sentido técnico sino para significar que responde él solo por la totalidad de los perjuicios.

129.- Artículo 1526 N° 4. Pago total de una deuda impuesta a un heredero; e indivisibilidad estipulada por el causante. Dice el artículo 1526 N° 4: "Exceptúanse los casos siguientes: ... 4°: 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 este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata" (inciso 1°).

En esta norma se tratan dos situaciones diferentes:

a) Pago de una deuda impuesta a un heredero (1526 N° 4, inciso 1°): Las deudas del causante se reparten entre los herederos a prorrata de su interés en la herencia (artículo 1354). Lo dispuesto por el causante o lo acordado por los herederos en el sentido de hacer una división diferente, no obliga a los acreedores, por lo que éstos pueden, a su elección, dirigirse por el total en contra de la persona que señaló el causante (o acordaron los herederos, o se estableció en el acto particional), o bien, hacerlo en contra de cada heredero por la cuota que le corresponde en conformidad al artículo 1354.

La norma es perfectamente lógica, porque el acreedor (del causante) no ha intervenido, en modo alguno, en el cambio del deudor, por lo que lo actuado por el testador, por los herederos o en la partición, le son a él actos inoponibles. Por la misma razón, si el cambio le favorece puede aceptarlo.

b) Indivisibilidad estipulada con el causante. 1526 N° 4, inciso 2° prescribe que "Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago

²⁰⁵ VODANOVIC, ob. cit., N° 180, p. 167.

no pudiese hacerse por partes, ni aun 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".

El inciso 3° deja en claro que no cabe la indivisibilidad de pago activa: "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".

Esta última disposición es curiosa, porque fallecido el causante los créditos que éste tenía contra terceros pasan a integrar el acervo hereditario, por lo que debe entenderse que ninguno de los herederos pasa a ser dueño del crédito ni de una cuota del mismo, hasta mientras no se haga la partición. Ello, en virtud del efecto declarativo de la partición, artículo 1344. Y, sin embargo, esta disposición, interpretada *a contrario sensu*, nos está diciendo que cada heredero podría cobrar su cuota en el crédito, esto es, como si hubieren adquirido el dominio de esa cuota en el crédito al momento de la delación de la herencia. Ello crea un problema, pues existe una evidente contradicción entre los artículos 1526 N° 4° inciso 3°, por una parte y 1344 por la otra.

Alessandri²⁰⁶ sostiene que no es posible que un heredero pueda demandar su cuota en el crédito antes de la partición. Se funda en el efecto declarativo de partición (artículo 1344). Así también algunos fallos.²⁰⁷ En cambio, Luis Claro Solar²⁰⁸ Gonzalo Barriga²⁰⁹ y Manuel Somarriva²¹⁰ sostienen que los herederos pueden demandar desde la delación de la herencia, su cuota en el crédito, sin esperar la partición, pues la división de los créditos se produce de pleno derecho, sin esperar partición (T. 30, sec. 1ª, p. 425). Estos autores concilian los artículos 1526 N° 4, con el artículo 1344, diciendo que tienen esferas de aplicación distintas: el 1526 rige las relaciones heredero-deudor; y el 1344, las relaciones entre los coherederos. En resumen, el heredero puede cobrar su cuota del crédito, pero si posteriormente, al hacerse la

²⁰⁶ ALESSANDRI: Nota a sentencia, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30 (1933), sec. 1ª, p. 425.

²⁰⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 15 (1918), sec. 1ª, p. 277, T. 5 (1907), sec. 1ª, p. 282.

²⁰⁸ CLARO SOLAR, ob. cit., T. XVII, N°s. 2596 a 2603, pp. 202 y ss.

²⁰⁹ GONZALO BARRIGA, nota a sentencia en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30 (1933), sec. 1ª, p. 425.

²¹⁰ SOMARRIVA, Manuel, *Indivisión y Partición*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, N° 552, pp. 340-341; y SOMARRIVA, Manuel, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, sentencia 466, p. 356.

partición, no se le adjudica el crédito, deberá reembolsar lo percibido al respectivo adjudicatario.²¹¹

130.- Artículo 1526 N° 5. Pago de una cosa indeterminada. El artículo 1526 N° 5 establece. "Exceptúanse los casos siguientes: ... 5° Si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores 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". El inciso 2° reitera el principio de que no hay solidaridad de pago activa: "Pero los herederos del acreedor no podrán exigir el pago de la cosa entera sino intentando conjuntamente su acción".

Esta disposición —dice Claro Solar— ha sido tomada de la doctrina de Dumoulin, expuesta por Pothier. Según éste "si el difunto debía indeterminadamente cierta medida de terreno, uno de sus herederos no es admitido a ofrecer al acreedor la mitad de un retazo dado, hasta que el otro heredero dé también en pago de su cuota la otra mitad, porque de otro modo resultaría un perjuicio al acreedor a quien se le debe un terreno de cierta superficie completo y que tiene interés de tener el terreno en cuerpo y no en dos mitades de dos terrenos diferentes". Y más adelante agrega que "la deuda, aunque dividida entre los herederos del deudor, no debe satisfacerse por partes, cuando sin que haya convención, resulta de la naturaleza del compromiso, o de la cosa que es objeto de él, o del fin que las partes se han propuesto en el contrato, que el espíritu de los contratantes ha sido efectivamente que la deuda no pudiese cumplirse por partes. Esto se presume fácilmente, si la cosa que es objeto de la convención es susceptible, en verdad, de partes intelectuales, y es, por consiguiente, divisible; pero no puede ser dividida en partes reales. Se presume con respecto a cosas que pueden dividirse en partes reales, cuando no pueden serlo sin que resulte un perjuicio al acreedor...".²¹²

La Corte Suprema ha aclarado que este N° 5 y el N° 2 del artículo 1526 se refieren a cosas corporales, no a cosas incorpóreas.²¹³

²¹¹ CLARO SOLAR, ob. cit., T. XVII, p. 208.

²¹² CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 542, pp. 490-491.

²¹³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 49 (1952), sec. 1ª, p. 165.

131.- Obligaciones alternativas (artículo 1526 N° 6). El artículo 1526 N° 6 establece: "Exceptúanse los casos siguientes: ... 6° Cuando la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla de consuno; y si es de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos".

En relación con el artículo 1526 N° 6, se presenta un problema muy interesante en el caso del artículo 1489, que da al contratante que cumple un contrato bilateral, acción para pedir el cumplimiento o la resolución de un contrato, con indemnización de perjuicios. Algunos dicen que en ese caso habría una obligación alternativa, y, aplicando este artículo 1526 N° 6, concluyen que si los acreedores son varios tienen que ponerse de acuerdo si piden el cumplimiento o la resolución.²¹⁴ Desarrollaremos este problema al tratar las características de la acción resolutoria.

132.- Paralelo entre solidaridad e indivisibilidad. La solidaridad y la indivisibilidad son instituciones diferentes. Sin embargo, pueden constatarse semejanzas y diferencias importantes:

Semejanzas:

1. Ambos casos constituyen excepción al principio de la división de las deudas cuando hay pluralidad de sujetos;
2. En ambas cada acreedor puede exigir el total y cada uno está obligado a cumplir íntegramente la obligación;
3. En ambos casos, el pago hecho por un deudor extingue la obligación respecto de todos.

Diferencias:

1. La indivisibilidad se explica porque el objeto es indivisible. Emanada de la naturaleza del objeto debido, que no es divisible ni física ni intelectualmente. En cambio, es requisito de la solidaridad que la cosa debida sea divisible.
2. La solidaridad puede renunciarse, la indivisibilidad no.
3. En las obligaciones solidarias, el acreedor puede exigir al pago total a cualquier deudor, que está obligado a pagar la totalidad; en las indivisibles el deudor puede pedir plazo para entenderse con sus codeudores (1526 N° 4 inciso 2°).
4. La solidaridad no se trasmite a los herederos (artículo 1523); la indivisibilidad es transmisible (artículo 1528).

²¹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 57 (1960), sec. 1ª, p. 253.

133.- El ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible. Así lo dice el artículo 1525: "El ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible".

PÁRRAFO X

OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

134.- Concepto. Del artículo 1442, que clasifica los contratos en principales y accesorios, podemos inferir que obligaciones principales son aquellas que pueden subsistir por sí solas, sin necesidad de otras; y que son obligaciones accesorias las que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no puede subsistir sin ella. Por ejemplo, la obligación del mutuario de restituir o la del comprador de pagar el precio son obligaciones principales. En cambio, son accesorias las que derivan de una caución (prenda, fianza, hipoteca, cláusula penal, etc.).

135.- Importancia de la distinción. Tiene importancia esta distinción por cuanto lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Y ello es relevante porque si se extingue la obligación principal, se extingue la obligación accesorio por vía de consecuencia. Aplicación de este principio es el artículo 1536, según el cual "la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal...".

También importa la distinción, para los efectos de la prescripción, pues la obligación accesorio prescribe junto con la obligación principal. Así lo dice el artículo 2516: "La acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesorio, prescriben junto con la obligación a que acceden".

PÁRRAFO XI

OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLES O SUJETAS A MODALIDAD

136.- Introducción. Concepto de modalidad. La regla general es que las obligaciones sean puras y simples; que produzcan sus efectos normalmente desde su nacimiento hasta su extinción. Sin embargo, en virtud del testamento, de la voluntad de las partes o de la ley, se puede agregar a la obligación una modalidad con el objeto de alterar sus efectos normales, sea en cuanto a su nacimiento, a su ejercicio o a su extinción.

Que una obligación produzca sus efectos normales significa que:

- a) El derecho y la correlativa obligación nace coetáneamente con el acto mismo que los crea;
- b) Que generada la obligación, el acreedor puede ejercer sus derechos de inmediato;
- c) Que la obligación va a subsistir en el tiempo hasta su extinción normal, sin que deban volver las partes al estado anterior al acto de su creación, y
- d) Que el deudor debe cumplir su obligación, sin que se le impongan cargas al acreedor, para que pueda tener por suyo el contenido de la prestación.

Estos efectos normales se alteran cuando se incorpora una modalidad. Así, si existe una condición suspensiva, no se produce el primero de los efectos señalados, pues el derecho y la obligación se van a generar cuando se verifique el hecho que constituye la condición; si existe un plazo suspensivo, el derecho y la obligación nacen, pero el acreedor no puede ejercer su crédito de inmediato y, recíprocamente, el deudor no puede ser compelido a cumplir hasta que no se cumpla el plazo; si existe una condición resolutoria, nace el derecho (y la obligación correlativa) pero está sujeto a extinguirse si se verifica el hecho que constituye la condición; si existe un plazo extintivo, cumplido que sea, el derecho y la obligación se extinguen; y, finalmente, si existe un modo, el acreedor hará suya de inmediato la prestación, pero debe cumplir con un determinado gravamen.

De acuerdo a lo dicho, podemos definir las modalidades como elementos establecidos por la ley, el testamento o la voluntad de las partes con el objeto de alterar los efectos normales de un negocio jurídico.

137.- La condición, el plazo y el modo son las principales modalidades, pero no las únicas. En efecto, cualquiera alteración constituye una modalidad, de manera que también tiene este carácter la solidaridad, pues el efecto normal es que habiendo varios deudores y acreedores, cada acreedor sólo pueda exigir su cuota en el crédito y cada deudor quede obligado a su parte en la prestación, lo que se altera con la solidaridad. También constituyen modalidades las obligaciones alternativas o facultativas, en cuanto se separan de la normalidad, y la representación. Esta última porque altera el efecto normal de que los contratos afecten al patrimonio de las partes que los acuerdan, ya que, de seguirse la teoría de la representación-modalidad, el contrato lo celebra el representante y los efectos se radican en el patrimonio del representado.

138.- Características de las modalidades.

a) Son elementos accidentales de los actos jurídicos, porque ni esencial ni naturalmente le pertenecen, sino que se le agregan mediante cláusulas especiales (artículo 1444).

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

b) Son excepcionales, pues la regla general es que los actos sean puros y simples. Consecuencia de lo que decimos es que quien las alegue deberá probarlas; son de interpretación restringida; y no se presumen. Excepcionalmente en el caso de la condición resolutoria tácita, el legislador la presume (artículo 1489: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de...").

c) Requieren de una fuente que las cree, que puede ser el testamento, la convención o la ley. La sentencia judicial normalmente no es fuente de modalidades, salvo que la ley lo autorice expresamente, como ocurre en el artículo 904, que faculta al juez para fijar un plazo al poseedor vencido para que restituya la cosa reivindicada;

d) La regla general es que, en el ámbito patrimonial, cualquier acto jurídico pueda ser objeto de modalidades. Por excepción, hay casos en que la ley no lo permite respecto de ciertos negocios. Ejemplos: no se puede constituir un usufructo bajo una condición o un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio (artículo 768); la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno (artículo 1192). Lo mismo el pacto del artículo 1723 del Código Civil.

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

*Sección Primera**De las obligaciones condicionales*

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

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

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

a) A propósito de las asignaciones testamentarias condicionales, párrafo 2° del Título IV del Libro Tercero del Código Civil, artículos 1070 y siguientes;

b) En las obligaciones condicionales, que son las que estudiaremos en este curso, en el Título IV del Libro IV del Código Civil, artículos 1473 y siguientes, y

c) Finalmente, a propósito del fideicomiso, en el Título VIII del Libro II, artículos 733 y siguientes.

Es importante destacar que el código, al tratar de las asignaciones condicionales, se remite a las obligaciones condicionales, en el artículo 1070 inciso 3°: "Las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título 'De las obligaciones condicionales', con las excepciones y modificaciones que van a expresarse", y, por su parte, el artículo 1493, en las obligaciones condicionales se remite a las asignaciones testamentarias condicionales: "Las disposiciones del Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes".

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

141.- Elementos de la condición. Dos son los elementos de la condición:

a) que sea un hecho futuro, y b) que sea un hecho incierto.

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

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

De manera que si yo digo "te doy \$ 1.000.000 si Chile fue campeón mundial de fútbol el año 1962" no vale esa obligación, porque Chile no fue campeón ese año. Si lo hubiera sido, la condición se tendría por no escrita, por lo que el acto sería puro y simple y tendría que pagar él \$ 1.000.000. Lo que se acaba de decir es independiente de que las partes al contratar hubieren sabido o ignorado la existencia del hecho.

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

b) Hecho incierto. Que el hecho sea incierto quiere decir que puede acontecer o no. Este elemento es el que permite diferenciar a la condición del plazo, pues, en este último, el hecho necesariamente va a ocurrir, aunque no se sepa cuándo.

El código al tratar de las "asignaciones testamentarias a día", precisa en qué consiste que el hecho sea incierto al decir que es incierto (el día) si puede llegar o no (artículo 1081, inciso 3°).

La incertidumbre debe ser objetiva. Con ello se quiere significar que la incertidumbre no la determinan las partes. Así si digo "te doy \$ 1.000.000 si Pedro da a luz", no hay condición, porque objetivamente es un hecho cierto que ello no podrá ocurrir.

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

- a) Expresas y tácitas;
- b) Suspensivas y resolutorias;
- c) Positivas y negativas;
- d) Posibles e imposibles, lícitas e ilícitas;
- e) Determinadas e indeterminadas, y
- f) Potestativas, casuales y mixtas.

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

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

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

Bien miradas las cosas, un mismo hecho va a constituir una condición suspensiva o resolutoria, según el lugar que ocupen las partes.²¹⁵ Así, en el ejemplo recién citado, lo que es condición resolutoria para Pedro, constituye para mí una condición suspensiva: recuperar el \$ 1.000.000 si viajo este año a Europa.

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

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

Ejemplo de condición positiva: Te doy \$ 1.000.000 si viajas a Santiago el domingo;

²¹⁵ En este sentido, PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., p. 356, quien precisa que, en realidad, se trata de distintos efectos para cada una de las partes contratantes, ya que la condición sería siempre un hecho futuro e incierto, que para una de las partes tiene un efecto suspensivo, y para la otra uno resolutorio.

Ejemplo de condición negativa: Te doy \$ 1.000.000 si no viajas el año 1998 a Santiago.²¹⁶ Debe precisarse que la redacción de lo estipulado puede conducir a equívocos respecto a esta clasificación, motivo por el cual se propone acudir al “estado de las cosas existente al tiempo del contrato”; como la condición consiste en un hecho futuro, e incierto, “el suceso decisorio es el que altera el estado de las cosas existente. Si la condición consiste en que ese hecho acaezca, es positiva; si consiste en que no ocurra, es negativa”.²¹⁷

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

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

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

²¹⁶ En sentencia de la Corte Suprema, 12 de octubre de 2021, “Sociedad Concesiones Iquique S.A. con Municipalidad de Iquique”, Rol 125.637-2020, la condición que gatilló la obligación de restituir determinadas sumas de dinero, consistía en que la demandada *no construyese* una determinada obra, dentro de plazo.

²¹⁷ PEÑAILLO ilustra esto con el ejemplo de la condición que consiste en no viajar al extranjero: el hecho que altera el estado actual de las cosas es la salida del país (y no la permanencia en él), motivo por el cual la condición es negativa (no salir del país). Y en el mismo orden, si la condición es “no permanecer soltero”, esta es positiva, ya que el hecho que altera el estado actual de las cosas existente es el matrimonio (debe casarse para que se verifique la condición). PEÑAILLO, *Obligaciones*, ob. cit., p. 357.

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

Dice el artículo 1475 que la condición positiva debe ser física y moralmente posible. Y, en seguida, define a la físicamente imposible como “la que es contraria a las leyes de la naturaleza física”. En los viejos libros, se ponía el ejemplo de condición físicamente imposible: Te doy \$ 1.000.000, si viajas a la luna. Nótese cómo, con el desarrollo tecnológico, el ejemplo ya no sirve. Propongamos un ejemplo actual: “te doy \$ 1.000.000, si Pedro da a luz”.

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

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

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

a) Si la condición es positiva, imposible o ilícita, sus efectos serán distintos según la condición sea suspensiva o resolutoria.

Suspensiva: Ejemplo: Te doy \$ 1.000.000 si el sol aparece por el poniente o si matas a Pedro. La condición se tiene por fallida, lo que significa que el derecho no llegará a nacer (artículo 1480 inciso 1º).

Resolutoria: Te doy \$ 100.000, y me los devuelves si el sol aparece por el poniente (o si matas a Pedro). Se tiene por no escrita (artículo 1080 inciso final), lo que significa que el derecho nace puro y simple, que no va a tener que devolver los \$ 100.000.

b) “Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible la obligación es pura y simple”. Ejemplo: te doy \$ 1.000.000 si Pedro no da a luz un niño. Es pura y simple, tengo que dar los \$ 1.000.000 (artículo 1476). En este caso, como se puede ver, no se distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias.

c) La condición es negativa de un hecho ilícito (ejemplo: te doy \$ 1.000.000 si no matas a Pedro) vicia la disposición (artículo 1476). Que vicia la disposición quiere decir que el acreedor condicional no va a poder exigir el pago. La sanción es curiosa y se explica, porque se estima inmoral que se reciba un pago por no cometer un hecho ilícito.

147.- Condiciones determinadas o indeterminadas. Por definición la condición es un hecho futuro. La pregunta que cabe formularse entonces

es cuánto tiempo habrá que esperar para que se verifique el acontecimiento que la constituye. Este problema nos lleva a hablar de las condiciones determinadas e indeterminadas.

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

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

148.- Límite en el tiempo de la condición indeterminada. Hasta antes de la dictación de la Ley N° 16.952 de 1° de octubre de 1968 (que acortó los plazos de prescripción) se estimaba que las condiciones indeterminadas tenían que cumplirse dentro del plazo que el artículo 739 establecía para el cumplimiento de la condición en el fideicomiso. En ese entonces, ese plazo era de 15 años (antes había sido de 30 años). Así lo entendía la doctrina (con excepción de don Jorge Solís de Ovando)²¹⁸ y, en general, también la jurisprudencia.

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

Hubo, en todo caso, algunos fallos que estimaban que el artículo 739 sólo regía para el fideicomiso.²¹⁹

No había problemas, pues el plazo establecido en el artículo 739 correspondía también al de la prescripción extraordinaria, lo que llevaba a concluir que ese era el plazo máximo de incertidumbre, transcurrido el cual se consolidaban y estabilizaban todos los derechos. (También era de 30 años y después 15, el plazo máximo establecido en otras normas, como

²¹⁸ SOLÍS DE OVANDO, Jorge: “De la caducidad de las condiciones”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37 (1940), 1ª Parte, pp. 24 y ss.

²¹⁹ Véase *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 15 (1919), sec. 1ª, p. 601.

el artículo 963 inciso 3° y 4°, lo que demostraba la idea del legislador de que todas las situaciones jurídicas se consolidaran en ese plazo).

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

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

No merece duda que el plazo de caducidad de las condiciones es de 10 años, pues ese es el tiempo máximo establecido por el código para dar estabilidad a todas las situaciones jurídicas. No hay razón para seguir aplicando la regla del artículo 739, claramente excepcional y en tal sentido debe entenderse la referencia del Mensaje. En este sentido Abeliuk y Peñailillo.²²⁰ Así también la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales.²²¹

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

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

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

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

Ejemplo de condición casual: Te doy \$ 10.000 si llueve el domingo o si Pedro viene de Santiago el domingo.

²²⁰ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 487, p. 391; PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., p. 363.

²²¹ Véase: Corte Suprema, 5 de agosto de 2013, “Valenzuela con Mancilla y otros”, Rol 9258-2012.

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

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

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

Frente a estas condiciones están las "meramente potestativas" que son aquellas que dependen del mero arbitrio de las partes. Ejemplo: Te doy \$ 1.000.000 si quiero; te doy \$ 1.000.000, si quieres. Se les conoce por frases como "si quiero", "si quieres"; "si se me antoja", etc. Se ha fallado que no constituye condición meramente potestativa de la voluntad del deudor la cláusula según la cual el deudor pagará el saldo de precio cuando tenga disponibilidad de dineros.²²²

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

Comentario:

1. Es importante entender que lo que se anula es la obligación, no la condición (artículo 1478).

2. Es importante también tener en cuenta que las únicas condiciones que anulan la obligación son las meramente potestativas de la voluntad del deudor, porque en ellas no hay voluntad seria de obligarse. Ejemplo: Te doy \$ 1.000 si quiero.²²³

Las meramente potestativas de la voluntad del acreedor son válidas. Ejemplo: Te doy \$ 1.000.000 si quieres. Lo prueban el mismo texto del artículo 1478 y el que el legislador la acepte en algunos casos, como el artículo 1823 (la venta a prueba, sujeta a condición que acepte el acreedor). Lo mismo el artículo 131 del Código de Comercio.

²²² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 78 (1981), sec. 2ª, p. 1. Véase también, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 83 (1986), sec. 5ª, p. 94.

²²³ Véase: Corte Suprema, 21 de octubre de 1991, *Gaceta Jurídica* N° 136 (1991), sentencia 2, p. 23.

3. Además, las únicas condiciones meramente potestativas que producirían la nulidad de la obligación serían las meramente potestativas de la voluntad del deudor y suspensivas. Las resolutorias serían válidas. Así Alessandri,²²⁴ Fueyo,²²⁵ Efraín Vío Vásquez,²²⁶ Claro Solar.²²⁷ Ejemplo: Te doy \$ 10.000 si quiero. En este sentido se ha orientado la jurisprudencia.²²⁸

Lo anterior por las siguientes razones:

a) En las condiciones resolutorias la obligación ha podido formarse y producir todos sus efectos, ya que la condición resolutoria no afecta a la existencia de la obligación, sino únicamente su extinción, y

b) El mismo código las acepta, como ocurre en las donaciones revocables, en que el donante se reserva la facultad de recobrar la cosa donada cuando quiera (artículo 1136). También las aceptaría en el pacto de retroventa (artículo 1881).

En contra de esta opinión está la de Abeliuk,²²⁹ para quien no valen las meramente potestativas de la voluntad del deudor, ni las suspensivas ni las resolutorias, porque:

a) Nada autoriza para hacer esta distinción, en circunstancias que el artículo 1478 no la establece;

b) Porque el 1478 está ubicado antes del artículo 1479, que es el que hace la distinción entre condiciones suspensivas y resolutorias, lo que demuestra que es aplicable a ambas;

c) Porque el fundamento de la nulidad de la obligación es el mismo en ambas condiciones, así, por ejemplo, si digo te presto mi casa y me la devuelves si quieres, no habría obligación seria del comodatario, y

²²⁴ ALESSANDRI, ob. cit., p. 143.

²²⁵ FUEYO, *Derecho Civil*, ob. cit., N° 85, pp. 104-105.

²²⁶ VÍO VÁSQUEZ, Efraín: "Las Obligaciones Condicionales". Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1945, N° 35, pp. 51-52.

²²⁷ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 77, pp. 86.

²²⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 19 (1922), sec. 1ª, p. 15; T. 35 (1938), sec. 2ª, p. 19; T. 43 (1946), sec. 1ª, p. 399.

²²⁹ ABELIUK, ob. cit. T. I, N° 489, pp. 391-394. También en la opinión contraria, PEÑAILILLO, quien recalca que la distinción entre condición suspensiva y resolutoria "es más bien de los efectos que la condición tiene en uno u otro sujeto, de modo que cuando se piensa en una condición resolutoria, se está pensando en la condición ubicándose en un sujeto, pero ubicado en el otro esa misma y única condición es suspensiva; y aquí lo que importa es que la condición consista en un hecho dependiente de la única voluntad del obligado." PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., p. 366.

d) Porque, finalmente, en los casos de las disposiciones señaladas (artículos 1136 y 1881) si se observa con cuidado, se verá que se trata de casos en que las condiciones dependen de la sola voluntad del acreedor (y no del deudor).

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

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

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

a) Condición pendiente. Que esté pendiente la condición significa que aún no ocurre, pero puede ocurrir, el hecho que la constituye. Ejemplo: Te doy \$ 1.000.000 si viajas a Alemania. Aún el sujeto no ha viajado, pero está en el plazo en que puede hacerlo.

Los efectos van a ser diferentes según se trate de una condición suspensiva o resolutoria, como luego veremos.

b) Condición fallida. El artículo 1482 señala que "Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado".

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

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

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

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

153.- B. Forma como deben cumplirse las condiciones. Tratan de esta materia los artículos 1483 y 1484, normas que, según algunos, serían contradictorias. Nosotros no vemos la contradicción. Se aplica primero la regla del artículo 1483: "la condición debe cumplirse del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes" (artículo 1483 inciso 1°). Esta regla guarda perfecta concordancia con la norma del artículo 1560 "conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". El inciso 2° del artículo 1483 pone un ejemplo: "Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona, y ésta lo disipa".

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

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

En el Proyecto de 1853, se contiene un ejemplo que grafica muy bien la institución. "Mi heredero dará tal cosa a Pedro si éste se casare con su

hija María". El heredero se vale de medios violentos para que su hija se case con Martín o abrace una profesión religiosa, o calumnia a Pedro para que María rehúse casarse con él; deberá el legado".

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

Algunos autores sostienen que no cabe el cumplimiento ficto si la obligación es potestativa de la voluntad del deudor, pues, en tal caso, él es "dueño" de la condición, como dicen los comentaristas franceses, y, en tal carácter, puede impedir el cumplimiento de la condición que depende de su sola voluntad, sin hacerse acreedor a ninguna sanción.²³⁰

Frente a esta afirmación, Daniel Peñailillo es de opinión que la norma debe aplicarse aunque se trate de una condición simplemente potestativa de la voluntad del deudor, si el deudor impidió el cumplimiento para sustraerse del cumplimiento de la obligación, porque, al ser ilícito el fin, el medio también lo es.²³¹ Señala algunos fallos que han resuelto el asunto de esta forma, uno chileno, publicado en la *Gaceta de los Tribunales* de 1862, p. 286; y otro, español, publicado en la *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1953, N° 438, p. 749.

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

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

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

²³⁰ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., p. 116.

²³¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "El cumplimiento ficto de la condición", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1985, N° 178, pp. 7-36.

La generalidad de la doctrina sostiene que es de aplicación general: Abeliuk,²³² Vío Vásquez,²³³ Alessandri²³⁴ y Luis Claro Solar.²³⁵

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

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

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

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

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

2. ¿Cuál es el fundamento de la institución? Dos soluciones, dice Peñailillo, son posibles: estimar que lo se pretende es sancionar la mala fe del deudor, aplicándole el principio de que nadie se puede aprovechar de su propio dolo; o bien que es una forma especial de indemnizar a la víctima de un hecho ilícito. Y lo que se resuelva sobre este punto es importante, pues frente a un caso concreto en que la condición de todas formas habría fallado (aun sin la actuación del deudor), el resultado es distinto, según el fundamento que se le dé. Si se estima que es una sanción, la condición debe tenerse por cumplida, pues de todas formas el deudor actuó de mala fe. En

²³² ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 493, p. 395.

²³³ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N°s. 108 y 115 y ss.

²³⁴ ALESSANDRI, ob. cit., p. 151.

²³⁵ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 100, p. 106.

cambio, si se considera como una forma de indemnización, la conclusión debe ser la contraria, porque la actitud del deudor no es la que produjo el daño que sólo vino a resultar de un hecho extraño.

3. Otro problema que crea el artículo 1481 es resolver qué entiende el artículo 1481 por “medios ilícitos”. ¿Se refiere a una ilicitud general, como, por ejemplo, si para evitar que se pueda entregar la cosa debida bajo condición, la hurta o la roba? o considera como ilícito a cualquier hecho —que en abstracto pudiera no ser reprobable— pero que dada la finalidad con que se realiza —evitar el cumplimiento de la condición— debe estimarse ilícito.

Peñailillo está por esta última tesis, opinión que compartimos plenamente, pues no nos merece duda que lo que pretende la ley es sancionar el fraude, y la realización de un hecho aparentemente inofensivo para obtener un resultado indebido constituye en nuestro entendimiento una forma de fraude civil.

4. Para que se aplique el artículo 1481, ¿tiene que existir dolo del deudor condicional o basta una actitud culpable, negligente? Peñailillo cree que si sólo hubo culpa del deudor, no rige la norma, puesto que “lo que se persigue con ella es frustrar la pretensión maliciosa del deudor que actúa con el propósito o finalidad de impedir el cumplimiento de la condición” (artículo cit., p. 20). Compartimos plenamente esta opinión, pues ya hemos dicho que lo que la ley pretende es evitar el fraude del deudor condicional.

5. Otro problema. En el supuesto de que la condición establecida por las partes constituya al mismo tiempo un requisito establecido por la ley, para que se pueda cumplir la obligación o ejecutar el negocio, ¿cabe también el cumplimiento ficto de la condición? El ejemplo, que corresponde a una situación que se da bastante en la vida profesional, es el del contrato de promesa en que el promitente vendedor se obliga a celebrar el contrato prometido —venta de un sitio— una vez que la autoridad competente autorice el loteo correspondiente. ¿Procede o no en este caso el cumplimiento ficto? Algunos afirman que no, porque una parte no puede llevar a la otra a una contravención de la ley, además, de que en la práctica la autoridad correspondiente no autorizaría esa operación.²³⁶

Peñailillo cree que para encontrar la solución debe tenerse en cuenta que se deben distinguir dos etapas distintas: la contratación, que da nacimiento

²³⁶ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil*, T. 1^o, 2^o. Vol. 2^o, Parte General, p. 685, cit. por PEÑAILILLO, “El cumplimiento...”, ob. cit.

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

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

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

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

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

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

condición es indeterminada, falla si transcurren 10 años sin que el hecho se verifique. Si la condición es negativa, falla cuando ocurre el hecho que no debía ocurrir.

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

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

Si la condición es suspensiva, se considera que el acto jurídico ha tenido siempre el carácter de puro y simple. “El acreedor por lo tanto se reputará haber adquirido el derecho desde el momento de la celebración del acto o contrato y no desde la realización del hecho condicional. El deudor, por su parte, se estimará que ha quedado obligado desde la misma fecha del acto o contrato condicional”.²³⁷

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

La retroactividad es una ficción destinada a proteger al acreedor condicional, de los actos o gravámenes que pudiera haber realizado el deudor condicional, mientras la condición estuvo pendiente. Como dice Luigi Mosco, “si la resolución se limitase sólo a resolver el vínculo contractual se crearía una situación de enriquecimiento injusto en favor de una u otra parte. Para evitar esto la ley recurre aquí, como en muchísimas hipótesis de disolución del vínculo contractual, a un medio de técnica jurídica que, aun no desconociendo los hechos que se han verificado, tiende no obstante a eliminar en cuanto sea posible las consecuencias económicas y jurídicas que de los mismos se derivan”, y agrega: “Este medio de técnica jurídica es, como se sabe, la retroactividad, la cual tiende a restablecer la situación jurídica y económica existente antes del nacimiento de la resolución jurídica extinguida (resuelta, rescindida o revocada)”.²³⁸

²³⁷ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit. N°s. 127 y ss., pp. 144 y ss.

²³⁸ MOSCO, Luigi, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, ob. cit., p. 371.

En relación con el efecto retroactivo de la condición, puede verse una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 30 de septiembre de 1983.²³⁹

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

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

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

- a) El artículo 1486, por cuanto esta norma señala que el acreedor tiene derecho a los aumentos y mejoras de la cosa, ocurridos cuando estaba pendiente la condición (inciso 2°);
- b) El artículo 2413, pues da pleno valor a la hipoteca desde la fecha de su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces una vez cumplida la condición suspensiva bajo la cual se otorgó (inciso 2°);
- c) El artículo 1487, porque cuando se cumple la condición resolutoria el deudor debe restituir todo lo que hubiere recibido con tal motivo,²⁴⁰ y
- d) Los artículos 1490 y 1491, en cuanto privan de valor a las enajenaciones hechas por el deudor en el tiempo intermedio, a menos que se cumplan determinados requisitos.

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

- a) El artículo 1488. De acuerdo a esta disposición, cumplida una condición resolutoria no se deben restituir los frutos producidos por la cosa mientras estuvo pendiente la condición. Si se aceptare la retroactividad, el deudor condicional debería, al cumplirse la condición, restituir la cosa y los frutos;

²³⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 80 (1983), sec. 2ª, p. 126.

²⁴⁰ Como puede apreciarse en sentencia de Corte Suprema, 12 de octubre de 2021, “Sociedad Concesiones Iquique S.A. con Municipalidad de Iquique”, Rol 125.637-2020, y en Corte Suprema, 9 de septiembre de 2013, “Freire con Pino”, Rol 7936-2012.

b) El artículo 1078, inciso 3º, contiene la misma idea en las asignaciones testamentarias;

c) El artículo 758 en el fideicomiso. Esta norma autoriza al fiduciario para mudar la forma de la propiedad fiduciaria. Si la condición operara con efecto retroactivo, no podría existir esta norma. También se acepta universalmente que cumplida la condición, y operada la restitución al fideicomisario, subsisten los arrendamientos hechos por el fiduciario. Si operara la retroactividad ello no se podría aceptar, porque quien arrendó lo habría hecho sin ningún derecho.

d) Los artículos 1490 y 1491. De acuerdo a estas disposiciones, los actos de enajenación realizados por el deudor estando pendiente la condición, generalmente valen, lo que no sería posible si la condición operara con efecto retroactivo.

161.- En los casos no reglamentados en la ley, ¿opera el efecto retroactivo? Hay quienes sostienen que el Código Civil acoge en general la retroactividad y que aquellas disposiciones de excepción son meras limitaciones al principio habitual, de manera que conforme a él deben resolverse las situaciones no previstas por la ley.²⁴¹ Somarriva sostiene que la situación es al revés: la retroactividad constituye la excepción en nuestra legislación, y como ficción que es, no puede extenderse a otros casos que los previstos expresamente. En el mismo sentido, Abeliuk²⁴² y Vío Vásquez.²⁴³

Luis Cousiño Mac Iver, después de analizar el problema, concluye: "no podemos decir en términos generales la condición tiene efecto retroactivo, o la condición no tiene efecto retroactivo, sino que en cada caso particular podremos pensar este efecto proviene de la retroactividad".²⁴⁴

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

²⁴¹ STITCHKIN, ob. cit., N° 245, pp. 173-174.

²⁴² ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 501, p. 400.

²⁴³ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 148, p. 157.

²⁴⁴ COUSIÑO MAC IVER, LUIS, "De la condición suspensiva", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Santiago, 1926, N° 97, pp. 96-97.

El artículo 1486 señala que "si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación..." (inciso 1º, primera parte). Cousiño Mac Iver²⁴⁵ afirma que esta norma es defectuosa al decir que "se extingue la obligación". Eso es falso, agrega, "la obligación no puede extinguirse porque no ha existido nunca. Lo que ocurre es que deja sin objeto una de las obligaciones que puede posteriormente nacer, y que, por lo tanto, deja sin causa la otra obligación correlativa...". Podríamos decir que más que se extinga la obligación se extingue el contrato (o sea, no sólo se extingue esta obligación sino también la de la contraparte, porque carecería de causa).

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

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

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

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

Finalmente, el artículo 1486 en su inciso final señala que "todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o

²⁴⁵ COUSIÑO MAC IVER, ob. cit., N° 133, p. 131.

según la convención se destina, se entiende destruir la cosa". El ejemplo típico es el caballo de carrera, que se rompe una pata.

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

164.- Efectos de la condición suspensiva, pendiente.

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

Analicemos estos efectos en los números siguientes.

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

Consecuencias que derivan de este efecto:

1. El acreedor no puede exigir su cumplimiento. Así lo dice el artículo 1485 inciso 1º: "No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente".

2. Si el deudor paga antes del cumplimiento, paga lo no debido y puede pedir restitución. El artículo 1485 inciso 2º prescribe: "Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido". En su momento, veremos que en el caso del plazo pendiente ocurre exactamente lo contrario (artículo 1495).

3. El acreedor condicional no puede ejercer la acción pauliana —que establece el artículo 2468— pues tal acción corresponde a los acreedores, calidad que todavía no tiene porque no se ha cumplido la condición.

4. No hay obligación actualmente exigible. Por ello:

- a) La prescripción no está corriendo, pues ello sólo va a ocurrir desde que la obligación se hace exigible (artículo 2514 inciso 2º);
- b) No se puede novar esa obligación (artículo 1633);
- c) No puede operar la compensación (artículo 1656 N° 3), y
- d) El deudor no está en mora.

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

Consecuencias:

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

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

167.- El acreedor tiene una simple expectativa de derecho. El derecho no nace mientras no se cumpla la condición. Pero existe una expectativa de derecho en el acreedor condicional, que la ley respeta. Algunos dicen que hay un germen de derecho, o derecho en potencia o latente. Así, Abeliuk.²⁴⁶

Consecuencias:

a) El acreedor condicional puede impetrar providencias conservativas, mientras está pendiente la condición (artículos 1492 inciso 3º, 1078 inciso 1º; y en el fideicomiso el artículo 761 inciso 2º otorga el mismo derecho al fideicomisario que es acreedor condicional suspensivo).

¿En qué consisten estas medidas conservativas? La ley no lo ha dicho, quedando, dice Abeliuk, entregada a la decisión del juez: puede ser una caución, un nombramiento de depositario, etc.

b) Este germen de derecho lo transmite el acreedor condicional a sus herederos: "el derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos, y lo mismo sucede con la obligación del deudor" (1492 inciso 1º). Esta regla no rige en dos casos:

1. En las asignaciones testamentarias condicionales (1078 inciso 2º). Lo que se explica porque el asignatario tiene que existir al momento en que fallece el causante, según el artículo 962, y

2. Respecto del donatario condicional, por ser la donación un contrato *intuitu personae*, de donde se sigue que tiene que estar vivo para adquirir lo donado.

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

²⁴⁶ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 512, p. 406.

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

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

- a) Nace el derecho y la obligación correspondiente;
- b) El acreedor puede exigir su cumplimiento;
- c) Si el deudor paga, el pago es válido. No puede repetir (1485 inciso 2°);
- d) Según algunos (Alessandri), se produce el efecto retroactivo, lo que, según hemos visto, es a lo menos discutible;
- e) Debe el deudor entregar la cosa debida condicionalmente en el estado en que se halle, favoreciendo al acreedor los aumentos y soportando las pérdidas (artículo 1486) siempre que estas últimas sean fortuitas;
- f) Por regla general no se entregan los frutos que la cosa produjo en el tiempo intermedio (mientras la condición estuvo pendiente). Así lo dice el artículo 1078 inciso 3°. Y en cierto sentido la misma idea se puede extraer del artículo 1488, que está dada para la condición resolutoria, y
- g) Los actos de administración (arrendamientos, por ejemplo) celebrados por el deudor se mantienen, sin perjuicio de que el cumplimiento de la condición importe una causal de extinción del contrato como lo prueba el artículo 1950 N° 3. Este principio se desprende del artículo 758, que otorga al propietario fiduciario —que es un deudor condicional— la facultad de administrar.

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

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

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

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

Efraín Vío la define diciendo que “es aquella condición estipulada por los contratantes o expresada por el testador, que consiste en un hecho cualquiera que no sea la infracción o inejecución de obligaciones contraídas”. Ejemplo: Te regalo mi casa, pero si te separas de tu mujer, me la restituyes.²⁴⁷

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

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

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

175.- Condición resolutoria ordinaria pendiente. Mientras está pendiente la condición el acto o contrato produce todos sus efectos, igual que si fuera puro y simple. De consiguiente, las partes pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones. Y el que tiene el dominio de una cosa sujeta a condición resolutoria puede ejercer los derechos que le otorga ese título, igual que si fuere un propietario puro y simple. Naturalmente que su derecho está expuesto a extinguirse si se cumple la condición. Puede realizar actos de administración, enajenación y gravamen, sujetos a resolverse si se cumple la condición. (Véase, por ejemplo, el artículo 1950 N° 3°, en el caso del arriendo). Si se trata de un asignatario condicional resolutorio,

²⁴⁷ Vío VÁSQUEZ, ob. cit., N° 216, p. 214.

se produce la inmediata delación de la herencia (artículo 956), y puede incluso pedir partición.

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

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

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

177.- Condición resolutoria ordinaria cumplida.

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

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

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

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

178.- Forma de operar la condición resolutoria ordinaria. La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho. No requiere de declaración judicial. Nótese que el artículo 1487 dice "cumplida la condición —no dice declarada la resolución—, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición". Es, como señala Víctor Santa Cruz Serrano, "una manera de expresar que el cumplimiento de la condición resolutoria produce *ipso facto* su efecto de terminar o resolver el contrato, de extinguir los derechos nacidos de él...".²⁴⁸ Nótese, por otra parte, que el artículo 1479 define la condición resolutoria como la que por su cumplimiento extingue un derecho y no como la que da derecho al acreedor para que se declare extinguido un derecho. Así lo entienden todos los autores y la jurisprudencia. Si las partes van a pleito, el tribunal sólo se limitará a constatar que la condición operó, y los efectos se producen a partir del momento en que se cumple.

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

179.- Efectos de la condición resolutoria tácita. Ya hemos dicho que está establecida en el artículo 1489. Va envuelta en todos los contratos bilaterales. Abeliuk²⁴⁹ la define como "aquella que va envuelta en todo contrato bilateral, y en que el hecho futuro e incierto que puede provocar la extinción del derecho de una de las partes es el incumplimiento de sus obligaciones". Agrega que la condición resolutoria tácita se funda en la falta de cumplimiento del deudor.

Se ha fallado que "conforme lo dispone el artículo 1489, para encontrarse frente a una condición resolutoria tácita, es menester que el evento futuro e incierto, que constituye la condición, sea necesariamente, la falta de cum-

²⁴⁸ SANTA CRUZ SERRANO, Víctor, comentario a sentencia en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46 (1949), sec. 1ª, p. 109.

²⁴⁹ ABELIUK, ob. cit. T. I, N° 521, p. 411.

plimiento de alguna de las obligaciones que una de las partes contrajo en virtud del contrato bilateral. En consecuencia, cualquier otro evento futuro e incierto, aun cuando él constituya la falta de cumplimiento de un hecho que se atribuya a un tercero, debe ser calificado como constitutivo de una condición resolutoria ordinaria.²⁵⁰ El incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral da a la otra parte un derecho alternativo para solicitar o el cumplimiento o la resolución, y, en ambos casos, con indemnización de perjuicios.

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

Así, una vieja sentencia de la Corte Suprema, apoyándose en la equidad, resolvió que “los fundamentos que inspiran la disposición del artículo 1489 son de equidad y justicia, y no son otros que sobrentender o presumir que en los contratos bilaterales cada una de las partes consiente en obligarse a condición de que la otra se obligue a su vez para con ella, o sea, la reciprocidad de las obligaciones acarrea necesariamente la de las prestaciones” (T. 28, sec. 1^a, p. 689). Esta es también la opinión de don Arturo Alessandri.²⁵¹

Jorge Giorgi estima que el fundamento de la condición resolutoria se encuentra en la voluntad presunta de las partes. Señala: “... y vista en la condición resolutoria tácita una presunción legal de voluntad de los contratantes, la buena lógica forense nos enseñará a incluirla entre las instituciones jurídicas fundadas en consideraciones de conveniencia más que sobre principios de equidad natural, por poder alguna vez expresar una afirmación contraria a la verdad del hecho no tiene su justificación en la equidad, sino en las necesidades de la vida social”.²⁵²

Según algunos, el fundamento de la condición resolutoria tácita estaría en el hecho de que si en un contrato bilateral una de las partes no cumple con sus obligaciones, la obligación del otro contratante carecería de causa. Así lo sostienen Henri Capitant y sus seguidores, especialmente Joulliot de

²⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 92 (1995), sec. 2^a, p. 7.

²⁵¹ ALESSANDRI, *De la compraventa y de la promesa de venta*, ob. cit., T. II, N° 1632, p. 494. Véase también *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 99 (2002), N° 1, sec. 2^a, p. 11.

²⁵² GIORGI, ob. cit., Vol. IV, N° 205, pp. 213-214.

la Morandiére. En Chile siguen esta tesis Mera, y también así se ha resuelto.²⁵³ Sin embargo, se argumenta en contra de esta opinión señalándose que, de faltar la causa, el contrato sería nulo, por lo que el contratante diligente no podría pedir el cumplimiento. Si lo puede hacer —y el artículo 1489 le da esa opción— es porque la obligación tiene causa. La verdad es que nada tiene que ver el incumplimiento de una de las partes con la existencia de la causa. El requisito de la causa debe verse al momento en que el contrato se celebró, y a ese momento la causa existía, pues ambas partes contrajeron obligaciones recíprocas. El incumplimiento posterior no hace desaparecer la causa. En este sentido los hermanos Mazeaud.²⁵⁴

También se ha dicho que la resolución sería una consecuencia de la interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático. Sin embargo, como acotan los hermanos Mazeaud, “esta explicación carece de precisión y no da cuenta de las diferencias que separan la resolución y la teoría de los riesgos”.²⁵⁵

Los hermanos Mazeaud concluyen que “en realidad, la resolución judicial es un modo de reparación del perjuicio que causa al acreedor el incumplimiento de la obligación del deudor”. Según estos autores, “al dispensarle al acreedor de cumplir con su propia obligación, o al permitirle recuperar la prestación por él efectuada, la resolución se presenta como un modo de reparación de mayor eficacia...”.²⁵⁶

Para Augusto Elgueta Ortiz el fundamento del artículo 1489 está en que “cada parte ha contratado bajo una presuposición real, efectiva, de que su contraparte habrá de cumplir con su obligación y así aquella podrá obtener la ventaja que se propuso y en consideración de la cual consintió en obligarse. Ahora bien, si la contraparte no cumple, esta presuposición, que es supuesto del contrato, falla, y es por esto que la ley autoriza para pedir la resolución...”.²⁵⁷

²⁵³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. 30 (1933), sec. 2^a, p. 1.

²⁵⁴ MAZEAUD, Henri, Leon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. EJEA, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Vol. III, N° 1089, p. 344.

²⁵⁵ MAZEAUD, ob. cit., N° 1089, pp. 344-345.

²⁵⁶ MAZEAUD, ob. cit., N° 1089, pp. 344-345.

²⁵⁷ ELGUETA ORTIZ, Augusto, “La resolución y el incumplimiento recíproco”, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Santiago, 1947. En el mismo sentido, ELGUETA ANGUITA, Augusto, *Resolución de contratos y excepción de pago*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, pp. 59-60.

181.- Características de la condición resolutoria tácita.

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

182.- Requisitos de la condición resolutoria tácita.

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

183.- Que se trate de un contrato bilateral. En este sentido se inclina la mayor parte de la doctrina: Stitckin,²⁵⁸ Alessandri,²⁵⁹ Vío Vásquez²⁶⁰ y Abeliuk.²⁶¹ En contra, Claro Solar, quien cree que opera aun en los contratos unilaterales.²⁶²

Razones de Claro Solar:

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

²⁵⁸ STITCHKIN, ob. cit., T. I, N° 195, p. 133.

²⁵⁹ ALESSANDRI, ob. cit., N° 166.

²⁶⁰ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 273, p. 252.

²⁶¹ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 527, p. 414.

²⁶² CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N°s. 157-158, pp. 169 y ss.

expresa que “el acreedor no podrá pedir la rescisión (entiéndase resolución) del contrato en caso de no pagársele la pensión...” (artículo 2271). En el contrato de prenda –artículo 2396– en que el deudor puede pedir restitución inmediata de la cosa empeñada si el acreedor abusa de ella.

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

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

La jurisprudencia se ha inclinado definitivamente por la tesis de que sólo procede la acción resolutoria en los contratos bilaterales.²⁶³ Se ha fallado que no procede la resolución si el subastador no consigna el precio en la oportunidad establecida en las bases.²⁶⁴

184.- La resolución en los contratos de tracto sucesivo. La resolución también opera en los contratos de tracto sucesivo, pero pasa a llamarse terminación, porque sus efectos no operan retroactivamente sino sólo para el futuro en razón de que las prestaciones de una de las partes no se pueden devolver. Ejemplo: En el contrato de arrendamiento, ¿cómo podría el arrendatario devolver el goce de la cosa? La Corte de Santiago ha resuelto que el contrato de construcción, “por su especial naturaleza impide que la resolución tenga el efecto retroactivo propio de los contratos destinados a producir efectos jurídicos inmediatos, lo que supondría borrar las etapas cumplidas y reponer las cosas al estado anterior a su celebración, lo cual carece de sentido y violenta el principio de equidad que inspira la moda-

²⁶³ Véase: *Gaceta de los Tribunales*, 1886, N° 1292, p. 875; *Gaceta de los Tribunales*, 1893, T. I, N° 1253, p. 858; *Gaceta de los Tribunales*, 1899, T. II, N° 39, p. 33; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 3 (1905), sec. 1ª, p. 66; *Gaceta de los Tribunales*, 1921, 2º semestre, N° 299, p. 1222; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 90 (1993), sec. 1ª, p. 14.

²⁶⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 94 (1997), sec. 1ª, p. 50.

lidad de que se trata. Por tal razón, la resolución del contrato debe afectar únicamente a la etapa no cumplida produciendo más bien el término del contrato en el estado de cumplimiento en que se encuentra".²⁶⁵

185.- La resolución no tiene lugar en la partición. Es corriente que en una partición se produzcan alcances en contra de alguno de los comuneros. Pues bien, ¿qué pasa si no se pagan estos alcances? ¿Se puede pedir resolución de la partición? La respuesta es clara: no hay resolución. Así lo afirma en forma unánime la doctrina nacional.²⁶⁶

Razones:

- a) Porque no es contrato bilateral;
- b) Porque se opone a ello el efecto declarativo de la partición (artículo 1344) que supone que lo adjudicado a cada comunero deriva directamente del causante, no del acto de partición;
- c) El artículo 1489 es doblemente excepcional: primero porque da al acto el carácter de condicional; y, en seguida, porque presume la condición. Luego debe darse a la norma una interpretación restringida aplicable únicamente al caso regulado, que es el de los contratos bilaterales;
- d) El artículo 1348 hace aplicables a la partición acciones propias de los contratos, como la nulidad y la rescisión, pero nada dice de la resolución, lo que demuestra claramente su intención de excluir esta acción, y
- e) El artículo 662 del Código de Procedimiento Civil estableció una hipoteca legal cuando en las particiones se adjudica un inmueble a un comunero, y se producen alcances en su contra que superan el exceso a que se refiere el artículo 660 del mismo código. Se afirma por algunos que esta hipoteca la estableció el legislador justamente porque los comuneros carecían de acción resolutoria para el caso de que el comunero adjudicatario no pagare la diferencia adeudada.

²⁶⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 99 (2002), sec. 2ª, p. 104.

²⁶⁶ SOMARRIVA, *Indivisión y Partición*, ob. cit., N° 586, pp. 373-375; CLARO SOLAR, ob. cit. T. XVII, N° 2653 a 2658, pp. 242 y ss.; SILVA BASCUÑÁN, Marcos, *La Partición de Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1948, N° 365, pp. 286 a 288; LIRA URQUIETA, Pedro, *La Partición de Bienes*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1948, N° 121, pp. 207 a 209; ABELUK, ob. cit., T. I, N° 530, p. 416. En el mismo sentido jurisprudencia: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 3 (1905), sec. 1ª, p. 66; T. 5 (1907), sec. 1ª, p. 400. En sentido contrario, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46 (1949), sec. 1ª, p. 459, con 2 votos disidentes (Alfredo Larenas y abogado integrante Marcos Silva Bascuñán).

186.- Incumplimiento imputable a una de las partes. El incumplimiento de una de las partes constituye justamente el hecho condicional. Nótese que el incumplimiento tiene que ser imputable al deudor, esto es, debido a su dolo o culpa. En ese sentido la opinión absolutamente mayoritaria de la doctrina.²⁶⁷

¿Dónde está establecido este requisito? Se desprende del mismo 1489, que establece que producido el incumplimiento la otra parte puede pedir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos, con indemnización de perjuicios, y precisamente uno de los requisitos para que opere la indemnización de perjuicios es que el deudor esté en mora (artículo 1557) y uno de los requisitos de la mora es el dolo o culpa. Reiteran esta misma idea, en la compraventa, los artículos 1826 y 1873.

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

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

Respecto de las primeras, y partiendo del principio de que el riesgo es del acreedor (artículo 1550), concluye que no cabe la resolución, "ya que de otro modo se autorizaría al acreedor para repetir un pago legítimo y debido".²⁶⁸ Pero, en cambio, en los casos en que el riesgo es del deudor —agrega— debe admitirse la resolución pues si "no puede exigir el cumplimiento de la obligación correlativa que se le adeuda, es forzoso concluir que es procedente y necesaria la resolución del contrato, ya que de no ser así, y al poder obtener la satisfacción de su crédito, se produciría el efecto contrario al querido por la ley, esto es, los riesgos ya no serían soportados por él, sino por su contraparte, toda vez que ésta se vería forzada a cumplir su obligación y no obtendría en cambio la satisfacción de su crédito, satisfacción que impide el caso fortuito o la fuerza mayor".

²⁶⁷ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 164, pp. 180 a 184; ALESSANDRI, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, ob. cit., T. II, N° 1654; VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 281, pp. 264 y 265; SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., sentencia 14, p. 11.

²⁶⁸ ELGUETA ORTIZ, ob. cit., p. 66.

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

Finalmente, en las obligaciones de hacer, si el deudor no puede cumplir por razones enteramente ajenas, debe buscarse la solución, fuera de la teoría de los riesgos. Señala que, si no puede cumplir por una causa sobreviniente al contrato, se extingue su obligación (artículos 1567 N° 7 del Código Civil y 534 del Código de Procedimiento Civil), pero no el contrato. Sin embargo, en este caso procedería la resolución, porque la obligación de la contraparte carecería de causa. En el mismo sentido de Augusto Elgueta Ortiz.²⁶⁹

187.- Procede la resolución por incumplimientos de poca monta. ¿Cualquier incumplimiento es suficiente para demandar la resolución? ¿Incluso de una obligación secundaria? Tradicionalmente se ha enseñado que, al no distinguir la ley, cualquier incumplimiento sería suficiente. Así Arturo Alessandri.²⁷⁰ En el mismo sentido, Somarriva.²⁷¹

El primero que entre nosotros plantea una opinión distinta es Claro Solar, quien piensa que el incumplimiento de una obligación secundaria no es suficiente para pedir la resolución.²⁷² Funda su opinión en la equidad. Posteriormente lo han seguido otros autores. Entre otros, Abeliuk²⁷³ y Fueyo.²⁷⁴ Hay un fallo clásico en esta materia, de la Corte de Apelaciones de Talca, de 12 de noviembre de 1920,²⁷⁵ que negó la resolución por el incumplimiento de una obligación de poca monta, en atención a que las obligaciones infringidas tenían muy poca influencia en cuanto a la consecuencia de los fines que las partes se habían propuesto al contratar. También participa de esta idea Augusto Elgueta Anguita,²⁷⁶ fundado en que “no hay interés en obrar si la acción de resolución se funda en un incumplimiento

²⁶⁹ ELGUETA ANGUITA, ob. cit., pp. 46-47.

²⁷⁰ ALESSANDRI, ob. cit., p. 166.

²⁷¹ SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., sentencia 19, p. 14.

²⁷² CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, pp. 190-193.

²⁷³ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 532, p. 418.

²⁷⁴ FUEYO, *Cumplimiento e incumplimiento...* ob. cit., p. 306.

²⁷⁵ Gaceta de los Tribunales, 1920, II° semestre, N° 142.

²⁷⁶ ELGUETA ANGUITA, ob. cit.

insignificante”. Hay algunos fallos más nuevos en este mismo sentido. Sobre ese punto, véase artículo de don Enrique Alcalde Rodríguez.²⁷⁷

Este problema también lo toca la doctrina extranjera. Así, en Argentina, Ramella sostiene que aunque no lo diga expresamente el artículo 1204 del Código Civil argentino, “no todo incumplimiento autoriza la resolución sino que es menester que éste sea importante o, en otras palabras, no de escasa importancia”.²⁷⁸ En el mismo sentido Juan Luis Miquel, quien afirma que “el incumplimiento contractual debe ser relevante a los efectos del funcionamiento de la facultad resolutoria. La obligación dejada de cumplir debe tener una importancia básica en la concertación del negocio jurídico...”.²⁷⁹

Los hermanos Mazeaud afirman que “todo incumplimiento, sea cual sea su importancia, no lleva consigo necesariamente resolución: el juez dispone de un poder soberano para apreciar el grado de gravedad del incumplimiento susceptible de acarrear la resolución. Apreciará si ese modo de reparación excede, o no, el daño”.²⁸⁰ Esta última opinión guarda armonía con el fundamento que estos autores dan a la condición resolutoria tácita (forma de indemnización de perjuicios).

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

188.- ¿Procede la resolución si el incumplimiento es parcial? No hay duda que sí. Tanto es así que el código lo permite expresamente en el artículo 1875 inciso 2°. En esta parte hay unanimidad de la doctrina y jurisprudencia.²⁸¹

189.- Incumplimiento recíproco de los contratantes. ¿Qué pasa cuando ambos contratantes incumplen? En rigor, no cabe resolución.

²⁷⁷ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Distinción entre obligaciones principales y secundarias y consecuencias de tal distinción en relación con la resolución de un contrato bilateral”, *Revista Chilena de Derecho*, 2003, Vol. 30, N° 2, pp. 387-395.

²⁷⁸ Cit. por FUEYO, *Cumplimiento e incumplimiento...* ob. cit., p. 302.

²⁷⁹ MIQUEL, Juan Luis, *Resolución de contratos por incumplimiento*, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 125-126.

²⁸⁰ MAZEAUD, ob. cit., N° 1098, p. 352.

²⁸¹ SOMARRIVA, ob. cit., N° 19, p. 14; ABELIUK, ob. cit. T. I, N° 532, p. 418. Igual opinión, en la doctrina extranjera, los MAZEAUD, ob. cit., N° 1098, p. 352. En el mismo sentido la jurisprudencia, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28 (1931), sec. 1ª, p. 689.

Así, en general, lo resolvía la jurisprudencia, que solo ocasionalmente daba lugar a la resolución, pero sin indemnización de perjuicios (por faltar el requisito de la mora), con el objeto de no dejar amarradas a las partes a un contrato que ninguno ha demostrado interés en cumplir. Se trataba de contratos de promesa, y los fallos se fundaban en el espíritu general de la legislación y en la equidad.²⁸² Somarriva, comentando la primera de estas sentencias se pregunta si “¿no podría observarse que el artículo 1489, al conceder la acción al contratante diligente, implícitamente se la niega a aquel que no ha cumplido sus obligaciones?”. Además, argumenta que “el artículo 1552 del Código Civil impide que se dé lugar a la resolución si ambos contratantes son negligentes”.²⁸³

La Corte Suprema recientemente ha resuelto “que aun cuando no existe un precepto que regule explícitamente la situación del incumplimiento recíproco en un contrato bilateral, esto es, una norma que dilucide si el contratante incumplidor puede solicitar la resolución de un contrato contra aquél que tampoco ha acatado sus obligaciones propias, los jueces están en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural de acuerdo con lo preceptuado en el N° 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. En efecto no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece ineficaz por voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución es precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació en la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cuál es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido”.²⁸⁴

²⁸² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28 (1931), sec. 1ª, p. 689; T. 57 (1960), sec. 1ª, p. 274.

²⁸³ SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., 2ª ed., N° 20, p. 15.

²⁸⁴ Corte Suprema, 20 de agosto de 2020, “Obando con Diócesis de Villarrica”, Rol 29.362-2018 (que sigue la doctrina fijada en la sentencia de 17 de agosto de 2016, “Parra con Gutiérrez”, Rol 19.681-2016).

190.- Quien demanda la resolución debe haber cumplido su propia obligación o allanarse a cumplirla. Este requisito no aparece del artículo 1489, sino que derivaría del artículo 1552, en cuya virtud “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

De consiguiente, si quien demanda la resolución no ha cumplido con su propia obligación, se le opondrá por el demandado la excepción del contrato no cumplido. En ese sentido la doctrina,²⁸⁵ y durante mucho tiempo así opinaban los tribunales. Así, por ejemplo, se falló que “si una de las partes del contrato de promesa de compraventa no ha cumplido enteramente con su obligación de pagar el precio, mal puede demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios a la otra, que tampoco ha cumplido con la de las principales obligaciones contraídas...”.²⁸⁶

Una opinión distinta encontramos en Elgueta Anguita, discrepancia que se explica porque él no participa de la idea de que para que opere la resolución se requiera de la mora del deudor... “A nosotros —dice Elgueta Anguita— nos parece que no se puede resolver el caso aplicando el artículo 1552. Esta disposición sólo establece que en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora no cumpliendo, mientras la otra no cumpla por su parte. Ni siquiera consagra, a nuestro entender, la excepción del contrato no cumplido...”. Y agrega más adelante: “La excepción de contrato no cumplido sólo se da al demandado como medio de defensa cuando se le exige el cumplimiento, mas no es defensa apta para enervar la acción resolutoria, ya que no es congruente con ésta”.²⁸⁷

En este sentido se está inclinando la Corte Suprema estos últimos años, entendiendo que la excepción de contrato no cumplido “enerva la acción de cumplimiento y/o de indemnización de perjuicios, pero no impide la acción resolutoria, especialmente si ambas partes han incumplido las obligaciones que el contrato les impone, ya que a través de ella lo que se persigue es que

²⁸⁵ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 165, pp. 184 y ss.; ABELIUK, ob. cit. T. I, N° 534, p. 419; ALESSANDRI, comentario a la sentencia publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28 (1931), sec. 1ª, p. 693; SOMARRIVA, ob. cit., N° 20, p. 14.

²⁸⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 81 (1984), sec. 1ª, p. 158.

²⁸⁷ ELGUETA ANGUIETA, ob. cit., pp. 51 y ss.

las cosas se retrotraigan al estado anterior en razón del incumplimiento de las partes respecto de sus obligaciones”.²⁸⁸

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

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

Se suele también dar como argumento el que, de operar la resolución de pleno derecho, no se ve cómo podría el acreedor usar la opción que le otorga el artículo 1489 para pedir el cumplimiento. No parece lógico que pueda pedir el cumplimiento de una obligación ya extinguida. Abeliuk afirma que este razonamiento no es convincente desde que el artículo 1487 –norma aplicable tanto a la condición resolutoria ordinaria como a la tácita– permite al acreedor renunciar a la resolución. De tal suerte, explica que “aun cuando ella operara de pleno derecho, al acreedor le bastaría con manifestar su renuncia, para poder exigir el cumplimiento”.²⁸⁹

En todo caso, como el acreedor tiene que ejercer su opción –solicitando el cumplimiento o la resolución– tendrá para ello que entablar la acción correspondiente (de cumplimiento o de resolución) que tendrá que ser resuelta en una sentencia judicial. Nos parece entonces que no admite dudas, que la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho. En este sentido toda la doctrina.²⁹⁰

²⁸⁸ Corte Suprema, 5 de marzo de 2020, “Aguilera con Ferrari”, Rol 16.677-2018.

²⁸⁹ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 535, p. 420.

²⁹⁰ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 535, p. 420; VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., p. 292; STITCHKIN, ob. cit., p. 205; FUEYO, *Derecho Civil*, ob. cit., T. IV, p. 126; CLARO SOLAR, ob. cit., T. X., N° 161, p. 176; SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., comentario a sentencia N° 15, p. 12. En ese comentario se cita abundante y reiterada jurisprudencia: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 12 (1915), sec. 1ª, p. 376; T. 33 (1936), sec. 1ª, p. 514; T. 35 (1938), sec. 1ª, p. 400; T. 38 (1941), sec. 1ª, p. 318 y T. 77 (1980), sec. 2ª, p. 777; T. 87 (1990), sec. 2ª, p. 43, *Gaceta Jurídica* N° 175 (1995), sentencia 3, p. 30.

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

193.- ¿Es cierto que demandada la resolución, el deudor puede enervar la acción, pagando? Así se ha sostenido casi invariablemente por nuestros autores. En ese sentido, Claro Solar: “Mientras la resolución del contrato no ha sido declarada por la sentencia que ha de poner término al juicio, el contrato subsiste; y por lo mismo, hallándose requerido judicialmente el demandado con la notificación de la demanda, puede evitar la resolución ejecutando la obligación, efectuando la prestación de lo debido durante toda la secuela del juicio”.²⁹¹ Fueyo,²⁹² Abeliuk,²⁹³ Stitchkin,²⁹⁴ Vío Vásquez²⁹⁵ y Somarriva.²⁹⁶ En el mismo sentido abundante jurisprudencia de nuestros tribunales.²⁹⁷

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

No compartimos estas opiniones por las siguientes razones:

a) De aceptarse que el deudor pueda cumplir con su obligación durante la secuela del juicio, se vulnera el artículo 1489 que otorga la opción exclusivamente al contratante cumplidor y al aceptarse que el deudor pudiere pagar durante el juicio, se le está entregando a él la elección, pues por el hecho de pagar está optando por el cumplimiento del contrato.

b) El argumento del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil no tiene el alcance que quienes están por la opinión contraria le dan. Ciertamente

²⁹¹ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 166, p. 187.

²⁹² FUEYO, ob. cit., N° 199, p. 127.

²⁹³ ABELIUK, ob. cit. T. I, N° 535, p. 421.

²⁹⁴ STITCHKIN, ob. cit., N° 208, pp. 142-143.

²⁹⁵ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 317, p. 296.

²⁹⁶ SOMARRIVA, *Las obligaciones y contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., sentencia 16, pp. 12-13.

²⁹⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 44 (1947), sec. 1ª, p. 288; T. 45 (1948), sec. 1ª, p. 597; T. 46 (1949), sec. 2ª, p. 3; T. 77 (1980), sec. 2ª, p. 77; T. 84 (1987), sec. 1ª, p. 149.

es que autoriza para oponer la excepción de pago, cuando se funde en un antecedente escrito, en cualquier estado de la causa, pero una cosa es “oponer la excepción de pago”; y otra muy distinta que pueda “pagar” en cualquier estado de la causa. Dicho de otra forma, si el deudor había cumplido oportunamente su obligación y a pesar de ello se le demanda de resolución, podrá oponer la excepción de pago durante todo el juicio, enervando de esa forma la resolución. Esto es muy diferente a aceptar que pueda pagar en forma extemporánea.

c) Todo contrato es ley para las partes contratantes (artículo 1545 del Código Civil). Por ello, las partes deben cumplir sus obligaciones en la forma y oportunidad convenidas.

La opinión que acabamos de expresar es defendida, con brillo, por don Augusto Elgueta Anguita.²⁹⁸ También adhiere a esta doctrina Daniel Peñailillo²⁹⁹ y Sergio Galaz Ramírez.³⁰⁰ No tengo conocimiento de existir jurisprudencia en este sentido.

Fueyo³⁰¹ en una de sus últimas obras se acerca, débilmente a nuestro juicio, a la opinión que venimos sustentando, al expresar que el deudor en conformidad al artículo 310 del Código de Procedimiento Civil mantiene la facultad de pagar durante el juicio, pero agrega la siguiente prevención: “Con todo, como se dijo recientemente, la alegación abusiva y de mala fe de la excepción de pago no podría hacerse en provecho malicioso del deudor y recíprocamente en perjuicio del acreedor”.

Hay un solo flanco que nos preocupa en la tesis que venimos defendiendo y es el artículo 1879 del Código Civil. Ello porque esta disposición —referida al pacto comisorio calificado, en el contrato de compraventa, por no pago del precio— permite al comprador enervar la acción de resolución pagando el precio a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda. Puede sostenerse entonces que si en el pacto comisorio calificado —es decir, en el caso en que las partes expresamente convinieron que si no se pagaba el precio, el contrato se resolvía por ese solo hecho— la ley todavía da al deudor la oportunidad de pagar dentro de las veinticuatro horas

²⁹⁸ ELGUETA ANGUITA, ob. cit., pp. 97-121.

²⁹⁹ PEÑAILILLO, *Obligaciones*, ob. cit., p. 417.

³⁰⁰ GALAZ RAMÍREZ, Sergio, “¿Puede el deudor demandado enervar la acción resolutoria pagando?”, *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 2004, N° 12, p. 119.

³⁰¹ FUEYO, *Cumplimiento e incumplimiento...* ob. cit., pp. 343-344.

desde que se le notifique la demanda, con buena lógica debería entenderse, *a fortiori*, que en el caso de la simple condición resolutoria tácita, también puede pagar fuera de plazo. El reparo nos parece serio, pero no decisivo, pues la norma del artículo 1879 es una norma muy especial, que sólo debe operar para el caso que fue establecida, no siendo lícito fundarse en ella para sacar conclusiones de alcance general, que pongan en peligro todo el sistema establecido por el artículo 1489.

194.- Derechos que confiere la condición resolutoria tácita. El artículo 1489 confiere al contratante diligente una opción para demandar o el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Si demanda el cumplimiento podrá hacerlo por la vía ordinaria o por la vía ejecutiva, según la naturaleza del título que invoque. En todo caso si lo que se demanda es el cumplimiento de un contrato bilateral, “para que pueda prosperar la acción es necesario que el ejecutante compruebe, al iniciar la demanda, haber cumplido las obligaciones por él contraídas. Del artículo 1552 se desprende que si no se acredita la mencionada circunstancia, procede acoger la excepción, consistente en que el título no reúne los requisitos o condiciones exigidos por la ley para que tenga fuerza ejecutiva”.³⁰² En otro fallo, encontramos un voto disidente del ministro Parada Benavente, en el mismo sentido, al expresar que “resulta muy especialmente del claro tenor del artículo 1552 que para poder exigir ejecutivamente el cumplimiento de una de las obligaciones recíprocas o correspondientes que se estipulan en un contrato bilateral, es menester que previamente se establezca que el ejecutante ha cumplido las que a él le incumbían según ese mismo contrato. Y esa prueba, naturalmente, debe preceder a la demanda ejecutiva, porque, como es sabido, el carácter ejecutivo de un título debe encontrarse en el título mismo a la fecha en que se pide el mandamiento de embargo, y no en las probanzas posteriores que dentro de la ejecución se produzcan”.³⁰³

³⁰² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30 (1933), sec. 1ª, p. 1; T. 89 (1992), sec. 2ª, p. 124.

³⁰³ Corte de Apelaciones de Talca, *Gaceta de los Tribunales*, 1914, enero-abril, N° 100, p. 225. En el mismo sentido de este voto disidente, varios fallos: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 19 (1922), sec. 1ª, p. 359; T. 21 (1924), sec. 1ª, p. 859; T. 37 (1940), sec. 1ª, p. 18; y T. 48 (1951), sec. 1ª, p. 116.

Para el caso que se demande la resolución, la vía tendrá que ser necesariamente la ordinaria ya que del solo título no consta el incumplimiento del contrato.³⁰⁴

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

Si el contratante diligente demanda el cumplimiento y no lo obtiene, mantiene su opción para demandar la resolución. Así lo entiende la doctrina. Al respecto Claro Solar nos recuerda que ello no era posible en Roma, pues había leyes expresas que impedían volver sobre la elección ya hecha al verificarse la condición que constituía el pacto comisorio expreso, pues no existía la condición resolutoria tácita, y además aquella legislación se explica por su riguroso formulismo. Además, agrega Claro Solar, el pacto comisorio producía allí efectos por sí solo. Pero en nuestro Derecho, la situación es diferente: “Pero si el vendedor, que ha recibido parte del precio, ha preferido demandar el cumplimiento completo del contrato y no lo consigue, sin embargo, ¿por qué habría de quedar impedido de pedir después la resolución, fundándose precisamente en que no ha podido conseguir el pago del precio, a pesar de su deseo de perseverar en el contrato? Y si ha pedido la resolución del contrato, ¿por qué no ha de poder, en la dificultad de obtenerla, demandar el precio o aceptar el pago del precio que le ofrece el comprador?”³⁰⁵

196.- La acción de indemnización de perjuicios es accesoria a la de resolución o cumplimiento. Con ello queremos señalar que no se puede demandar derechamente indemnización de perjuicios, sino que sólo como consecuencia de demandar el cumplimiento o la resolución del contrato. La claridad del artículo 1489 no admite dudas. Así lo entien-

³⁰⁴ SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., sentencia 21, p. 21.

³⁰⁵ CLARO SOLAR, ob. cit. T. X, N° 171, pp. 193 y ss. En el mismo sentido, VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 303, p. 284, y ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 544, pp. 429-430. Hay abundante jurisprudencia sobre el tema, que cita SOMARRIVA, al comentar la sentencia N° 24, p. 17, en *De las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*.

de la doctrina, Vío Vásquez.³⁰⁶ Así también la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales.³⁰⁷

En relación con lo que se viene comentando, se ha fallado que “demandado el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, es inconsecuente que el fallo rechace, por una parte, dicho cumplimiento y, por otra, acoja la indemnización. Porque, según el claro tenor literal del artículo 1489 del Código Civil, la indemnización tiene como antecedente jurídico la resolución o el cumplimiento del contrato (todavía incumplido)”³⁰⁸

No se puede, pues, pedir la indemnización de perjuicios si no se ha demandado el cumplimiento o la resolución.³⁰⁹ Sin embargo, esta regla tiene una excepción importante en el caso que la obligación incumplida sea de hacer, pues respecto de ellas, si el deudor se constituye en mora el acreedor puede demandar, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; y que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato (artículo 1553).

Los perjuicios tendrán que probarse, de acuerdo a las reglas generales.³¹⁰ Lo anterior, sin desmedro de que pueda haberse convenido una cláusula penal, que releve de esta obligación al actor.³¹¹

La regulación de los perjuicios podrá hacerse en el mismo juicio, si se hubiere litigado sobre su especie y monto. O, en caso contrario, el tribunal reservará a las partes el derecho para discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso (artículo 173 Código de Procedimiento Civil).

³⁰⁶ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., p. 290.

³⁰⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30 (1933), sec. 1ª, p. 495; T. 6 (1909), sec. 2ª, p. 70.

³⁰⁸ *Fallos del Mes* N° 241, sentencia 3, p. 382.

³⁰⁹ Esta postura, sin embargo, ha sido objeto de una “revisión” esta última década por parte de la Corte Suprema, observándose una tendencia a la admisibilidad de acciones indemnizatorias, ejercidas autónomamente, esto es, sin que concurra a la vez, una demanda de cumplimiento o resolución. Véase: LÓPEZ DÍAZ, Patricia, “La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2014, N° 23, pp. 139-207.

³¹⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 17 (1920), sec. 1ª, p. 117.

³¹¹ *Gaceta de los Tribunales*, 1938, T. 2º, N° 103, p. 478.

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

a) En la condición resolutoria tácita, el hecho futuro e incierto, es el incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral; en la condición resolutoria ordinaria, cualquier hecho futuro e incierto que no sea el incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral;

b) La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho; la tácita requiere de declaración judicial;

c) La condición resolutoria ordinaria requiere de una manifestación expresa de voluntad; la tácita es sobrentendida por la ley en todo contrato bilateral;

d) La condición resolutoria tácita sólo opera en los contratos bilaterales (opinión mayoritaria); la ordinaria se puede establecer en cualquier negocio jurídico;

e) Cumplida la condición resolutoria ordinaria se produce necesariamente la resolución; en cambio, en la condición resolutoria tácita el acreedor condicional tiene un derecho optativo para demandar el cumplimiento o la resolución del contrato;

f) Como la condición resolutoria tácita requiere de sentencia judicial que la declare, sus efectos son relativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º Código Civil. La situación es totalmente diferente en la ordinaria, ya que al operar por el solo ministerio de la ley aprovecha a cualquier interesado, y

g) En la condición resolutoria tácita el acreedor tiene derecho a indemnización de perjuicios, lo que no ocurre en la ordinaria.

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

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

Si se observan los dos incisos, se podrá apreciar que el segundo no hace más que repetir lo que dice el primero.³¹²

³¹² Vío VÁSQUEZ, ob. cit., N° 336, p. 325.

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

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

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

a) El pacto comisorio no es otra cosa que la condición resolutoria tácita expresada, convenida;

b) En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden celebrar cualquiera estipulación con tal que no se atente contra la ley, el orden público o la moral y, por la misma razón, no se ve por qué no podrían acordar un pacto como éste, y

c) Únicamente por una razón histórica el pacto comisorio se ha ubicado dentro de los pactos accesorios al contrato de compraventa. Tiene su origen en la *Lex Commissoria* del Derecho Romano. Como allí no se aceptaba la condición resolutoria tácita, pareció necesario establecer la *lex commissoria*, en cuya virtud si el comprador no pagaba el precio, el vendedor quedaba autorizado para solicitar se dejare sin efecto esa venta.

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

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

200.- Pacto comisorio simple y pacto comisorio calificado. La doctrina ha establecido esta clasificación del pacto comisorio, que extrae del artículo 1879: "Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de compraventa, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda".

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

a) El pacto comisorio simple, que no viene a ser más que la condición resolutoria tácita expresada. Por ejemplo, en un contrato de compraventa se establece que si el comprador no paga el precio se resolverá el contrato; o si en el arrendamiento se conviene que si el arrendatario no paga la renta en la oportunidad fijada en el contrato, éste se extinguirá (recuérdese que el contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo por lo que la resolución toma el nombre de terminación), y

b) El pacto comisorio calificado o con cláusula *ipso facto*, que se define como el acuerdo de las partes en orden a dejar sin efecto el contrato, de inmediato, *ipso facto*, si el deudor incumple sus obligaciones. No es necesario emplear palabras sacramentales. Estaremos frente a un pacto comisorio calificado, cualesquiera que sean los términos empleados, si aparece clara la intención de las contratantes de que se produzca la resolución de inmediato, por el solo hecho del incumplimiento, sin necesidad de resolución judicial.

Veamos algunos ejemplos:

a) Pacto comisorio simple:

Ejemplo 1. Las partes acuerdan que si el comprador no pagare el precio convenido en el plazo fijado, se resolverá el contrato de compraventa;

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

b) Pacto comisorio calificado:

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

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

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

1. Efecto del pacto comisorio simple, en el contrato de compraventa por no pago del precio;

2. Efecto del pacto comisorio simple en el contrato de compraventa, por obligaciones distintas a la de pagar el precio, o en los demás contratos por incumplimiento de cualquiera obligación;

3. Efectos del pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por no pago del precio, y

4. Efectos del pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por una obligación distinta a la de pagar el precio o, en los demás casos, por incumplimiento de cualquiera obligación.

202.- Efecto del pacto comisorio simple, en el contrato de compraventa por no pago del precio. El artículo 1878 expresa que "por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el artículo 1873", esto es, el derecho a exigir el precio (cumplimiento del contrato) o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

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

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

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

Como puede observarse, pese a que las partes convinieron que la compraventa se resolviera *ipso facto*, es decir, por el solo hecho del incumplimiento,

no ocurre de esta forma, puesto que se otorga al comprador un plazo de 24 horas que se cuentan desde la notificación de la demanda, para enervar la acción de resolución, pagando el precio adeudado. De manera que está claro que la resolución no opera de pleno derecho, sino que se requiere de una sentencia judicial que la declare.

Víctor Santa Cruz se pregunta: "... ¿Por qué el legislador cuidó de que el pacto comisorio no produjera su efecto de resolver *ipso facto* la compraventa? Y responde: "la razón es obvia: hay un interés social en la estabilidad de las transferencias de dominio que sigue a los títulos traslativos de propiedad, como lo es la compraventa. La resolución de tales contratos no sólo afecta a las partes, pues según los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, puede alcanzar a los terceros poseedores que hayan sucedido al comprador...". Por la misma razón es que "el pacto comisorio, que puede producir la resolución de la venta, si el comprador no paga el precio a las veinticuatro horas de notificado, prescribe en cuatro años, en lugar de diez años (hoy cinco años), artículo 1880; el pacto de retroventa, que igualmente puede resolver la venta con consecuencia para los terceros poseedores, no puede intentarse después de pasados cuatro años desde la venta (artículos 1881, 1882 y 1885); la rescisión por lesión enorme no procede cuando el comprador ya ha enajenado la cosa (artículo 1893)...".³¹³

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

Se demanda la resolución en juicio ordinario, pues no hay un procedimiento especial (artículo 3° del Código de Procedimiento Civil). Notificada la demanda, el comprador cuenta con un plazo de 24 horas, para enervar la acción de resolución pagando. Si el vendedor no quiere aceptar el pago, podrá pagar por consignación, lo que hará depositando la suma adeudada con los intereses vencidos, si los hay, y los demás cargos líquidos, en la cuenta corriente del tribunal que conoce del juicio de resolución (artículo 1600 inciso final).

Respecto al plazo para pagar, llamamos la atención que son 24 horas, que no es lo mismo que un día, por cuanto por tratarse de un plazo de

³¹³ SANTA CRUZ SERRANO, comentario a sentencia, cit., p. 109.

horas, se empieza a contar a partir del momento mismo en que se notifica la demanda, ejemplo: si se notifica a las 5 p. m. del 13 de septiembre, el plazo vence a las 5 p. m. del 14 de septiembre. En tanto que si fuere de un día, y se notifica a las 5 p. m. del día 13, el plazo vence el 14 a las 24 horas, por disponerlo así el artículo 48 del Código Civil. Además, es un plazo fatal, por lo que cumplido caduca el derecho del comprador para pagar, sin necesidad de acusar rebeldía (artículo 49 del Código Civil).

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

a) Argumento histórico. En los proyectos de Código Civil aparece claro que don Andrés Bello se quiso separar en esta materia del artículo 1656 del Código Civil francés, que le sirvió de fuente inspiradora;

b) El artículo 1878 –aplicable al pacto comisorio simple y al calificado– no priva al vendedor de la elección de acciones, pudiendo éste pedir el cumplimiento o la resolución. Si el contrato se resolviera *ipso facto*, no se ve cómo podría solicitarse el cumplimiento, pues el contrato ya está terminado;

c) El artículo 1879 señala que el vendedor podrá, "sin embargo, hacerlo subsistir". Esta frase demuestra que el contrato no se extinguió por el solo incumplimiento, pues "subsistir" significa que sigue viviendo;

d) Si el comprador puede enervar la resolución pagando dentro de 24 horas, desde que le notifica la demanda, es porque la resolución no opera por el solo hecho del incumplimiento, y

e) Finalmente, y sin duda el argumento más categórico, es que el artículo 1879 exige demanda judicial, lo que implica juicio y sentencia.³¹⁴

Lo que se viene diciendo es de la mayor importancia, pues el hecho de que se exija sentencia judicial significa que "puede así el comprador, e incluso los terceros interesados, pagar oportunamente para dejar a firme sus derechos..." y "en segundo término, si bien el comprador no puede enervar la acción por medio del pago, sino cuando lo efectúa dentro del término señalado, puede oponer otras excepciones y enervar de esta manera la resolución, pues el juez debe pronunciarse sobre todas las acciones y

³¹⁴ Sobre este punto véase: VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 346, pp. 336-337; ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 542, pp. 425-426.

excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, artículos 193 (hoy 170), 299 (hoy 309) y 943 (hoy 768) N° 5 del C.P.C.”³¹⁵

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

a) Según algunos,³¹⁶ la resolución se produce al momento en que se acoge la demanda.

b) Para otros,³¹⁷ la resolución se produce al momento en que se extingue el plazo de 24 horas para enervar la acción pagando.

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

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

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

206.- Efectos del pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por el incumplimiento de una obligación distinta a la de pagar el precio o en otro contrato por incumplimiento de cualquiera obligación. En relación con los efectos del pacto comisorio calificado en estos casos, hubo en un tiempo una discusión doctrinaria, que estimamos hoy prácticamente agotada. El problema es resolver si la resolución opera de pleno derecho o si requiere también, igual que en la compraventa por no pago del precio, de una sentencia judicial que la declare. Una sentencia de la Excma. Corte Suprema, en materia de arrendamiento, resolvió que la resolución opera por sentencia judicial y aplicó por analogía el artículo 1879

³¹⁵ STITCHKIN, ob. cit., N° 222, p. 153.

³¹⁶ BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., T. III, p. 165; FUEYO, *Derecho Civil*, ob. cit., T. I, N° 111, p. 135.

³¹⁷ ALESSANDRI, *De la compraventa y de la promesa de venta*, ob. cit., T. II, N° 1784, p. 663.

del Código Civil;³¹⁸ Vío Vásquez³¹⁹ se muestra, en general, conforme con esta sentencia.

No compartimos lo anterior. Nos parece absolutamente claro que el pacto comisorio calificado, en este caso, opera de pleno derecho porque es eso lo que las partes pretendieron al estipularlo. No estamos frente al pacto comisorio del artículo 1879, por lo que no hay razón para aplicar sus reglas, sino ante un pacto creado por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1545. La norma del artículo 1879 es excepcional –porque rige para la compraventa y sólo para el no pago del precio–, por ello su aplicación debe ser restrictiva. Además, como afirma Stitchkin, “... para interpretar las cláusulas de un contrato en que no hayan reglas especiales, debe recurrirse a las disposiciones generales de los artículos 1560 y siguientes, que atienden principalmente a la intención de los contratantes, que al estipular en esta forma el pacto comisorio en un contrato, pretenden, sin lugar a dudas, que se resuelva de pleno derecho en caso de incumplimiento”³²⁰.

La Corte Suprema, en sentencia de 2 de julio de 1948,³²¹ acoge la tesis que venimos sustentando, al establecer que en los contratos de arrendamiento las partes pueden estipular la terminación *ipso facto* del contrato por incumplimiento de las obligaciones de alguna parte y que esta estipulación surte los efectos que quisieron atribuirle, o sea que el contrato queda terminado por el solo hecho de no cumplirse la obligación de que se trata, sin necesidad de acción en que se pida la terminación ni de sentencia que la declare. Este fallo tiene un extenso y esclarecedor comentario favorable de Víctor Santa Cruz Serrano quien, entre otros argumentos, recuerda que el pacto comisorio constituye una condición resolutoria, por lo que cabe aplicarle lo dispuesto en el artículo 1484, según el cual las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida. Y exigir sentencia

³¹⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 38 (1941), sec. 1ª, p. 318.

³¹⁹ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 350, p. 351. En el mismo sentido, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 86 (1989), sec. 5ª, p. 92, Consid. 2.

³²⁰ STITCHKIN, ob. cit., N° 223, p. 155.

³²¹ Corte Suprema, 2 de julio de 1948, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 48 (1951), sec. 1ª, p. 109.

judicial no es lo que las partes convinieron. En el mismo sentido Fernando Alessandri.³²² En contra, Arturo Alessandri y Luis Claro Solar.³²³

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

Don Víctor Santa Cruz Serrano, en el comentario ya mencionado, critica la sentencia en un punto: en cuanto “parece entender que tales conclusiones (que la terminación opera de pleno derecho) no rigen en el arrendamiento de predios urbanos, dado el tenor del artículo 1977, que está ubicado en las reglas particulares relativas al arriendo de ‘casas, almacenes u otros edificios’. Estima que el artículo 1977 no es de orden público y, por consiguiente, pueden las partes renunciar a su aplicación estableciendo un Pacto Comisorio Calificado”.³²⁴

No cabe, a nuestro juicio, aplicar a este caso el artículo 1977 del Código Civil, según el cual “la mora de un período entero de pago de la renta dará derecho al arrendador, después de dos 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”. Si hay pacto comisorio esta regla no rige porque no se trata de “hacer cesar inmediatamente el arriendo”, ya que, lo repetimos, el contrato de arriendo se extinguió al cumplirse la condición contemplada en el pacto (no pago de la renta en el período fijado). Así lo ha dicho un fallo de la Excma. Corte Suprema de 8 de agosto de 1996: “El pacto comisorio calificado que las partes introdujeron en su contrato de arrendamiento comparte la naturaleza jurídica de la condición resolutoria ordinaria y por consiguiente su cumplimiento —en la

³²² ALESSANDRI, Fernando, “Explicaciones de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal” Apuntes, Ed. Nascimento, Santiago, 1936, T. II, p. 198.

³²³ ALESSANDRI, *De la compraventa y de la Promesa de Venta*, ob. cit., T. II, N° 1703, pp. 655 y ss.; CLARO SOLAR, Luis, “Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio (notas para alegar)”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. VIII (1911) 1ª Parte, p. 175.

³²⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46 (1949), sec. 1ª, p. 120.

especie, la falta de pago de las rentas— produce *ipso jure* la extinción del arrendamiento, sin que sea menester una declaración judicial, razón por la cual el arrendatario carece de facultad para hacer subsistir el contrato consignando las rentas que en su oportunidad dejó de pagar...”³²⁵

Un comentario final, en relación con el pacto comisorio calificado en el contrato de arrendamiento. Se ha fallado que no tendría valor el pacto comisorio calificado por no pago de rentas, en razón de que el artículo 1977 del Código Civil sería una norma de orden público.³²⁶ No estamos de acuerdo en que el artículo 1977 sea una norma de orden público, que las partes no puedan renunciar mediante el establecimiento de un pacto comisorio calificado. Tampoco creemos que se trate de una renuncia prohibida por el artículo 19 de la Ley N° 18.101, porque lo que prohíbe renunciar el artículo 19 son los derechos que esta ley confiere a los arrendatarios. Y el artículo 1977 está en el Código Civil, no en la Ley N° 18.101.³²⁷

En sentido contrario, un fallo de 22 de agosto de 1996, de la Excma. Corte Suprema en que, tratándose de un pacto comisorio calificado en un contrato de arriendo de un predio rústico, regido por el D.L. N° 993, la Corte Suprema resolvió que “la ley niega al arrendador de predios rústicos el derecho de pactar que el simple retardo en el pago de la renta constituye en mora al arrendatario” y que “para constituir en mora al arrendatario de un predio rústico, se requiere en todo caso de dos reconvenciones debiendo mediar entre ambas a lo menos treinta días, según lo dispone el artículo 11 del D.L. N° 993”.³²⁸ Definitivamente no estamos de acuerdo con este pronunciamiento. El D.L. N° 993 no prohíbe el pacto comisorio calificado en un contrato de arrendamiento de un predio rústico. Y el inciso 1° del artículo 11 de ese cuerpo legal es muy claro en orden a que, a falta de disposiciones especiales, se apliquen las disposiciones generales.

207.- Prescripción del pacto comisorio. El artículo 1880 establece que “el pacto comisorio calificado prescribe al plazo prefijado por las partes, si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato”.

³²⁵ *Revista Fallos del Mes* N° 453, sentencia 17, p. 1654.

³²⁶ *Gaceta Jurídica* N° 145 (1992), sentencia 1, p. 80.

³²⁷ En ese sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de diciembre de 1994, causa Rol N° 709-94, considerando 9°, no publicada.

³²⁸ *Fallos del Mes* N° 453, sentencia 11, p. 1631.

“Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno”.

Respecto de esta norma, es importante precisar lo siguiente:

a) El plazo de prescripción que ella establece rige únicamente para el pacto comisorio –simple o calificado– que reglamenta el Código Civil, es decir, para el contrato de compraventa por no pago del precio. Así Abeliuk.³²⁹

En el caso del pacto comisorio establecido en otros contratos, o en la compraventa por una obligación diferente a la de pagar el precio, no se aplica la norma del artículo 1880. La prescripción en esos casos se regula por los artículos 2514 inciso 2º y 2515, vale decir, prescribe en 5 años contados desde que la obligación se hace exigible;

b) El artículo 1880 no dice que el pacto comisorio prescriba en 4 años, sino en el plazo que las partes acordaren si no pasare de 4 años. Luego puede prescribir en un plazo menor de 4 años, y

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

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

³²⁹ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 551, p. 433.

contrato, se está refiriendo a la acción resolutoria que se le concede por el artículo 1873, según declaración del artículo 1878. Además, llegaríamos al absurdo que el artículo 1880 sería letra muerta, puesto que el vendedor en todo caso tendría derecho a solicitar la resolución del contrato, y esto no es posible. Si se estipuló pacto comisorio, es porque las partes quisieron someterse a estas reglas y no a las de la condición resolutoria del artículo 1489, por lo que su renuncia a la acción que concede esta condición se presume tácitamente.³³⁰ Este autor –Vío Vásquez– agrega que el vendedor en este caso sólo podría solicitar el pago del precio, pues el artículo 1880 no se refiere a la acción de cumplimiento.³³¹ En el mismo sentido Arturo Alessandri.³³²

Estamos plenamente de acuerdo con estas opiniones. Sin embargo, la Corte Suprema admitió la tesis contraria, al rechazar un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una sentencia de la Corte de Puerto Montt que resolvió que no obstante el pacto comisorio, el vendedor puede solicitar la resolución de un contrato fundado en los artículos 1489 y 1873.³³³

209.- De la acción resolutoria. Abeliuk la define como “la que emana de la condición resolutoria en los casos que ella requiere sentencia judicial, y en cuya virtud el contratante diligente solicita que se deje sin efecto el contrato por no haber cumplido la contraparte alguna de las obligaciones emanadas de él”.³³⁴

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

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

En la condición resolutoria ordinaria o en los otros pactos comisorios, no hay acción resolutoria, porque la resolución opera de pleno derecho, no

³³⁰ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 348, p. 343.

³³¹ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 348, p. 343.

³³² ALESSANDRI, *De la compraventa y de la promesa de venta*, ob. cit., N° 1874, p. 964.

³³³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 90 (1993), sec. 1ª, p. 72 (“Fisco con Inversiones Comercial Transego Ltda.”).

³³⁴ ABELIUK, ob. cit. T. I, N° 545, p. 430.

se demanda judicialmente y por ello no se requiere de acción. Luego, como observa Abeliuk,³³⁵ es erróneo afirmar que la acción resolutoria proviene de la condición resolutoria, pues, como se viene mostrando, hay casos de condición resolutoria que no dan acción.

210.- Características de la acción resolutoria. La doctrina señala las siguientes:

- a) Es una acción personal;
- b) Patrimonial;
- c) Mueble o inmueble, según el objeto de que se trate, y
- d) Indivisible.

211.- La acción resolutoria es personal. Aun cuando en la doctrina extranjera su naturaleza de personal ha sido discutida, en Chile la unanimidad de la doctrina así lo entiende.³³⁶ Es personal, porque la acción deriva del contrato y éstos generan derechos personales. No olvidemos que el artículo 578 nos dice que “de estos derechos –de los personales o créditos– nacen las acciones *personales*”.

Por ser personal, sólo se puede entablar en contra de quien celebró el contrato, no en contra de terceros. Por ello, si el comprador, por ejemplo, enajena la cosa a un tercero, no podrá intentarse la acción en contra de este tercero, porque no fue parte del contrato.³³⁷ Ello, sin perjuicio de que exista otra acción en contra de ese tercero (reivindicatoria o restitutoria), como luego veremos. Por esta razón, la Corte Suprema ha fallado que no se puede dirigir la acción resolutoria contra una persona que actuó como mandatario.³³⁸

En el caso en que los deudores incumplidores se hubieren obligado solidariamente, la acción puede intentarse en contra de cualquiera de ellos.³³⁹

212.- La acción resolutoria es patrimonial. Ello es así desde que su objetivo es dejar sin efecto un contrato patrimonial. No cabe la resolución

³³⁵ ABELIUK, ob. cit. T. I, p. 430.

³³⁶ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 353; ALESSANDRI, *De la compraventa y de la promesa de venta*, ob. cit., T. II, N° 1738, p. 746; ABELIUK, ob. cit., N° 546, pp. 430-431, SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., sentencia 25, pp. 18-19.

³³⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 10 (1913), sec. 1ª, p. 507.

³³⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28 (1931), sec. 1ª, p. 185.

³³⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 50 (1953), sec. 1ª, p. 57.

en el Derecho de Familia. Del hecho de ser patrimonial derivan importantes consecuencias:

1. Es renunciable. Así fluye del artículo 1487 y es lógico que así sea, pues sólo mira al interés personal del renunciante y no se encuentra prohibida su renuncia (artículo 12 del Código Civil).³⁴⁰ Se puede renunciar en el mismo contrato, o posteriormente antes del incumplimiento.

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

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

En cambio, sí vale la pena detenerse en lo relativo a su condición de transferible. Ello con el objeto de precisar que algunos autores consideran que si se cede un crédito, esta cesión no importa la transferencia de la acción resolutoria. Esta opinión se funda en que la resolución sería una excepción personal, que no queda comprendida en la cesión, según el artículo 1906 del Código Civil. Así lo estima una buena parte de la doctrina.³⁴¹ Una opinión distinta encontramos en Alessandri.³⁴² Por ello, y para evitar problemas, cuando se cede un crédito, parece importante ceder también la acción resolutoria, pues de no hacerse así podría sostenerse que el cesionario no puede demandar la resolución del contrato, pues la cesión traspasa únicamente el crédito, no la calidad de parte contratante.

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

Vío Vásquez responde afirmativamente. Expresa que “si un tercero efectúa el pago del precio consintiéndolo el acreedor y cumpliéndose los demás requisitos ordenados en el artículo 1611, se subroga en los derechos

³⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de agosto de 2003, *Gaceta Jurídica* N° 278 (2003), p. 146.

³⁴¹ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 363, p. 36. En el mismo sentido, ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 550, p. 433. Así se ha fallado: *Gaceta de los Tribunales*, 1882, sentencia 1840, p. 1021.

³⁴² ALESSANDRI, *De la compraventa y de la promesa de venta*, ob. cit., T. II, N° 1729, p. 733.

y acciones del acreedor, pudiendo, en ese caso, ejercer la acción resolutoria".³⁴³ En el mismo sentido, Borda.³⁴⁴

A nosotros nos parece que el tercero que paga sólo se subroga en el crédito, no adquiere la calidad de contratante y como de acuerdo al artículo 1489, la acción resolutoria le corresponde al "contratante", no tendría la acción resolutoria. Admitimos que el asunto es discutible frente al tenor del artículo 1612, según el cual "la subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo...". Guillermo Ospina nos da la razón: "Así el tercero que le paga al vendedor el precio insoluto de la compraventa, por virtud de la subrogación sólo se hace acreedor a ese precio con sus accesorios, privilegios y garantías inherentes. Pero mal puede pretender dicho tercero ventajas o derechos diferentes y que no se encaminen precisamente a la satisfacción de ese crédito adquirido, como son los que tuviera el acreedor subrogante por su condición personal o por su calidad de contratante. De admitir que la subrogación comprende las referidas acciones de nulidad, simulación o resolución de contrato, se desnaturalizaría la institución: se autorizaría al *solvens* subrogado, no ya para lograr la satisfacción de su crédito, sino para destituirlo, y para obtener en cambio y sin causa alguna otros derechos".³⁴⁵ También pareciera estar en esta posición Claro Solar³⁴⁶ y Somarriva.³⁴⁷

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

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

³⁴³ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit. N° 365.

³⁴⁴ BORDA, ob. cit., T. I, N° 805, p. 606.

³⁴⁵ OSPINA, ob. cit., N° 592, pp. 369-370.

³⁴⁶ CLARO SOLAR, ob. cit. T. XII, N° 1523, p. 236.

³⁴⁷ SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., sentencia 115, pp. 79-80.

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

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

a) Subjetiva, porque si son varios los acreedores, deben ejercitar la acción conjuntamente y si hay pluralidad de deudores, debe demandarse a todos ellos. Esta conclusión se funda en el artículo 1526 N° 6 del Código Civil y cuenta con el apoyo de la doctrina.³⁴⁸ Una opinión contraria encontramos en Victorio Pescio, quien analiza el punto en relación con la acción resolutoria ejercida por uno de los herederos del vendedor, cuando el comprador adeuda una parte del precio. Afirma que es un error aplicar, en este caso, la norma del artículo 1526 N° 6, pues se parte de una suposición falsa: que se trata de una obligación alternativa, en circunstancias que no existe en el caso, ni remotamente, una obligación de ese tipo ya que el objeto de la obligación del comprador es uno solo: el pago del precio, y puesto que éste consiste en una suma de dinero, el objeto es divisible por lo que al ser "varios los herederos del vendedor, de acuerdo con las reglas generales, el crédito que corresponde a esa deuda de cosa divisible, se divide entre ellos a prorrata de sus respectivas cuotas hereditarias".³⁴⁹

b) Objetiva, porque no se puede demandar en parte el cumplimiento y en parte la resolución. Ello es así, porque el artículo 1489 da la alternativa para demandar el cumplimiento o la resolución, pero no en parte el cumplimiento y en parte la resolución. Así ha sido resuelto por la Corte de Talca.³⁵⁰

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

³⁴⁸ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 359, p. 361; FUEYO, *Derecho Civil*, ob. cit., T. IV, Vol. I, N° 101, p. 128; SOMARRIVA, ob. cit., sentencia 26, p. 19. Así también hay jurisprudencia: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 57 (1960), sec. 1ª, p. 253.

³⁴⁹ PESCIO, "La acción resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor", ob. cit., pp. 88-91.

³⁵⁰ *Gaceta de los Tribunales*, T. I, sentencia 89, p. 610, y también la Corte Suprema, *Gaceta de los Tribunales*, 1884, sentencia 169, p. 136.

En cuanto a los efectos que produce la nulidad y la resolución son también diversos. Como observa Abeliuk, la nulidad y rescisión borran totalmente el acto o contrato, por lo que sus efectos son más radicales y, por lo mismo, la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros, sin distinciones de ninguna especie (artículo 1689). En cambio, la acción resolutoria sólo da acción contra los terceros de mala fe, como lo veremos luego al estudiar los artículos 1490 y 1491. Hay diferencias importantes, también en relación con las prestaciones mutuas, cuando se acoge la nulidad o la resolución.³⁵¹

Una cosa es importante: sólo cabe la resolución respecto de un contrato válido, pues la acción de resolución deriva del incumplimiento del contrato. Y si en virtud del efecto propio de la nulidad se determina que no hay contrato, mal podrá haber acción resolutoria. Por ello se ha resuelto que no puede demandarse la resolución de un contrato de promesa nulo.³⁵²

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

217.- Efectos de la resolución. Para estudiar esta materia debemos distinguir entre:

- A) Efecto entre las partes y
- B) Efectos respecto de terceros.

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

³⁵¹ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 555, p. 435.

³⁵² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46 (1949), sec. 2ª, p. 79.

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

Recordemos que el deudor condicional, por regla general, no restituye los frutos percibidos en el tiempo intermedio (1488); que entrega la cosa en el estado en que se encuentre, con sus aumentos y mejoras, y sufriendo el acreedor los deterioros fortuitos que haya experimentado la especie, no así los culpables, de los que responde el deudor (1486); que los actos de administración realizados por el deudor (arriendos, por ejemplo), quedan firmes —recuérdese que ello se infiere de las reglas del fideicomiso, artículo 758— sin perjuicio de que, producida la resolución, ésta opere como modo de extinguir esos contratos (artículos 1950 N° 3 y 1958 del Código Civil).

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

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

Por ello, para conciliar los intereses del acreedor con los de los terceros, el código ha dado reglas especiales en los artículos 1490 y 1491, en cuya virtud —y hablando en términos muy generales— la resolución no afecta a

los terceros de buena fe. El artículo 1490 rige para los bienes muebles y el 1491 para los inmuebles.

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

Señalemos, en primer término, que cuando la norma habla de “cosa mueble” debe entenderse que puede tratarse de cosas corporales o incorporales (derechos). Agreguemos, en seguida, que esta disposición tiene una redacción muy poco feliz. En efecto, incurre en varias impropiedades. Veamos:

a) Dice “si el que debe una cosa mueble...”. Debemos entender que lo que se quiere expresar es “si se posee una cosa mueble”, pues pendiente la condición no se puede decir que se deba la cosa. Ello sólo vendrá a ser cierto si la condición se cumple.

b) La disposición se pone en tres supuestos:

1. Que se tenga una cosa debida a plazo;
2. Que se tenga una cosa debida bajo condición suspensiva, y
3. Que se tenga una cosa debida bajo condición resolutoria.

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

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

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

221.- Requisitos para que la enajenación o gravamen de una cosa mueble debida bajo condición resolutoria afecte a terceros. Los requisitos son dos:

- a) Que el deudor condicional la haya enajenado o gravado y

b) Que el tercero esté de mala fe, es decir, que al momento de contratar con el deudor condicional supiera que el derecho de éste estaba sujeto a extinguirse de cumplirse la condición.

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

Agreguemos que los artículos 1490 y 1491 rigen, aunque el tercero adquiera la cosa en pública subasta decretada por la justicia (ventas forzadas). Así se ha fallado.³⁵³

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

También en este caso, al no distinguir la ley, la expresión “inmueble” comprende tanto las cosas corporales como las incorporales. No se comprende a los inmuebles por adherencia porque ellos son considerados muebles por anticipación para los efectos de su enajenación (artículo 571).

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

Esta norma crea algunos problemas:

1. ¿Qué se entiende por que el título conste?
2. ¿Cuál es el título respectivo?
3. Si el hecho de que la condición conste en el título, transforma al tercero en poseedor de mala fe.

Veamos cada uno de estos puntos.

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

³⁵³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 45 (1948), sec. 1ª, p. 324.

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

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

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

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

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

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

Algunos atribuyen la frase “u otorgado por escritura pública”, al hecho de que como el Conservatorio de Bienes Raíces no empezó a operar con-

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

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

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

228.- Gravámenes que caducan. El artículo 1491 plantea todavía otro problema, pues al hacer referencia únicamente a tres gravámenes —hipoteca, censo o servidumbre— se plantea la duda de lo que ocurre si el gravamen es otro, ejemplo: si se constituye una servidumbre, fideicomiso, usufructo, uso, habitación. ¿Rige en estos casos la norma del artículo 1491? Arturo Alessandri dice que el 1491 no es taxativo, sino ejemplificativo, por lo que en el caso de los otros gravámenes también rige el artículo 1491.³⁵⁴ En el mismo sentido, Vío Vásquez, ob. cit., N° 406, pp. 400 y 401. En cambio, Jorge González von Marées (citado por Vío Vásquez) cree que la norma es taxativa, argumentando que, por ser excepcional, debe interpretarse en forma restringida. Además, sostiene que en los artículos 763, 806, 812, 885 y 2406, establecen que los derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y prendas se extinguen por la resolución del derecho de su autor, sin distinguir si los terceros adquirentes de estos derechos estaban de buena o mala fe.

³⁵⁴ ALESSANDRI, *De la compraventa y de la promesa de venta*, ob. cit., T. II, N° 1788, p. 865.

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

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

Así lo dice el artículo 1490. Se trata —dice Stitckin— de una verdadera acción reivindicatoria que ejercita el acreedor, porque habiéndose resuelto el contrato, el dominio vuelve automáticamente a su patrimonio y puede, en consecuencia, reclamar la posesión de la cosa.³⁵⁵ La única salvedad es que no procede la acción reivindicatoria contra los terceros de buena fe (en el caso de los muebles) o respecto de los cuales la condición no constaba en el título inscrito u otorgado por escritura pública, en el caso de los inmuebles.

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

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

231.- Ámbito de aplicación de los artículos 1490 y 1491. No tienen estas normas un ámbito de aplicación tan extenso como pudiera suponerse.

³⁵⁵ STITCHKIN, ob. cit., T. I, N° 262, p. 262.

Dice Vío Vásquez que fuera de los contratos innominados en que pudieran aplicarse, únicamente rigen en los siguientes casos:

“1. A la resolución del contrato de compraventa, cuando el deudor no ha cumplido con la obligación de pagar el precio o cualesquiera otra que se le impongan por la ley o por voluntad de las partes;

2. A la resolución de un contrato de permuta, por prescripción del artículo 1900, y

3. Al pacto de retroventa, por disposición del artículo 1882”.

Agrega este autor que debe tenerse presente que “los artículos 1490 y 1491 no se aplican al que sujeta su dominio al evento de una condición. Por ejemplo: Te daré mi casa si ocurre tal hecho. El acreedor en tal caso —afirma Vío— no ha adquirido ningún derecho real en la cosa y sólo tiene acción personal contra el deudor. Esto sucede si se inscribe la condición o el contrato”. Finalmente señala que “respecto de las donaciones entre vivos, si bien es un contrato con esos caracteres, no le son aplicables esos preceptos, por cuanto existe un artículo especial, como es el 1432, que prevé la situación de los terceros en caso de resolución”.³⁵⁶

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

El problema que plantea esta disposición es si el inciso 2° se aplica sólo en relación con los terceros adquirentes o si también afectaría al vendedor. Una sentencia estableció que se aplica no sólo cuando la cuestión controvertida es entre los terceros, sino también cuando lo es entre las partes.³⁵⁷ En el mismo sentido se ha fallado.³⁵⁸ No nos parece que esa sea la buena doctrina. Creemos que el inciso 2° del artículo 1876 está dado exclusivamente en beneficio de los terceros adquirentes, opinión que fundamos en los siguientes antecedentes:

³⁵⁶ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit., N° 412, p. 404.

³⁵⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 33 (1936), sec. 1ª, p. 237.

³⁵⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 31 (1934), sec. 1ª, p. 480.

a) El inciso 2° debe interpretarse en armonía con el inciso 1°, que está tratando la situación de los terceros poseedores;

b) Porque si en la escritura se dice que el precio se pagó, sin que ello sea cierto, existe simulación, y en este caso no hay ninguna razón para impedir al vendedor que pruebe la simulación. Recordemos que, en principio, nuestro código acepta la posibilidad de simulación, y lo único que hace es proteger al tercero, como lo prueban los artículos 1707 y el artículo 1876, y

c) Finalmente, porque en conformidad al artículo 1700, lo declarado por las partes en una escritura pública sólo constituye una presunción de verdad, que admite prueba en contrario. Así ha sido fallado.³⁵⁹ Esta es también la opinión de Vío Vásquez.³⁶⁰

233.- Los artículos 1490 y 1491 se aplican tanto a las enajenaciones voluntarias como a las forzadas. Una sentencia ha declarado que si el tercero adquirió el bien en pública subasta, de todas maneras se le aplica el artículo 1491, si la condición constaba en el título, puesto que esta disposición no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzadas.³⁶¹ Nos parece esta sentencia absolutamente ajustada a derecho.

Sección Segunda

De las obligaciones modales

234.- Ubicación en el Código Civil. El código trata las asignaciones modales en el párrafo IV del Título IV del Libro Tercero, artículos 1089 y siguientes. Según el artículo 1493, estas normas se aplican a las convenciones en lo que no pugnen con los artículos anteriores. Incluso, parece que Bello no era siquiera partidario de tratar las asignaciones modales como asignaciones especiales, según lo expresa en una nota puesta en el proyecto de 1853 “no parece haber un objeto práctico en hacer de las asignaciones un modo, una clase particular”.³⁶²

³⁵⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 52 (1955), sec. 4ª, p. 52; T. 58 (1961), sec. 2ª, p. 21.

³⁶⁰ VÍO VÁSQUEZ, ob. cit. N° 414, pp. 406-407.

³⁶¹ *Gaceta de los Tribunales*, T. 2, sentencia 512, p. 534.

³⁶² DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, T. I, N° 612, p. 572.

Cabe hacer presente que el código es lógico al tratar esta modalidad en las asignaciones testamentarias, pues es allí donde normalmente suele tener aplicación. En doctrina extranjera se va más lejos, pues hay quienes piensan que es una modalidad impropia de las convenciones a título oneroso.³⁶³ Incluso la denominación modo proviene de la voz latina *modus*, que en el Corpus Iuris era la carga impuesta a un acto de liberalidad que debe cumplir el que lo recibe.³⁶⁴

235.- Definición del modo. El artículo 1089 no lo define. La norma sólo pretende diferenciarlo de la condición suspensiva, al expresar que “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”.

Abeliuk define el modo como la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad.³⁶⁵ Domínguez nos dice que “siguiendo los términos del artículo 1089, entendemos por modo el fin especial al que debe aplicarse el objeto asignado”.³⁶⁶ Claro Solar expresa que “lo que constituye el modo es la aplicación o destinación que el asignatario debe dar a los bienes que le deja el testador, o parte de dichos bienes...”.³⁶⁷

236.- Modo y condición. El artículo 1089 precisa que no debe confundirse con la condición suspensiva y, en consecuencia, no suspende la adquisición del derecho. Consecuente con esta idea, el artículo 1091 establece que “para que la cosa asignada modalmente se adquiera, no es necesario prestar fianza o caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo”. Es lógica la norma al no exigir caución, que no se justificaría desde el momento que no suspende la adquisición del derecho.

No siempre es fácil diferenciarlos. Habrá que estarse a la forma como está expresada la idea. Veamos algunos ejemplos: “Te dejo mi casa si haces una donación de \$ 100.000 al Hospital de Niños”. Nos parece que en esta estipulación hay una condición. Pero si se dice “Dejo mi herencia a Pedro,

³⁶³ DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ, ob. cit., T. I, p. 573.

³⁶⁴ DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ, ob. cit., T. I, p. 573.

³⁶⁵ ABELIUK, ob. cit., T. I, N° 569, pp. 446-447.

³⁶⁶ DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ, ob. cit., T. I, p. 573.

³⁶⁷ CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 218 y ss., pp. 253 y ss.

quien deberá hacer una donación de \$ 100.000 al Hospital de Niños”, nos encontramos frente a un modo.

237.- Forma de cumplir el modo. Deberá cumplirse en la forma que las partes lo acordaron. Si no se determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse, podrá el juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de las partes, y dejando al deudor modal un beneficio que ascienda a lo menos a la quinta parte del valor de la cosa. Si el deudor modal es un Banco, no rige esta limitación (artículo 48 N° 6 del D.F.L. N° 252, del año 1960, Ley General de Bancos).

238.- El modo se puede cumplir por equivalencia. Así lo señala el artículo 1093 inciso 2°: “Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados”.

Lo anterior constituye otra diferencia importante con la condición que tiene que cumplirse literalmente en la forma convenida (artículo 1484).

239.- Incumplimiento o ilicitud del modo. Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a un hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no vale la disposición (artículo 1093). Debemos entender que la obligación modal es nula.

Si la imposibilidad de cumplirlo es relativa, se aplica la norma del 1093 inciso 2°, ya explicada; se puede cumplir por equivalencia, según ya lo hemos señalado.

Si la imposibilidad es sobreviniente, debe distinguirse según haya o no cláusula resolutoria. Si no la hay, debe distinguirse nuevamente, según que la imposibilidad provenga o no de hecho o culpa del deudor.

a) Si no hay hecho o culpa del deudor, no se cumple el modo;
b) Si se debe a hecho o culpa del deudor, debe nuevamente distinguirse:
1. Si no hay cláusula resolutoria, y el modo está establecido en beneficio exclusivo del propio deudor, no se genera para el deudor obligación alguna (artículo 1092).

2. Si está establecido en favor de un tercero, podrá éste pedir cumplimiento forzado o indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

240.- Cláusula resolutoria. La define el artículo 1090: “En las asignaciones modales se llama *cláusula resolutoria* la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo”.

La cláusula resolutoria no se presume. Si se cumple se deben restituir también los frutos. Estas dos características constituyen diferencias importantes con la condición.

241.- Quién puede demandar la resolución. Somarriva, en su *Derecho Sucesorio*, cree que pueden demandar la resolución:³⁶⁸

a) En primer lugar, el beneficiado con el modo. No lo dice la ley, pero sostiene que es así, pues tiene interés y quien tiene interés tiene acción.
b) En las asignaciones modales los herederos, pues lo que reste después de pagar el modo acrece a la herencia, con exclusión del asignatario modal (1096). Pero como en este caso estamos frente a una obligación modal, entendemos que la resolución podrá solicitarla la contraparte.

242.- Efectos de la resolución de la obligación modal, respecto del tercero beneficiario. El artículo 1096 señala estos efectos: “Siempre que haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria, se entregará a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto, y el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa” (inciso 1°). “El asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará del beneficio que pudiere resultarle de la disposición precedente” (inciso 2°).

243.- Plazo de prescripción de la obligación modal. La ley no fija plazo de prescripción, por lo que cabe aplicar las reglas generales, esto es, 5 años desde que la obligación se hizo actualmente exigible (artículos 2514 inciso 2°, 2515).

244.- Obligación modal es transmisible. El artículo 1095 establece “si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario”.

³⁶⁸ SOMARRIVA, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, T. I, N° 337, p. 293.

Sección Tercera
Obligaciones a plazo

245.- Toda obligación puede estar sometida a un plazo. La regla general es, dentro del ámbito patrimonial, que cualquier obligación puede estar sometida a un plazo. Podrían señalarse como excepciones, entre otras, el artículo 1192, que prohíbe las modalidades respecto a la legítima rigorosa; los pactos de que trata el artículo 1723 del C.C. (artículo 1723, inciso final).

246.- Reglamentación del plazo en el Código Civil. El plazo está tratado en forma inorgánica en el Código Civil:

a) En el Título Preliminar, artículos 48 al 50, en que se dan normas sobre la forma de computar los plazos;

b) En el Libro IV, Título V: De las Obligaciones a Plazo, artículos 1494 a 1498;

c) En el párrafo 3° del Título IV del Libro III, al tratar de las asignaciones testamentarias a día, y

d) Distintas disposiciones hacen referencia al plazo extintivo, como modo de extinguir los contratos de tracto sucesivo, ejemplo: artículo 1950 N° 2 (en el arrendamiento); artículo 2163 N° 2 (mandato), etc.

Conviene agregar que el artículo 1080, en materia de asignaciones testamentarias a plazo, establece que éstas se sujetan a las reglas dadas en el título "De las Obligaciones a Plazo, con las explicaciones que siguen"; y a su turno el artículo 1498, ubicado en el Título V, "De las Obligaciones a Plazo", hace aplicables a las convenciones lo dicho en el Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias a día.

247.- Concepto de plazo. El artículo 1494 señala que "el *plazo* es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación...", definición que comprende exclusivamente el plazo suspensivo, pero no el extintivo. Por ello es mejor definirlo diciendo que es un acontecimiento futuro y cierto que suspende la exigibilidad o la extinción de un derecho y que produce sus efectos sin retroactividad.

248.- Elementos del plazo. Es un hecho futuro y cierto. Este último elemento es el que lo diferencia de la condición que, como sabemos, es un hecho incierto. De manera que cuando una obligación está sujeta a plazo el hecho necesariamente va a ocurrir, por lo que no existen plazos fallidos,

como ocurre con la condición. Y por la misma razón, al definirlo, hemos dicho que suspende la exigibilidad (no el nacimiento) del derecho.

El código al tratar las asignaciones testamentarias, habla "De las asignaciones testamentarias a día" (esa es la denominación del párrafo 3° del Título IV del Libro III) y, en seguida, analiza en qué casos esas asignaciones son condicionales o a plazo, lo que va a depender de la forma como jueguen los elementos certidumbre y determinación. El artículo 1081 define lo que entiende por día cierto, determinado, incierto, indeterminado; y en las disposiciones siguientes (1082 al 1088), va señalando los casos en que hay plazo o en que hay condiciones. Sobre este punto, don Leopoldo Urrutia da dos reglas que facilitan bastante las cosas:

a) Todas las asignaciones "desde" son condicionales, salvo las desde día cierto y determinado que son plazos, y

b) Todas las asignaciones "hasta" están sujetas a plazo, salvo las hasta día incierto e indeterminado, que son condicionales.

En conformidad a estas reglas 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 tramitarla, pero no el de reclamarla antes que llegue el día (artículo 1084). Se trata de una asignación sujeta a un plazo suspensivo. Por ello el derecho del asignatario existe pero no es exigible. El inciso 2° agrega que "si el testador impone expresamente la condición de existir el asignatario en ese día, se sujetará a las reglas de las asignaciones condicionales" (inciso 2°). La condición la constituye el que el asignatario exista el día del vencimiento del plazo, hecho incierto, pues puede faltar antes. Por eso es condición.

Según el artículo 1085, "la asignación desde día cierto pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario ese día" (inciso 1°). Y agrega, en el inciso siguiente: "... si se sabe que ha de existir el asignatario en ese día, como cuando la asignación es a favor de un establecimiento permanente, tendrá lugar lo prevenido en el inciso 1° del artículo precedente" (es decir, está sujeta a plazo, justamente porque desaparece la incertidumbre).

249.- Clasificación de los plazos. Los plazos se clasifican del modo siguiente:

1. Determinado e indeterminado;
2. Fatal y no fatal;
3. Expreso o tácito;

4. Convencional, legal y judicial;
5. Continuo y discontinuo, y
6. Suspensivo y extintivo.

250.- Plazo determinado e indeterminado. El plazo será determinado si se sabe cuándo va a ocurrir el hecho que lo constituye, como una fecha del calendario. (Ejemplo: me obligo a pagar dentro de 30 días, o bien el 1º de septiembre de 1998). Es indeterminado cuando se sabe que el hecho va a ocurrir (es un hecho cierto), pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona (1081, inciso 2º). La verdad es que, fuera de la muerte de una persona, es difícil encontrar otro ejemplo de plazo indeterminado.

251.- Plazo fatal y plazo no fatal. El plazo es fatal cuando por su solo cumplimiento se extingue irrevocablemente un derecho. No lo es cuando, no obstante estar vencido el plazo, puede ejercerse todavía válida y eficazmente el derecho, hasta mientras no se acuse la rebeldía correspondiente.

El artículo 49 del C. Civil señala que “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”.

Luego los plazos fatales se conocen por la expresión “en” o “dentro de” y tienen importancia especial en materia procesal. Sobre el particular, el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil señala que “los plazos que señala este código son fatales cualquiera sea la forma en que se exprese, salvo aquellos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal. En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo...”.

No es lo mismo “plazo fatal” que “plazo no prorrogable”, pues hay plazos que son fatales, pero que el juez puede prorrogar, ejemplo: artículos 280 y 302 del Código de Procedimiento Civil.

252.- Plazo expreso y plazo tácito. Esta distinción la hace el artículo 1494, que también define el tácito como “el indispensable para cumplirlo”. Plazo expreso es el que estipulan las partes.

Ejemplo de plazo tácito: cuando la cosa tiene que entregarse en un determinado lugar, se supone que el deudor necesita para ello el plazo necesario para llevar la cosa a ese lugar.

Tiene importancia esta clasificación para los efectos de constituir en mora al deudor, pues el artículo 1551 señala que “el deudor está en mora: ... 2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla”.

253.- Plazos convencionales, legales y judiciales. Será convencional si lo estipulan las partes, legal si lo establece la ley, judicial si lo fija el juez. La regla general es que los plazos sean convencionales (o voluntarios). Los legales son excepcionales en materia civil (ejemplo: plazos de prescripción; el plazo de las 24 horas en el pacto comisorio calificado del artículo 1879; el artículo 2200 establece en el mutuo un plazo de 10 días para devolver lo recibido si no se fijó término; plazo del partidador (artículo 1332), plazo del albaceazgo (artículo 1304, etc.); pero abundan en derecho procesal, ejemplo: plazo para contestar la demanda, plazo para la dúplica, para apelar, término de prueba, etc.

Los plazos judiciales son excepcionales, pues según el 1494 inciso 2º, “no podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación disuerden las partes”. En los artículos 378 inciso 2º, 904, 1094, 1276, 2201 y 2291 inciso 2º encontramos algunos ejemplos en que por excepción el juez está autorizado para fijar plazos.

254.- Plazo de gracia. El Código Civil habla de plazo de gracia en el artículo 1656 inciso final: “Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”. El concepto “plazo de gracia”, en esta norma, no es el mismo que usan algunas legislaciones extranjeras (Francia, por ejemplo), que entienden por tal el que otorga el juez al deudor para que pueda cumplir la obligación más allá del plazo convencional (el deudor que no puede pagar pide judicialmente que se le otorgue este nuevo plazo de gracia). En Chile, un plazo de gracia de ese tipo no existe, porque va contra la ley del contrato (artículo 1545) y en contra de lo dicho en el artículo 1494 inciso 2º.

Lo que el artículo 1656 llama “plazo de gracia” no es más que una espera o prórroga, que otorga el acreedor.

255.- Plazos continuos y discontinuos. Plazo continuo o corrido es el que no se suspende durante los días feriados. Plazo discontinuo o de días hábiles es aquel que se suspende durante los feriados. Sobre este punto, la regla es que los plazos sean continuos. Así lo dice el artículo 50 del Código Civil: “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 aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados”. Por aplicación de esta norma, por ejemplo, el plazo de 30 días establecido en el artículo 1723 es de días corridos (no se suspende durante los feriados).

La excepción más importante la encontramos en el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “los términos de días que establece el presente Código, se entenderán suspendidos durante los feriados, salvo que el tribunal, por motivos justificados, haya dispuesto expresamente lo contrario”. En general, los plazos procesales en los distintos códigos suelen ser de días útiles, es decir, se suspenden durante los feriados.

256.- Plazos suspensivos y extintivos. Plazo suspensivo, primordial o inicial, es el que marca el momento desde el cual empezará el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación. Se caracteriza por la expresión “desde”. La definición del artículo 1494 se refiere a este plazo.

Plazo extintivo, resolutorio o final, es el que por su cumplimiento extingue un derecho y la correlativa obligación. Fueyo dice que es el “que marca el término de la relación jurídica”, y pone como ejemplo el plazo de duración del arriendo o del usufructo.³⁶⁹

257.- Efectos del plazo. Para estudiar esta materia es necesario distinguir entre plazo suspensivo y extintivo y volver a distinguir, en ambos casos los efectos del plazo pendiente y del plazo cumplido.

258.- Efectos del plazo suspensivo pendiente. Pendiente el plazo, el derecho ha nacido (así lo prueba el artículo 1084 aplicable por mandato del 1498), pero no es exigible. La obligación no es actualmente exigible.

Consecuencias:

a) El acreedor no puede demandar el cumplimiento de la obligación, por no ser actualmente exigible. Consecuencias de ello es que no corre

³⁶⁹ FUEYO, *Derecho Civil*, ob. cit., N° 121, p. 151.

prescripción en contra del acreedor (artículo 2514 inciso 2°); y no opera la compensación legal (artículo 1656 N° 3);

b) Si el deudor paga antes, paga lo debido y, por lo mismo, no puede pedir restitución (artículo 1495). El pago anticipado significa simplemente que ha renunciado al plazo. Recuérdese que en la condición suspensiva, pendiente la situación, es al revés (artículo 1485 inciso 2°).

El inciso 2° del artículo 1495 señala que “Esta regla no se aplica a los plazos que tienen el valor de condiciones”. La norma está mal redactada, pues no hay plazos que tengan el valor de condiciones. Lo que la disposición quiere decir es que no se aplica al caso del artículo 1085, esto es, de las asignaciones desde día cierto pero indeterminado, que se consideran condicionales, siendo la condición que el asignatario esté vivo el día en que se cumple el plazo;

c) El acreedor a plazo puede impetrar medidas conservatorias. No lo dice la ley expresamente, pero si esta facultad la tiene el acreedor condicional suspensivo (artículos 1078 y 1492 inciso final) que todavía no ha adquirido el derecho, con mayor razón la tendrá el acreedor a plazo, pues éste ya tiene el derecho, si bien no es actualmente exigible, y

d) El derecho y la obligación a plazo se transmiten (artículo 1084).

259.- Efectos del plazo suspensivo vencido. Vencido el plazo, la obligación del deudor pasa a ser actualmente exigible, por lo que empieza a partir de ese momento a correr la prescripción; y la obligación puede extinguirse por compensación legal. Además, si el plazo es convencional, su solo cumplimiento constituye en mora al deudor (artículo 1551 N° 1).

260.- Efectos del plazo extintivo. Pendiente este plazo, el acto o contrato produce todos sus efectos, como si fuera puro y simple. Así, si el contrato de arriendo es por 3 años, el arrendatario usará la cosa y pagará las rentas hasta que no venzan los 3 años.

Cumplido el plazo extintivo. Se extingue el derecho, por el solo ministerio de la ley, pero sin efecto retroactivo. En los contratos de tracto sucesivo, cumplido el plazo, se extingue el contrato (artículos 1950 N° 3, en el arriendo; y 2163 N° 2, en el mandato).

261.- Extinción del plazo. El plazo se extingue por tres causales:

a) Por su cumplimiento (se llama vencimiento);

b) Por la renuncia, y

c) Por caducidad del plazo.

262.- Extinción del plazo por cumplimiento (vencimiento). Es la forma normal de extinguirse.

263.- Extinción por renuncia. Puede renunciar el plazo únicamente aquel en cuyo beneficio está establecido (artículo 12). Lo normal es que lo sea en favor del deudor y, por esa razón, el artículo 1497 dice que el deudor puede renunciar al plazo (la misma idea se encuentra en el 1496 N° 2, según el cual el deudor podrá reclamar el beneficio del 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. Me parece que un ejemplo de esta última situación es aquel en que al acreedor, por razones tributarias, le interesa que el pago se lo hagan, por ejemplo, después del 1° de enero, para que no incida en su declaración de impuestos del año anterior.

En el caso del mutuo se observará lo dispuesto en el artículo 2204, esto es, que si el mutuo es con interés, el mutuario no puede pagar antes, es decir, no puede renunciar al plazo, porque no está establecido en su exclusivo beneficio, sino en beneficio de ambas partes: del mutuario porque no se le puede cobrar antes; y del mutuante, porque no se le puede pagar antes pues pierde intereses. Esta norma tiene una excepción en el artículo 10 de la Ley N° 18.010, porque, aun habiéndose convenido intereses en una operación de crédito de dinero, el deudor³⁷⁰ puede pagar antes, siempre que pague los intereses hasta la fecha del vencimiento pactado. Otra excepción la encontramos en la Ley N° 18.092, sobre letras de cambio, que en su artículo 55 permite pagar las letras antes de su vencimiento, aplicando las reglas del artículo 10 de la Ley N° 18.010.

264.- Caducidad del plazo. Caduca el plazo en los siguientes casos:³⁷¹

a) Respecto del deudor que tenga dicha calidad en un procedimiento concursal de liquidación o que se halle en notoria insolvencia (artículo 1496 inciso 1°). Nótese que este caso contempla dos situaciones distintas: la liquidación concursal de liquidación, que supone una declaratoria judicial en ese sentido; y la “notoria insolvencia”, que es una situación de hecho.

³⁷⁰ Dependiendo del monto adeudado.

³⁷¹ Se puede sumar a esos casos, la hipótesis de caducidad legal de plazo contemplada en el artículo 26 de la Ley N° 21.3389, que dispone que el incumplimiento en el pago de una sola cuota contenida en un acuerdo de pago de pensiones de alimentos, hará exigible el total de la deuda.

en que el deudor no está en condiciones de cumplir sus obligaciones, por ser su pasivo superior a su activo (siempre y cuando no tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de reorganización).

b) Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones. Los requisitos son:

1. Que haya un crédito caucionado;
2. Que las cauciones se hayan extinguido o disminuido considerablemente de valor, y
3. Que ello se deba a un hecho o culpa del deudor. Si la disminución se debe a caso fortuito no caduca el plazo, salvo en el caso de la hipoteca, pues allí el artículo 2427 no exige este requisito.

265.- Caducidad convencional. Se produce cuando las partes en forma expresa acuerdan que el acreedor pueda exigir el cumplimiento inmediato y total de la obligación, si el deudor incumple. Es muy corriente esta cláusula en los contratos en que el pago se debe ir haciendo en forma escalonada.

La caducidad convencional es lo que se llama hoy día “cláusula de aceleración”,³⁷² que ha creado numerosos problemas relativos al momento en que debe empezar a correr el plazo de prescripción, cuando se ha estipulado dicha cláusula.

La Jurisprudencia se ha orientado en dos sentidos. En primer lugar, reiterados fallos han sostenido que debe distinguirse según sea la forma como se ha redactado la cláusula de aceleración. Así, si se ha convenido que la cláusula opere *ipso facto*, la prescripción debe comenzar a correr desde que se produjo el incumplimiento, porque a ese momento se hizo exigible la totalidad de lo adeudado. La obligación a plazo se transformó en una obligación pura y simple. En cambio, si es facultativa, la situación es distinta, porque la fecha en que se produce el incumplimiento determinará el momento desde el cual cada cuota es exigible y, por lo mismo, respecto de cada cuota, la prescripción empezará a correr desde el respectivo incumplimiento.³⁷³

³⁷² Sobre cláusula de aceleración, recomendamos la obra de UBILLA GRANDI, Luis, *La cláusula de aceleración en la obligación cambiaria*, LexisNexis, Santiago, 2008.

³⁷³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 87 (1990), sec. 1ª, p. 13; T. 89 (1992), sec. 1ª, p. 78; *Gaceta Jurídica* N° 122 (1990), p. 41, *Gaceta Jurídica* N° 124 (1990), p. 27.

Pero también hay fallos que han sostenido que la cláusula de aceleración está establecida en beneficio del acreedor, y, por consiguiente, aunque se trate de una cláusula *ipso facto*, es necesario para que la deuda se haga exigible que exista una manifestación expresa del acreedor y, por ello, mientras aquello no ocurra cada cuota será exigible desde la respectiva fecha de vencimiento y desde allí se contará el plazo de prescripción para esa cuota.³⁷⁴

En lo relativo a cláusulas de aceleración ha habido una nutrida y variada jurisprudencia. Pocas veces se encuentra una materia tan controvertida y en que se hayan dado soluciones tan disímiles. Pero, en general, nos parece que los criterios para resolver el problema han sido los dos señalados. Hay muchas sentencias con matices diversos. La última que conocemos ha dicho que “tratándose de una obligación divisible, cada cuota es exigible al respectivo vencimiento, empezando a correr la prescripción desde esa fecha, se haya estipulado o no cláusula de aceleración”. Esta sentencia señaló “que el que se haya sostenido que la cláusula de aceleración es en beneficio del acreedor es cierto en cuanto por ella puede exigir el pago de las obligaciones no vencidas, según contrato, beneficiándose al proteger su acreencia futura la que se hace exigible en su totalidad en casos en que el deudor haya caído en mora” (Consid. 12), pero estas cláusulas no hacen revivir las cuotas vencidas y prescritas, porque “importa hacer depender la vigencia de la deuda de algún tipo de discreción u opción del acreedor dejando así sin aplicación la institución de la prescripción y que, como se sabe, sus normas son de derecho público, las que además de ser disposiciones que crean un elemento estabilizador de los derechos y acciones que permiten la certeza en las relaciones jurídicas, constituyen una sanción para el acreedor negligente, que pudiendo ejercer las acciones legales correspondientes, no lo hace”.³⁷⁵

Sobre cláusulas de aceleración recomendamos ver los siguientes fallos, publicados en revista *Fallos del Mes*: N° 383 sentencia 4, p. 577; N° 386, sentencia 5, p. 799; N° 403, sentencia 3, p. 291; N° 403, sentencia 4, p. 297; N° 432, sentencia 10, p. 825; N° 442, sentencia 5, p. 1172; N° 442, sentencia 6, p. 1176; N° 446, sentencia 20, p. 1991; N° 446, sentencia 30,

³⁷⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 87 (1990), sec. 1ª, p. 156; T. 86 (1989), sec. 1ª, p. 38; T. 85 (1988), sec. 1ª, p. 210.

³⁷⁵ *Fallos del Mes* N° 449, sentencia 13, p. 606, considerando 13.

p. 2053, N° 453, sentencia 12, p. 1632. Ver también en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 93, sec. 1ª, p. 19.³⁷⁶

Sin perjuicio de lo anterior, estos últimos años se ha consolidado en la Corte Suprema la tesis que obliga a distinguir según la redacción de la cláusula de aceleración, entendiéndose que la que está formulada en términos facultativos, implica que la caducidad se produce cuando el acreedor expresa formalmente su intención de cobrar el total del crédito insoluto (en la práctica, presentando la demanda).³⁷⁷

266.- Forma de liquidar las operaciones de crédito de dinero que tengan vencimiento en dos o más cuotas y contengan cláusula de aceleración. De acuerdo al artículo 30 de la Ley N° 18.010, introducido por la Ley N° 19.951, publicada en el Diario Oficial de 26 de junio de 2004, “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 cláusula de aceleración deberán liquidarse al momento del pago voluntario o forzado o de su reprogramación con o sin efecto novatorio, con forme 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”.

Agrega esta disposición que “en caso de prepago, éste se ajustará a lo previsto en el artículo 10”. Termina este artículo 30, en su inciso final, señalando que “Los derechos que en este artículo se establecen a favor del deudor son irrenunciables”.

³⁷⁶ Véase también el comentario de jurisprudencia: DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Cláusula de Aceleración y Prescripción”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1991, N° 190, págs. 153-160. Véase también: RIOSECO, ob. cit., comentario a sentencias 55 a 61, p. 130.

³⁷⁷ A modo de ejemplo, pueden verse: Corte Suprema, 9 de agosto de 2021, “Santander Consumer con Reyes Reyes”, Rol 138.364-2020; Corte Suprema, 15 de febrero de 2022, “Banco del Estado de Chile con Silva”, Rol 41.059-2022; y Corte Suprema, 28 de enero de 2022, “Banco de Crédito e Inversiones con Aren”, Rol 39.049-2021, entre otras.

353.- Regla tercera del artículo 1559. Los intereses atrasados no producen interés. Lo que la norma está señalando es que no acepta el anatocismo, que así se llama la capitalización de intereses. Sobre esta materia véase el Párrafo 66 de esta obra.

354.- Regla cuarta del artículo 1559. La regla anterior —que los intereses atrasados no producen interés— se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

En la edición anterior de este libro afirmé, aplicando la regla cuarta del artículo 1559, que, si la partes no han convenido otra cosa, las rentas de arrendamiento atrasadas no devengan interés. Hoy día creo que esa afirmación es errónea. Conuerdo totalmente con un fallo de la Corte de Santiago de 27 de mayo de 1992, que en su considerando 14 sostiene “Que el sentido de la regla cuarta del artículo 1559 queda fijado por el contexto de la ley, conforme ordena el inciso 1º del artículo 22 del Código Civil”. Expresa la disposición mencionada: “La regla anterior —esto es aquella que dispone que los intereses atrasados no producen intereses— se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”. La norma en su contexto sólo puede entenderse del modo siguiente: a) Las rentas, cánones y pensiones periódicas en cuanto consistan en la obligación de pagar una suma de dinero, generan interés por el solo hecho de la mora (reglas 1ª y 2ª del artículo 1559, que no excluyen a estas obligaciones de modo alguno) y b) en virtud de la referencia de la regla cuarta a la tercera, este interés así devengado no puede capitalizarse para producir, a su turno, interés sobre ellos (regla tercera). “No se divisa, razón alguna, en consecuencia, para negar intereses moratorios por sumas de dinero adeudadas cuando ellas son rentas, cánones u otras pensiones periódicas”.⁵⁰⁵ Por las razones anteriores no comparto la afirmación que se contiene en una sentencia de la Corte Suprema de 21 de septiembre de 1990, en el sentido que la sentencia recurrida habría infringido las reglas 3 y 4 del artículo 1559 del Código Civil, según las cuales es improcedente el pago de intereses sobre pensiones periódicas, como lo son las pensiones de jubilación.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 89 (1992), sec. 2ª, p. 72. En el mismo sentido, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46 (1949), sec. 1ª, p. 647.

⁵⁰⁶ *Fallos del Mes* N° 455, p. 2036.

355.- Evaluación convencional (cláusula penal). Hay dos formas diferentes de tratar la cláusula penal: como una clase especial de obligaciones, que es lo que hace el Código Civil en el Título XI del Libro IV, “De las Obligaciones con cláusula penal” y que es la forma como la tratan la mayoría de los códigos modernos; o bien, como una de las maneras de avaluar los perjuicios, que corresponde al enfoque que nosotros seguiremos. Esta última forma proviene de Zacharie y ha sido adoptada por un gran sector de la doctrina.

Como advierte Abeliuk, ambas posiciones son defendibles, porque si bien en la cláusula penal hay una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, su ámbito de aplicación es bastante más extenso.⁵⁰⁷ La verdad es que la cláusula penal cumple funciones diversas que la transforman en una institución autónoma.⁵⁰⁸

356.- Concepto. Está definida en el artículo 1535: “La *cláusula penal* es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”.

Esta definición presenta algunas incorrecciones. La primera es su propia denominación “Cláusula Penal”, pues ello será así únicamente si se pacta conjuntamente con el contrato principal. Mas deja de ser cierto si se establece con posterioridad, pues en tal caso deja de ser una cláusula que se inserta en un contrato principal. Por ello hay quienes piensan que resulta más propio hablar de “estipulación penal”.⁵⁰⁹

También resulta inadecuado decir que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, desde que por sí sola nada garantiza. Produce algunas ventajas para el acreedor en caso de incumplimiento, pero no hace más eficaz la obligación.

⁵⁰⁷ ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 904, p. 742.

⁵⁰⁸ Sobre la cláusula penal véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *La Cláusula Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1981; y entre nosotros: CORRAL TALCIANI, Hernán, “La Cláusula Penal en la Resolución del Contrato”, en Corral, Hernán, *Contratos y Daños por Incumplimiento*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 252 y ss.; CORRAL TALCIANI, Hernán, *La “Cláusula Penal”. Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

⁵⁰⁹ GÁTICA, ob. cit., N° 226, p. 304.

Finalmente, cabe observar que al establecer que la pena “consiste en dar o hacer algo”, ha omitido las obligaciones de no hacer, situación perfectamente admisible.

Algunos han criticado finalmente que la definición hable de “pena”, que daría a la institución una connotación ajena al Derecho Civil,⁵¹⁰ crítica que no es posible compartir, desde que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden convenir penas privadas. Lo que no se puede es establecer que para el caso que el deudor incumpla se le considere autor de un delito penal, pues como lo dice un viejo fallo “no es lícito estipular que se impongan penas por actos que la ley no ha penado”.⁵¹¹

357.- Terminología aplicable a la institución. Históricamente, el nombre primero que tuvo esta institución en Roma fue de *stipulatio poenae*. Posteriormente los jurisconsultos comenzaron a usar la expresión *Cláusula poenae*. El Código de Napoleón usó la expresión Cláusula Penal, y de allí pasó con el mismo nombre a los códigos que en él se inspiraron, como ocurre con el Código Civil chileno. En doctrina ha recibido diferentes nombres. Así, Massin emplea el término “pena civil”. Lo mismo Gény. Hugueney habla de “pena privada”. Von Tuhr emplea la expresión “cláusula penal” o “pena convencional”.⁵¹²

358.- Funciones que cumple la cláusula penal. La cláusula penal cumple tres funciones:

- a) Es una forma de avaluar convencional y anticipadamente los perjuicios;
- b) Constituye una caución, y
- c) Importa una pena civil.

359.- La cláusula penal constituye una forma de avaluar perjuicios. Justamente por tener esta función la estamos estudiando ahora. No hay disposiciones especiales que le confieran este carácter, pero ello fluye con claridad de diversos artículos. Así, por ejemplo, de los artículos 1537 y 1538, que exigen la constitución en mora del deudor; del artículo 1539,

⁵¹⁰ DÍAZ, Guillermo, “La inmutabilidad de la Cláusula Penal”, citado por GATICA, ob. cit., N° 226, p. 305.

⁵¹¹ *Gaceta de los Tribunales*, año 1884, N° 2112, p. 1311.

⁵¹² PEIRANO FACIO, José, *La cláusula penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, N° 10, p. 15.

que establece la rebaja de la pena estipulada en el caso de cumplimiento parcial (evitando con ello acumular cumplimiento con indemnización); del artículo 1540, que permite dividir la pena entre los distintos herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Como forma de avaluar perjuicios, presenta dos características: a) es convencional y b) anticipada.

a) Convencional: porque proviene del acuerdo de las partes. Ello significa que, si la pena se establece unilateralmente, por ejemplo, la fija el testador para el heredero que no pague un legado, no estamos frente a una cláusula penal, a menos que, fallecido el causante, este heredero acepte la situación, con lo que pasa a ser convencional. Por la misma razón tampoco puede establecerla la ley o el juez.

La cláusula penal no es la única forma de avaluar convencional y anticipadamente los perjuicios, pues el mismo carácter tienen las arras confirmatorias –artículo 1803– que también constituyen una liquidación anticipada de los perjuicios derivados de un incumplimiento contractual.

b) Anticipada. La cláusula penal constituye una evaluación anticipada, porque el monto de los perjuicios queda irrevocablemente fijado antes del incumplimiento. Tanto es así que, producido éste, el deudor no puede discutir ni la existencia ni el monto de estos perjuicios (artículo 1542).

360.- La cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria.

Como la cláusula penal es una forma de indemnizar perjuicios, puede ser tanto compensatoria como moratoria. Así se desprende de la propia definición legal: “en caso de no ejecutar” (compensatoria) o de “retardar la obligación principal” (moratoria). Así lo ha dicho la jurisprudencia.⁵¹³ Se ha dicho que hay dos tipos de cláusula penal compensatoria, una que pretende asegurar lo que es el valor de la prestación incumplida (cumplimiento por equivalencia) y otra que busca resarcir perjuicios conexos o consecuenciales al incumplimiento.⁵¹⁴

⁵¹³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 55 (1958), sec. 2ª, p. 123; *Gaceta Jurídica* N° 269 (2002), p. 51. Otro fallo ha señalado que “la regla general es que la cláusula penal sea compensatoria; así se deduce del texto del artículo 1537”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 61 (1964), sec. 1ª, p. 121. Véase también *Gaceta Jurídica* N° 269 (2002), p. 51.

⁵¹⁴ CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, ob. cit., p. 254.

361.- Diferencias de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios ordinaria. Como indemnización de perjuicios la cláusula penal presenta algunas particularidades:

a) Desde luego, difiere de la indemnización de perjuicios ordinaria, en cuanto a la oportunidad en que se fija pues, como ya lo hemos dicho, estamos frente a una indemnización establecida antes del incumplimiento;

b) Los perjuicios no se reparan necesariamente en dinero, como ocurre con la avaluación legal o judicial, pues en este caso la pena puede consistir en un dar o en un hacer (como lo indica el artículo 1535) o en un no hacer (como lo señala la doctrina), y

c) No es necesario probar los perjuicios, como lo indica el artículo 1542. Recordemos que este caso y el de la evaluación legal son las excepciones a la regla de que los perjuicios deben probarse. La Corte Suprema, en un fallo de 8 de abril de 1993, resolvió que “la cláusula penal no requiere declaración judicial previa acerca de indemnizar perjuicios, exime al acreedor de la carga de probar la existencia de éstos e impide al deudor alegar la inexistencia de los mismos”. En el caso en cuestión se demandó ejecutivamente el pago de una pena y la ejecutada opuso la excepción del artículo 434 N° 7 (falta de fuerza ejecutiva del título por no existir una declaración judicial previa de certeza acerca de la obligación de indemnizar). La Corte de Santiago acogió la excepción y la Corte Suprema casó el fallo.⁵¹⁵

362.- Constituye una caución. Como la cláusula penal tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1535), no puede discutirse su condición de caución, atendido que el código define la voz caución como cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de una obligación propia o ajena (artículo 46). Por lo demás, es mencionada como tal por el artículo 1472, al lado de la fianza, hipoteca y prenda.

Demuestra su condición de caución el que se pueda acumular el cumplimiento de la obligación principal y la pena (1537), la indemnización ordinaria y la pena (1543) y que pueda exigirse la pena, aunque no se hubieren producido perjuicios (1542). Sin embargo, debe considerarse que la cláusula penal por sí sola no asegura el cumplimiento de la obligación principal. Sólo sirve de estímulo para que el deudor cumpla. Como dice un autor “la eficacia de la cláusula penal como caución reside fundamentalmente en la coacción psicológica que la pena ejerce sobre el ánimo del

⁵¹⁵ Fallos del Mes N° 450, sentencia 5, p. 902. Véase el Considerando 3°.

deudor, la cual naturalmente está en relación directa con la cuantía de la misma”.⁵¹⁶ Su condición de caución se robustece cuando se constituye para garantizar una obligación ajena, pues en ese supuesto hay dos patrimonios que van a estar respondiendo del cumplimiento de la obligación.

Como caución es personal, porque no afecta bienes determinados al cumplimiento de la obligación que puedan perseguirse en poder de terceros, como ocurre con la prenda o la hipoteca.

363.- La cláusula penal constituye una pena civil. Así está dicho en la propia definición legal. Puede agregarse que la cláusula penal nació en el Derecho Romano con una finalidad estrictamente sancionadora, carácter que aún conserva.

364.- Paralelo de la cláusula penal con otras instituciones. Se asemeja a la fianza, pero se diferencia de ésta en que el fiador sólo se obliga a pagar una suma de dinero (artículo 2343 inciso final), en tanto que la cláusula penal puede consistir en dar, hacer o no hacer algo. Tampoco el fiador puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal (artículo 2344), limitación que no existe en la cláusula penal.

Se semeja también a las arras. En éstas se da una cosa con el fin de constituir una seguridad de la celebración o ejecución de un contrato, o como parte del precio o señal de quedar convenidos (artículos 1803 a 1805). Se pueden apreciar algunas diferencias importantes: las arras garantizan la celebración de un contrato y no el cumplimiento de una obligación. Además, en las arras hay una entrega actual de dinero u otra cosa, lo que no ocurre en la cláusula penal en que la entrega —suponiendo que la cláusula penal establezca la entrega de algo— sólo se va a producir cuando se produzca el incumplimiento.

365.- Características.

1. Es consensual;
2. Es condicional;
3. Es accesoria, y
4. Puede garantizar una obligación civil o natural.

366.- Consensual. Pues la ley no ha sometido su establecimiento a ninguna formalidad especial. Aún más, la voluntad de las partes puede

⁵¹⁶ GATICA, ob. cit., N° 287, p. 378.

manifestarse en forma expresa o en forma tácita. De manera que “existe cláusula penal no sólo cuando se la instituye literalmente, sino también en todos aquellos casos en que se consigna el pago de una pena, de una multa, de una suma de dinero a título de indemnización, o de cualquiera otra cosa que se trate de dar, hacer o no hacer para el caso de no cumplirse o retardarse el pago de la obligación principal”.⁵¹⁷

“Sin embargo –dice Manuel Somarriva– habrá casos en que indirectamente la cláusula penal debe sujetarse a solemnidades. Por ejemplo, cuando la pena consiste en la entrega de un bien raíz: debe constar por escritura pública. No lo dice el legislador, pero se llega a esa conclusión aplicando el artículo 57 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces...”.⁵¹⁸

367.- Condicional. Tiene ese carácter porque el derecho del acreedor a cobrar la cláusula penal está sujeto al hecho futuro e incierto que se produzca el incumplimiento del deudor y que éste se encuentre en mora (artículo 1537).⁵¹⁹

368.- Accesorio. Esta característica proviene del hecho de ser una caución. De ello surgen varias consecuencias importantes:

a) Extinguida la obligación principal, por cualquier medio, se extingue la cláusula penal;

b) La acción para exigir el pago de la pena prescribe conjuntamente con la obligación principal (artículo 2516), y

c) La nulidad de la obligación principal trae consigo la nulidad de la pena (artículo 1536 inciso 1º). El artículo 1701 hace una clara aplicación de este principio al establecer que “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de un cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá valor alguno”.

En relación con esta característica es necesario estudiar dos situaciones vinculadas directamente con la nulidad de la obligación principal. Me refiero al caso en que se establezca una cláusula penal en la promesa de

⁵¹⁷ GATICA, ob. cit., N° 252, p. 339.

⁵¹⁸ SOMARRIVA, *Tratado de las Caucciones*, cit., N° 20, p. 22.

⁵¹⁹ En este sentido, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 32 (1935), sec. 1º, p. 188.

hecho ajeno y en la estipulación en favor de otro, situaciones tratadas en los incisos 2º y 3º del artículo 1537, respectivamente.

369.- Cláusula penal en la promesa de hecho ajeno. La promesa de hecho ajeno está contemplada en el artículo 1450: “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 ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”.

Ahora bien, el artículo 1536, después de dejar consignado en su inciso 1º que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, establece en su inciso siguiente lo que parece una excepción: “Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona”.

La verdad es que no hay ninguna excepción a la regla del inciso 1º, pues lo que está garantizando la cláusula penal es la obligación que asumió el promitente de que el tercero acepte la obligación que se contrajo para él, o, dicho de otra manera, que ratifique lo obrado por el promitente. Y, justamente, este es un caso en que la cláusula penal presenta clara utilidad.

370.- Cláusula penal en la estipulación en favor de otro. La estipulación en favor de otro está establecida en el artículo 1449: “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” (inciso 1º).

El inciso final del artículo 1536 señala que “lo mismo sucederá –valdrá la pena– cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido”.

Tampoco constituye una excepción a la regla del inciso 1º. Este es un caso en que la cláusula penal presenta evidente utilidad, porque como en conformidad al artículo 1449, el estipulante no puede exigir al promitente el cumplimiento de lo acordado (cumplimiento que sólo puede demandar el beneficiario), estipula esta cláusula para poder compeler al promitente a que cumpla. Como dice Somarriva, “tampoco hay aquí nulidad de la obligación principal, sino que sencillamente el promitente contrae dos obligaciones:

con respecto al beneficiario, cumplir con lo estipulado, y, con respecto al estipulante, pagar la pena en caso de incumplimiento”.⁵²⁰

371.- La cláusula penal puede garantizar una obligación civil o natural. El artículo 1472 reconoce en forma expresa que pueda caucionar una obligación natural. Dice: “Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de estas obligaciones (naturales) valdrán”.

Cuando la cláusula penal está destinada a garantizar una obligación ajena, y esta obligación principal se transforma en natural, algunos entienden que la obligación del tercero tiene este mismo carácter.⁵²¹ Esta opinión no es compartida por Gatica, “porque la caución accede no a la obligación civil, sino a la que ya es natural, y porque de otro modo ella no tendría sentido, ni el artículo 1470 del Código Civil le habría reconocido validez”.⁵²²

372.- Extinción de la cláusula penal. La cláusula penal puede extinguirse por vía principal y por vía accesorio. Por vía principal, cuando se extingue no obstante mantenerse vigente la obligación principal (por ejemplo, la cláusula penal es nula y la obligación principal es válida, artículo 1536 inciso 1°); y por vía accesorio, cuando desaparece como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal, en razón de su carácter accesorio.

373.- Efectos de la cláusula penal. El efecto propio de la cláusula penal es dar al acreedor el derecho de cobrarla cuando no se cumple la obligación principal.

374.- Requisitos para que el acreedor pueda cobrar la pena. Para que el acreedor pueda cobrar la pena deben cumplirse las condiciones ya estudiadas para la indemnización de perjuicios, con la salvedad de que no es necesario probar la existencia de los perjuicios. Luego se requiere de:

- a) Incumplimiento de la obligación principal (artículo 1535);
- b) Que este incumplimiento sea imputable al deudor;

⁵²⁰ SOMARRIVA, *Tratado de las Cauciones*, ob. cit., N° 17, pp. 19-20.

⁵²¹ MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, N° 77, p. 50.

⁵²² GATICA, ob. cit., N° 280, p. 366.

c) Mora del deudor, requisito este último exigido expresamente en el artículo 1538,⁵²³ y

d) Cuando incide en un contrato bilateral, es accesorio a la petición de cumplimiento o de resolución por tratarse de una forma de indemnización de perjuicios.⁵²⁴

375.- La pena y el caso fortuito. ¿Se debe la pena aun cuando el incumplimiento se deba a caso fortuito? Así se ha pretendido, fundándose para ello en que el artículo 1542 expresa que “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado...”. Esta posición es equivocada, porque si hay caso fortuito la obligación principal se extingue por el modo de extinguir pérdida de la cosa debida o imposibilidad de la ejecución, según sea la naturaleza de la obligación, y extinguida la obligación principal, se extingue, por vía de consecuencia, la Cláusula Penal por su carácter accesorio.

376.- La pena y la interpelación voluntaria. Está claro que para que se pueda hacer efectiva la cláusula penal, el deudor tiene que estar constituido en mora, pues así lo dice en forma expresa el artículo 1538. En relación con este requisito se ha planteado que, existiendo cláusula penal, no operaría respecto de la obligación principal la interpelación voluntaria expresa del N° 1 del artículo 1551, en razón de la frase con que comienza el artículo 1538; “Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal...”, por lo que siempre se necesitaría de interpelación judicial. La doctrina no participa de esa idea, entendiendo que el deudor puede quedar constituido en mora por cualquiera de las formas de interpelación contempladas en el artículo 1551.⁵²⁵ Por ello, cuando la obligación principal es a plazo, el deudor queda en mora por el solo vencimiento del plazo, y como el acreedor tiene la opción de pedir el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la pena (artículo 1537), si opta por la pena, deberá demandar su pago. “En otros términos –dice Claro Solar– la constitución del deudor en mora para cumplir la obligación principal no es suficiente constitución en mora de la cláusula penal...”.⁵²⁶

⁵²³ Así, *Gaceta Jurídica* N° 269 (2002), p. 51, Consid. 15°.

⁵²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2002, Consid. 13°, *Gaceta Jurídica* N° 269 (2002), p. 51.

⁵²⁵ GATICA, ob. cit., N° 316, pp. 416-417; ABELIUK, ob. cit., N° 913, p. 750.

⁵²⁶ CLARO SOLAR, ob. cit., T. XI (2), N° 1237, pp. 746-747.

377.- Efectos de la cláusula penal cuando el incumplimiento es parcial. Si el acreedor acepta del deudor un pago parcial, el deudor tiene derecho a que “se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación” (artículo 1539).

378.- Cobro de la obligación principal, de la indemnización ordinaria y de la pena. El código establece en los artículos 1537 y 1543 algunas reglas sobre lo que puede cobrar el acreedor cuando se incumple una obligación caucionada con cláusula penal. Estas reglas son las siguientes:

a) Antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor sólo puede demandar la obligación principal. Ello concuerda con el artículo 1538 que exige la mora para que se pueda cobrar la pena. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 16 de abril de 2002 ha fallado que “el acreedor está obligado primeramente a demandar la ejecución forzada y en caso de fracaso la indemnización de perjuicios. Si así no fuera, las obligaciones pasarían a ser siempre alternativas, porque podría solicitarse una u otra cosa y la obligación alternativa es, como se ha señalado precedentemente, una excepción en nuestro derecho”.⁵²⁷

b) Constituido el deudor en mora la ley da al acreedor la opción para pedir: el cumplimiento de la obligación principal o la pena, pero no las dos cosas a la vez.⁵²⁸

c) No rige la regla anterior—esto es, se pueden acumular el cumplimiento y la pena—cuando aparezca haberse convenido la pena por el simple retardo; o cuando se hubiere estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.

d) Podría también, en conformidad al artículo 1543, optarse por la pena o la indemnización de perjuicios ordinaria en conformidad a las reglas generales, pero no demandarse ambas, a menos que se hubiere convenido expresamente.

379.- Cobro de la cláusula penal cuando la obligación principal es de cosa divisible y hay pluralidad de acreedores o de deudores. El artículo 1540 establece que cuando la obligación principal es de cosa divisible, la pena debe dividirse también entre los herederos del deudor—pero

⁵²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 269 (2002), p. 51, Consid. 11.

⁵²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2002, cit., Consid. 13.

sólo respecto de los que contravinieron la obligación— a prorrata de sus cuotas hereditarias.

380.- Cobro de la cláusula penal cuando la obligación principal es de cosa indivisible o cuando se ha puesto la cláusula penal con la intención expresa de que el pago no pueda fraccionarse. En estos casos puede el acreedor cobrar al culpable el total de la pena o cada uno de los deudores incluidos los inocentes, su cuota en la pena, quedando a salvo el recurso de éstos contra el infractor (artículo 1540 incisos 2° y 3°).

381.- Situación en el caso que la pena sea indivisible. Si la pena es indivisible, se podrá reclamar a cualquiera de los deudores, sin importar quién sea el infractor. Ello porque estamos frente a una obligación indivisible, y ser ese precisamente el efecto de la indivisibilidad.

382.- Situación en el caso de que la obligación principal sea solidaria. La ley no da solución al problema. Cabe entender que la pena también se puede cobrar solidariamente, por el carácter accesorio que tiene.⁵²⁹ Abeliuk estima que esta solución es discutible, porque la indemnización de perjuicios es conjunta aun entre los deudores solidarios. “Por otro lado, agrega, pesa el argumento de que todos los codeudores han consentido en someterse a la pena”.⁵³⁰ A nosotros también nos parece discutible la solución porque la solidaridad requiere de texto expreso. Sobre el punto véase el trabajo de Hernán Corral Talciani, *La “cláusula penal”* (páginas 113 y 114).

383.- Cláusula penal garantizada con hipoteca. Trata de esta situación el artículo 1541: “Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar”. Esta solución es consecuencia del carácter indivisible de la hipoteca.

384.- Cobro de la cláusula penal cuando hay pluralidad de acreedores. No está resuelta esta situación en la ley. De acuerdo a las reglas generales, cada acreedor sólo podrá demandar su cuota en pena, salvo que la pena fuere de cosa indivisible o hubiere solidaridad activa.

⁵²⁹ Así: SOMARRIVA, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., N° 63; CLARO SOLAR, ob. cit., I, N° 597, p. 536; GATICA, ob. cit., N° 351, p. 460.

⁵³⁰ ABELIUK, ob. cit., T. II, p. 755.

385.- Cláusula penal enorme. Esta materia está regulada en el artículo 1544, que distingue varias situaciones:

a) Cláusula penal en los contratos conmutativos. Cuando la cláusula penal garantice el cumplimiento de la obligación de pagar cantidades determinadas como equivalente a lo que debe pagar la otra parte y la pena consista asimismo en el pago de cantidades determinadas se aplica la regla del artículo 1544: "... cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él".

La norma es confusa, pues no está claro lo que significa la frase "incluyéndose ésta en él". Hay dos interpretaciones:

1) Una mayoritaria, que estima que el alcance es que la pena no puede exceder del doble de la obligación principal. Ejemplo: si la obligación alcanza a 100; la pena no puede ser de más de 200, y

2) Para otros, el sentido de la frase es que si la obligación principal es de 100, la pena pueda llegar hasta 300, pues alcanza al doble de la obligación principal más la obligación principal.

La doctrina nacional está por la primera tesis.⁵³¹

b) Cláusula penal en el mutuo. Dice el artículo 1544 inciso 3º que, en el caso del mutuo, "se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular".

Sin embargo, cuando se pactan intereses por la mora –lo que implica una cláusula penal– y éstos exceden al máximo que es permitido estipular, la sanción es que los intereses se rebajan al interés corriente (artículo 8º de la Ley N° 18.010), no al máximo permitido estipular, como lo señala el artículo 1544. Por ello se sostiene que este artículo 8º dejaría sin aplicación el artículo 1544 del Código Civil, en el caso que el mutuo sea de dinero. Luego el artículo 1544 inciso 3º se mantendría vigente únicamente para los mutuos que no fueren de dinero.⁵³²

c) Cláusula penal enorme en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. Respecto de estas obligaciones, dice el artículo 1544 inciso

⁵³¹ ALESSANDRI, ob. cit., p. 117; SOMARRIVA, ob. cit., N° 33, p. 35; GATICA, ob. cit., N° 379, p. 486; CLARO SOLAR, ob. cit., T. X, N° 590, p. 530; FUEYO, ob. cit., T. I, p. 360, ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 923, p. 757.

⁵³² TOMASELLO, *Las obligaciones de dinero*, ob. cit., p. 89.

final, que el juez la moderará prudencialmente, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme. Un viejo fallo resolvió que "la obligación de entregar la cosa arrendada dentro del término convenido, a la cual accede la cláusula penal, es por la naturaleza de valor indeterminado: el tribunal puede moderar prudencialmente la pena si en su concepto fuera enorme".⁵³³

PÁRRAFO IV

DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

386.- Concepto. Como en virtud del Derecho de Prenda General (artículo 2465 del Código Civil) es el patrimonio del deudor el que está respondiendo del cumplimiento de sus obligaciones, la ley otorga al acreedor ciertas acciones o medios destinados a mantener la integridad de ese patrimonio. Estas acciones o medios son denominados "Derechos Auxiliares del Acreedor".

387.- Enumeración. No hay uniformidad sobre cuáles serían esos derechos, que no se trata de garantías reales ni personales que persigan dar seguridad al cumplimiento de la obligación, pues ellas requieren de acuerdo expreso entre el acreedor y su deudor. Pero hay un cierto consenso en atribuirles este carácter a los siguientes:

a) Las medidas conservativas, destinadas a evitar que determinados bienes salgan del patrimonio del deudor;

b) El derecho legal de retención;

c) La acción oblicua, indirecta o subrogatoria, destinada a obtener que ingresen ciertos bienes al patrimonio del deudor que éste negligentemente pretende dejar fuera;

d) La acción pauliana o revocatoria cuyo objeto es reintegrar al patrimonio del deudor bienes que han salido de él en perjuicio de sus acreedores (artículo 2468 del C. Civil), y

e) El beneficio de separación destinado a impedir que los bienes del causante se confundan con los del heredero, en perjuicio de los acreedores hereditarios o testamentarios (artículos 1378 al 1385).

⁵³³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 5 (1908), sec. 1ª, p. 238. En el mismo sentido, véase *Fallos del Mes* N° 385, sentencia 11, p. 757.

la cosa objeto del contrato en el tiempo que media entre la celebración del contrato y su resciliación, subsisten, porque la voluntad de las partes no tiene fuerza suficiente para destruir los derechos de los terceros”.⁵⁶⁵

Los segundos deben respetar la resciliación, afectándoles, como a todos los demás, los actos jurídicos celebrados por su antecesor o antecesores.

422.- Del pago. El código reglamenta diversas modalidades del pago:

- a) Solución o pago efectivo;
- b) Pago por consignación;
- c) Pago con subrogación;
- d) Pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores, y
- e) Pago con beneficio de competencia.

PÁRRAFO I

DE LA SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO

423.- Solución o pago efectivo. Esta forma de pago está tratada en el párrafo 1º del Título 14 del Libro IV, artículos 1568 y siguientes.

Sin duda, es el más importante modo de extinguir las obligaciones y por ello es el primero que enumera el artículo 1567. Está definido en el artículo 1568 como “la prestación de lo que se debe”. De esta definición surge de inmediato una importante consecuencia: el pago es un modo de extinguir cualquier tipo de obligación, no sólo, como podría pensarse, aquellas de pagar una suma de dinero. Si la obligación es pintar un cuadro, construir una casa o tocar el piano, esas obligaciones serán pagadas, pintando el cuadro, construyendo la casa o tocando el piano. En todos esos casos el deudor estará prestando lo debido.

Otra consecuencia que deriva de la definición es que todo pago supone una obligación preexistente, civil o, a lo menos, natural. Tanto es así que, si por error se paga una obligación inexistente, quien paga tiene derecho a repetir (2295 inciso 1º). El artículo 2297 agrega que “se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural”. Así, se ha señalado

⁵⁶⁵ Corte Suprema, 25 de abril de 2019, “Fuentelba con Fuentes”, Rol N° 15493-2017, Cons. 9º.

que “en consecuencia, la institución del pago indebido, se configura cuando se cumple una obligación que no existe, ya sea porque realmente es inexistente, esto es, nunca nació a la vida jurídica, o porque concurriendo se extinguió, y también cuando se incide en error en la forma en que se cumple la prestación, en el que puede incurrir la persona que la hace, porque creyendo pagar una deuda propia soluciona una ajena, o a la que se hace, pues se paga a quien no es acreedor”.⁵⁶⁶

El pago, se ha dicho, más que un modo de extinguir una obligación, es la forma natural de cumplirla.

424.- El pago es la prestación de lo que se debe. Luego, no hay pago si por acuerdo de las partes, la obligación se satisface con una cosa distinta de lo debido. En tal caso, estamos frente a una dación en pago, como lo veremos más adelante.

425.- Naturaleza jurídica del pago. El pago es una convención, esto es, un acto jurídico bilateral que extingue obligaciones, celebrado entre el *solvens* que paga y el *accipiens*, que recibe el pago. No es un contrato, porque no genera obligaciones. Como acto jurídico que es, debe cumplir los requisitos generales de todo acto jurídico: consentimiento, capacidad, objeto y causa.

Algunos discuten que sea una convención, porque si el deudor se resiste a recibir el pago, se le puede pagar aun en contra de su voluntad, mediante el pago por consignación. Esto se explica porque el deudor tiene el derecho a liberarse de la obligación, tiene el derecho a pagar, y el acreedor no puede impedirle que lo ejerza. Somarriva estima discutible que el pago sea un acto jurídico. Es mejor –dice– aceptar la tesis de que es un hecho jurídico, como se viene sosteniendo por algunos doctrinadores.⁵⁶⁷ Cuando la obligación es de dar, se paga haciendo la correspondiente tradición. Por eso se suele decir que la tradición es un pago. La tradición extingue la obligación de dar que se generó en el título traslativo de dominio.

426.- El pago es un acto jurídico *intuitu personae*. Consecuencia de ello es que, si por error se hace a una persona distinta del acreedor, no extingue

⁵⁶⁶ Corte Suprema, 15 de diciembre de 2016, “Inmobiliaria Casablanca S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia”, Rol N° 34.040-2016, Cons. 11º.

⁵⁶⁷ SOMARRIVA, ob. cit., comentario a sentencia N° 98, p. 71.

la obligación. “Quien paga mal paga dos veces”, reza el refrán. Esto, sin perjuicio que pueda repetirse lo pagado en conformidad al artículo 2295.⁵⁶⁸

427.- Características del pago. El pago tiene algunas características especiales:

- a) Debe ser específico;
- b) Debe ser completo, y
- c) Es indivisible.⁵⁶⁹

428.- El pago debe ser específico. Ello significa que debe hacerse “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”, sin que pueda ser obligado el acreedor a recibir “otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”. Así lo establece el artículo 1569.

429.- El pago debe ser completo, con lo que se quiere decir que debe comprender íntegramente lo debido, incluidos los accesorios. Ello significa que “el pago de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban” (artículo 1591 inciso 2°). Por la misma razón y, salvo excepciones –como ocurre en el pago por consignación (artículo 1604) y en los gastos de transporte para la restitución del depósito, artículo 2232–, los gastos del pago son de cargo del deudor (artículo 1571).

430.- El pago es indivisible, lo que significa que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales” (artículo 1591 inciso 1°). La Corte de Apelaciones de Copiapó ha indicado que “tal como se transcribió en el motivo 5°, el artículo 1591 del Código Civil es absolutamente claro y categórico en establecer que el acreedor no se encuentra obligado a recibir pagos parciales de la deuda, por lo que se entiende que ante una norma tan clara y categórica, no resultan atendibles los clamores del recurrente en este sentido, por lo que

⁵⁶⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 2016, “Traverso S.A. con Torre”, Rol N° 13.078-2015, Cons. 4°.

⁵⁶⁹ Por tal razón, la Corte Suprema ha indicado que “el artículo 1569 del Código Civil establece que el pago debe hacerse al tenor de la obligación respectiva, denotando con ello que aquel debe consistir en lo que específicamente se haya estipulado por las partes, de manera íntegra y de una sola vez”. Corte Suprema, 10 de julio de 2020, “Tanner Servicios Financieros S.A. con Walmart Chile S.A.”, Rol N° 14.906-2019, Cons. 7°.

no existiría en el presente caso un derecho indubitado del recurrente que deba ser resguardado a través de la presente acción”.⁵⁷⁰ Por excepción, se puede dividir el pago, en algunos casos:

- a) Si así lo acuerdan las partes. En este caso “se entenderá dividido el pago en partes iguales, a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo” (artículo 1593);
- b) En las obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas, en que cada deudor sólo está obligado a pagar su cuota (artículos 1511 y 1526);
- c) En las deudas hereditarias se divide el pago entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias (1354 inciso 1°);
- d) Cuando existen varios fiadores, la deuda se entiende dividida entre ellos por partes iguales. Es lo que se denomina beneficio de división (2367);
- e) Cuando existe controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada (artículo 1592);
- f) Cuando las partes son recíprocamente deudores y acreedores, puede operar el modo de extinguir compensación, en cuya virtud se extinguen ambas deudas hasta la de menor valor, lo que viene a importar una especie de pago parcial. Volveremos sobre este punto cuando veamos este modo de extinguir, y
- g) En los casos en que el deudor esté constituido en quiebra, y sus bienes no alcancen para cubrir la totalidad del pasivo, el síndico hará pagos parciales a los distintos acreedores a prorrata de sus créditos, salvo que exista alguna causal especial de preferencia.

431.- Por quién debe hacerse el pago.⁵⁷¹ Esta materia la trata el código en el párrafo 2° del Título 14, artículos 1572 al 1575.

Pueden hacer el pago:

- a) El deudor;
- b) Un tercero interesado en extinguir la obligación, y
- c) Un tercero extraño a la obligación.

⁵⁷⁰ Corte de Apelaciones de Copiapó, 26 de septiembre de 2022, “Rojas con Banco Santander Chile”, Rol N° 779-2022, Cons. 7°.

⁵⁷¹ Sobre esta materia véase: SERRANO HERRERA, Claudia, “La legitimación para el pago de un tercero”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, Vol. 37, N° 2, pp. 137-211.

432.- Pago hecho por el deudor. El deudor es el principal interesado en pagar, porque es la forma de quedar desligado de la obligación. Ya hemos dicho que tiene el derecho a pagar.

Cuando decimos que el pago lo hace el deudor, debemos aclarar que dentro de este caso comprendemos también los siguientes:

1) Pago hecho por el representante legal del deudor. Ello porque, según el artículo 1448, "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo". En relación con lo que se viene diciendo, debe recordarse que el artículo 671 del Código Civil, en su inciso 2º, señala que "pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios, o sus representantes legales"; y agrega en el inciso final que "la tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por o a el respectivo mandante";

2) Pago hecho por un mandatario del deudor (artículos 1448 y 671, en la tradición), y

3) Pago hecho por un heredero del deudor. Esto porque, en conformidad al artículo 1097 del Código Civil, los herederos "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles".

En el caso en que el testador haya gravado a un legatario con el pago de una obligación, deberá comprenderse también el pago que en este caso haga ese legatario.

En todos estos casos, si el deudor paga se extingue definitivamente la obligación, sin que se genere ninguna consecuencia posterior.

433.- Pago hecho por un tercero interesado. Hay personas que no siendo los deudores tienen un directo interés en el pago de la deuda. Éstos son:

- 1) El codeudor solidario;
- 2) El fiador, y
- 3) El tercer poseedor de la finca hipotecada.

1) Pago hecho por el codeudor solidario. El deudor solidario tiene interés en que se extinga la obligación. Si paga se extingue la obligación respecto de él, pero por el hecho de pagar se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, pasando a ocupar su lugar frente a los otros codeudores solidarios, para cobrarles a cada uno su cuota. Ya sabemos que si el deudor solidario que paga no tenía interés en la obligación se le considera fiador y en tal caso se subroga en los derechos del acreedor pudiendo dirigirse por el total en contra de cualquiera de los otros codeudores solidarios interesados en la obligación (artículos 1522; 1610 N° 3; 2372);

2) Pago hecho por un fiador. También el fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga (artículo 1610 N° 3), y

3) El tercer poseedor de la finca hipotecada. Se entiende por tercer poseedor de la finca hipotecada, el poseedor del inmueble hipotecado que no está obligado personalmente al pago de la deuda. Esta situación se da en dos casos:

a) Cuando se hipoteca un bien propio para garantizar una obligación ajena, y

b) Cuando se adquiere un inmueble hipotecado.

En estos casos, este tercer poseedor de la finca hipotecada tiene interés en pagar la obligación garantizada con la hipoteca, con el objeto de evitar la subasta de la finca hipotecada. Si paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, pudiendo dirigirse en contra del deudor (artículos 1610 N° 2; 2429 inciso 2º).

Como se puede apreciar, en todos estos casos el pago no produce la extinción de la obligación, pues ésta subsiste entre el que hizo el pago (que pasa a ocupar el lugar del acreedor), y el deudor. El que desaparece del cuadro es el acreedor, pues su lugar pasa a ser ocupado por quien hizo el pago (lo subroga).

434.- Pago hecho por un tercero extraño. Según artículo 1572 "puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor" (inciso 1º).

La ley acepta que un tercero no interesado pueda pagar por varias razones:

- a) Porque desde el punto de vista del acreedor, lo que le interesa es que le paguen, no le importa que lo haga el deudor o un tercero, y
- b) Porque a la sociedad misma le interesa que las deudas se paguen, que exista el menor número de personas obligadas.

Se ha resuelto que el pago que hace un tercero por el deudor, aun a pesar del acreedor, no está sujeto a formalidades especiales y puede hacerse en las mismas condiciones que lo haría el deudor.⁵⁷² Somarriva comenta favorablemente este fallo señalando que "la sentencia está en la razón", pues "desde el momento que el legislador no ha establecido reglas especiales para este caso, deben aplicarse las reglas generales. De esa doctrina se deduce que si el acreedor se niega a recibir el pago del tercero, para su validez debe hacerse de acuerdo con las reglas del pago por consignación".

⁵⁷² Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 6 (1909), sec. 1ª, p. 58.

Y agrega que “la doctrina de la sentencia hace recordar que, en principio para nuestro Código Civil, el contenido de la obligación es objetivo. Lo que importa es la prestación en sí. No interesa que sea realizada por un acto del deudor, porque el concepto subjetivo ha desaparecido. Ya no se pide que la prestación sea una actividad de carácter personal del deudor. Por eso puede pagar por el deudor un tercero, con tal que lo haga a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor, como lo dice el artículo 1572. Lo que importa –termina el comentario– es que el acreedor obtenga la satisfacción de su derecho. Si pretende, no obstante, una actividad personal del deudor, el tercero puede recurrir al pago por consignación”.⁵⁷³

La Corte Suprema ha resuelto que “de acuerdo con lo que dispone el artículo 1572 del Código Civil, el pago puede hacerse no sólo por el deudor, sino también por cualquiera persona a nombre de éste, aun sin su conocimiento o contra su voluntad. Parece evidente que las hipótesis en que paga un tercero sin conocimiento del deudor o contra su voluntad, no resulta posible afirmar que existe una convención entre el deudor y el acreedor, puesto que el consentimiento del primero está absolutamente ausente, lo que resulta más claro aún en el evento de que se pague contra la voluntad del deudor. Pero, en estos casos, no obstante no concurrir la voluntad del deudor, porque éste no ha sabido del pago o porque él se ha hecho en contra de tal voluntad, es la circunstancia de que el consentimiento se ha formado entre el acreedor y el tercero que paga”.⁵⁷⁴

Excepcionalmente “si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor”. La excepción es tan obvia que no requiere de ningún comentario adicional.

435.- Efectos del pago hecho por un tercero extraño. El tercero que paga puede encontrarse en tres situaciones:

- a) Pagar con el consentimiento expreso o tácito del deudor;
- b) Pagar sin el conocimiento del deudor, y
- c) Pagar contra la voluntad del deudor.

⁵⁷³ SOMARRIVA, ob. cit., comentario a sentencia N° 69, p. 69.

⁵⁷⁴ Corte Suprema, 12 de junio de 2000, “Fisco de Chile con Victoria Clavel Fuller”, Rol N° 23443-1994, Cons. 4°.

Los efectos que de cada uno de estos pagos siguen son diferentes, como se pasa a explicar.

436.- Pago hecho con el consentimiento expreso o tácito del deudor. El que paga en este caso se subroga en los derechos del acreedor a quien paga. Así lo establece el artículo 1610 N° 5° del Código Civil.

En el fondo, esta persona viene a ser un verdadero mandatario del deudor, y por la misma razón va a tener dos acciones para poder resarcirse de lo que pagó:

- a) La acción subrogatoria, que le otorga el artículo 1610 N° 5, y
- b) La acción propia del mandato.

La primera puede ser más efectiva, si la deuda estaba caucionada, porque se subroga con todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas (artículo 1612). La segunda puede serle más conveniente, pues le permite cobrar lo pagado más intereses corrientes (artículo 2158 N° 4).⁵⁷⁵

437.- Pago hecho sin el conocimiento del deudor. De acuerdo al artículo 1573, “el que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue”. No hay entonces en este caso subrogación legal. Sólo podría haber subrogación convencional, si el acreedor a quien pagó le subroga voluntariamente en sus derechos (artículo 1611).

Así las cosas –y salvo la posibilidad de esta subrogación convencional– el tercero que paga sólo va a tener acción de reembolso en contra del deudor, acción propia de la gestión de negocios ajenos. No tiene esta acción de reembolso ninguna de las ventajas y prerrogativas del crédito antiguo.

438.- Pago hecho contra la voluntad del deudor. El artículo 1574 regula esta situación, en los siguientes términos: “... el que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción”.

Esta persona que paga por otra, sin poder, es un verdadero agente oficioso. Y esto es importante, porque el código al tratar de la agencia oficiosa, artículo 2291, dice una cosa distinta a lo que establece el artículo 1574. Según el 2291, “el que administra un negocio ajeno contra la expresa

⁵⁷⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 98 (2001), sec. 3ª, p. 83, reconoce validez al pago hecho por un tercero con el consentimiento del deudor.

prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda; por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado” (inciso 1°).

La contradicción entre las dos normas es evidente: según el 1574, no hay acción de repetición; según el 2291, si el pago fue útil al deudor (es decir, si extinguió la obligación) hay acción de repetición.

439.- Formas de resolver la contradicción entre los artículos 1574 y 2291. Se han dado distintas opiniones para compatibilizar ambas disposiciones:

a) Según Leopoldo Urrutia el artículo 1574 debe aplicarse cuando el pago no ha sido útil al deudor; y el 2291, cuando le fue útil. La solución que se da con esta interpretación es justa, pero presenta el inconveniente que hace una distinción que el artículo 1574 no contempla;

b) Para Ruperto Bahamonde, el artículo 1574 rige para los pagos aislados, que no corresponden a la administración de un negocio; en cambio, el artículo 2291 se debe aplicar a la agencia oficiosa, en que hay la administración de un negocio. Esta interpretación se ajusta al tenor literal de las normas, pero resulta poco equitativa, pues no se ve por qué en un caso se tiene acción de repetición y en el otro no. La solución es injusta;

c) Gonzalo Barriga estima que el artículo 2291 se aplica cuando concurren copulativamente dos requisitos:

1. Que el pago quede comprendido dentro de la administración de un negocio, y

2. Que reporte utilidad al deudor. Faltando cualquiera de estos requisitos debe regir el artículo 1574.⁵⁷⁶

d) Claro Solar sostiene que se aplica el artículo 2291 cuando hay utilidad para el deudor, caso en que el que paga puede repetir, pero sólo hasta el monto de la utilidad. El artículo 1574 se aplica si el pago no fue útil al deudor. Parece ser la tesis más razonable. En este sentido también Stitchkin.⁵⁷⁷

⁵⁷⁶ BARRIGA, Gonzalo, Comentario a “La contradicción entre los artículos 1574 y 2291 del Código Civil es sólo aparente” de Raúl Obrecht H., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 39 (1942), 1ª Parte, p. 100.

⁵⁷⁷ STITCHKIN, *Derecho Civil*, ob. cit., T. II, pp. 160-161.

440.- Pago en el caso de las obligaciones de dar. Recordemos que obligaciones de dar son aquellas en que el deudor se obliga a transferir el dominio o a constituir un derecho real en favor del acreedor. De manera que la obligación del deudor es hacer la correspondiente tradición.

En estas obligaciones, el pago tiene algunas reglas especiales:

- a) El tradente, debe ser dueño del derecho que transfiere;
- b) Se requiere capacidad de disposición en el que paga, y
- c) El pago debe hacerse con las formalidades legales.

441.- El tradente debe ser titular del derecho que transfiere. Así lo establece el artículo 1575: “el pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño” (inciso 1°).

Cuando esta norma dice que el pago “no es válido”, no está significando que es nulo, sino que es ineficaz para extinguir la obligación. Ello porque esta disposición tenemos que concordarla con el artículo 682: “... si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”.

Hay una excepción, en el artículo 1575 inciso final: “Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible –ya sabemos que el código confunde fungible con consumible– y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar”.

442.- Capacidad de disposición del que paga. La exige el artículo 1575 inciso 2°: “Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene la facultad de enajenar”.

El pago efectuado por el que no tiene capacidad de disposición adolece de nulidad relativa, porque se ha omitido un requisito exigido por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que lo ejecutan (artículo 1682). Ahora, si quien hizo el pago es absolutamente incapaz, la nulidad será absoluta (1682 inciso 2°).

443.- Formalidades legales. Este requisito lo exige el artículo 679: “Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas”. Así ocurre si lo que se debe pagar es un derecho inmueble que exige inscripción en el Conservatorio de Bienes Raíces (artículo 686).

444.- A quién debe hacerse el pago. Regla esta materia el párrafo 3º del Título 14, artículos 1576 al 1586. Es muy importante pagar a quien corresponde, porque si se paga mal, el deudor no queda liberado de la obligación. “El que paga mal paga dos veces”, reza el viejo aforismo.

El artículo 1576 indica a quién debe hacerse el pago:

- a) Al acreedor mismo, que constituye la situación normal;
- b) A sus representantes, y
- c) Al actual poseedor del crédito.

445.- Pago hecho al acreedor. De acuerdo al artículo 1576, “para que el pago sea válido debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun a título singular) (...)”. Luego, vale el pago que se hace al acreedor, al heredero del acreedor (artículos 951 y 1097), al legatario del crédito (artículo 1127) o al cesionario del crédito (artículos 1902 al 1905).

446.- Excepciones en que el acreedor no puede recibir el pago. Estas excepciones están contenidas en el artículo 1578: “El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes:

1º Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes; salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1688;

2º Si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener su pago, y

3º Si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso”.

Veamos en los números siguientes cada una de estas situaciones.

447.- Pago hecho al acreedor que no tiene la libre administración de sus bienes. Ello se explica porque el pago es un acto jurídico bilateral, que requiere que ambas partes sean capaces.

La sanción si se paga a un incapaz va a ser la nulidad relativa, a menos que se haya pagado a un absolutamente incapaz, en que será nulidad absoluta (artículo 1682). Como es nulidad relativa, puede sanearse de acuerdo a las reglas generales.

Sin embargo, el pago va a ser válido si quien lo hizo prueba que fue útil al acreedor y en cuanto se justifique este hecho con arreglo al artículo 1688, vale decir, probando que el acreedor se hizo más rico, entendiéndose que es así cuando las cosas pagadas le hubieren sido necesarias o, si no lo fueron, subsistan y se quisiere retenerlas. En definitiva, valdrá el pago probando que lo pagado le sirvió al acreedor, que no malgastó lo recibido.

448.- Pago hecho al acreedor cuyo crédito se ha embargado u ordenado retener por decreto judicial. Este N° 2 del artículo 1578 comprende dos situaciones:

a) El crédito que tiene el acreedor se encuentre embargado, lo que es perfectamente posible porque los créditos son bienes susceptibles de embargarse (artículo 2465), o

b) Que se haya decretado una medida precautoria de retención de ese pago, en conformidad a lo establecido en los artículos 290 N° 3 y 295 del Código de Procedimiento Civil.

Embargado el crédito o retenido el pago, si el deudor paga, el pago adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1682 en relación con el artículo 1464 N° 3). Esta norma debe concordarse con el artículo 681 del Código Civil: “... se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario”.

Se ha fallado que para que se produzca este efecto tanto el embargo como la retención deben notificarse al deudor. De no ocurrir así, el pago sería válido.⁵⁷⁸

449.- Pago hecho al deudor respecto de quien se ha dictado resolución de liquidación (artículo 1578 inciso 3º). Esto es consecuencia de que el deudor pierda la administración de sus bienes, la que pasa al liquidador, que es quien puede recibir válidamente el pago (artículo 130 N° 1 de la Ley N° 20.720). No basta la simple insolvencia, es necesario que la liquidación esté declarada por resolución judicial.

En relación con este punto, es preciso recordar que la sentencia que declare la quiebra tendrá “la advertencia al público que no pague ni entregue mercaderías al deudor, bajo pena de nulidad de los pagos y entregas...” (artículo 129 N° 6 de la Ley N° 20.720).

450.- Pago hecho a los representantes del acreedor. El pago hecho a los representantes del acreedor es válido (artículos 1576, 1579, 1580 y 1581).

Estos representantes del deudor pueden ser de tres tipos:

- 1) Representantes legales;

⁵⁷⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 6 (1909), sec. 2ª, pág. 40; T. 21 (1924), sec. 1ª, p. 583. Sobre esta materia, véase: SOMARRIVA, ob. cit., comentario a sentencia 95, p. 70.

- 2) Judiciales, y
- 3) Convencionales.

451.- Pago hecho al representante legal del acreedor. El artículo 1579 señala distintos casos de pagos hechos a los representantes legales del acreedor, pero no es taxativo porque termina expresando “y las demás personas que por ley especial... estén autorizados para ello”. En este último caso está, por ejemplo, el Síndico, respecto del fallido (artículo 64 de la Ley de Quiebras). Abeliuk afirma que el artículo 1579, cuando habla del caso del marido que recibe por la mujer, no estaría bien. Pensamos que no es así, pues si bien es cierto que el marido, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802, no es el representante legal de su mujer, de todas formas es quien administra sus bienes (artículo 1749 del Código Civil).

452.- Pago hecho al representante judicial. Vale el pago que se hace a la persona designada por el juez para recibirlo (artículos 1576 y 1579). Puede ser el caso de que exista una medida precautoria de secuestro (artículos 290, 291 del Código de Procedimiento Civil).

453.- Pago hecho al diputado para recibir el pago (mandatario). Este mandatario puede incluso ser relativamente incapaz. Así lo dice el 1581, que no hace más que aplicar la regla del artículo 2128. El mandato para recibir el pago puede revestir tres modalidades:⁵⁷⁹

1. Mandato general de administración, reglado en el artículo 2132, que confiere la facultad de cobrar los créditos que pertenezcan al giro ordinario (artículos 1580 y 2132);
2. Mandato especial para administrar el negocio o negocios en que incide el pago. Se confiere a Pedro mandato especial para administrar una panadería. Puede en este carácter recibir los pagos que se hagan a ese negocio, y
3. Mandato especial para cobrar un determinado crédito. Ejemplo: NN da mandato a XX para que le cobre la pensión de jubilación.

⁵⁷⁹ Así también se ha reconocido por la jurisprudencia, que ha indicado que “tal como se ha dicho y según se colige de lo prevenido en los artículos 1580 a 1586 del aludido estatuto legal, el mandato que otorga el acreedor para recibir el pago toma el nombre de diputación para recibir el pago, y el mandatario, de diputado para percibirlo. De acuerdo a lo preceptuado en la primera disposición legal mencionada, el mandatario tendrá facultad para recibir el pago del crédito cuando tal atribución se le haya conferido por el mandante mediante un mandato general de administración, a través de un mandato especial, o bien, en razón de un poder específico”. Corte Suprema, 14 de julio de 2009, “Costa con Castelli”, Rol N° 1771-2008, Cons. 8°.

La ley ha establecido algunas precisiones. Así, según el artículo 1582, el poder para demandar en juicio no faculta al apoderado para recibir el pago de la deuda. Recordemos que, según el artículo 7° inc. 2° del Código de Procedimiento Civil, el poder para percibir requiere de mención expresa.

Agreguemos, finalmente, que para que el pago hecho a un diputado sea eficaz es necesario que el mandatario actúe dentro de la esfera de su mandato (art. 2160 inciso 1°) y que aparezca recibiendo en su carácter de tal para el mandante o ello aparezca del tenor o espíritu del acto. Se ha fallado que, para que se considere válido el pago hecho a una persona que ha recibido mandato del acreedor, es necesario que lo reciba en su carácter de mandatario, y, por lo tanto, es nulo el pago si lo recibe en otra calidad.⁵⁸⁰

454.- Extinción de la diputación para recibir el pago. De acuerdo al artículo 1586: “... la persona diputada para recibir el pago se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general por todas las causas que hacen expirar el mandato”. Las causales de extinción del mandato están establecidas en el artículo 2163 del Código Civil.

455.- Pago hecho al actual poseedor del crédito. El artículo 1576 inciso 2° regula esta situación: “...el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”. El caso más corriente es el pago hecho al heredero a quien se concedió la posesión efectiva; o al legatario del crédito. Abeliuk señala además el caso del cesionario del crédito, si después se anuló la cesión de créditos.

Los requisitos de la norma son dos: que el que recibe el pago se encuentre en posesión del crédito (la norma tiene importancia porque es la única que habla de la posesión de un derecho personal); y que el que paga lo haga de buena fe, entendiéndose que está pagando al dueño del crédito. La buena fe se presume. Este es un caso de aplicación de la teoría de la apariencia o del error común.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 29 (1932), sec. 1ª, p. 611.

⁵⁸¹ Al respecto, véase: SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, “El pago al poseedor del crédito. Un caso de apariencia culpable”, en: Domínguez, Carmen; González, Joel; Barrientos, Marcelo; Goldenberg, Juan Luis (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 385-402.

456.- Pago hecho a otras personas, no es eficaz, no extingue la obligación. Así se ha fallado que “no es válido el pago hecho al cedente después de notificada la cesión al deudor”.⁵⁸² Este fallo es ajustado a derecho desde que, producida la cesión, el cesionario pasa a ser el nuevo acreedor, realidad que no puede discutir el deudor si ha sido notificado de la cesión del crédito o la ha aceptado (artículo 1902).

Pero el pago hecho a una persona inhábil se puede validar en los casos establecidos en el artículo 1577:

- a) Si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo, caso en que se entenderá como válido desde el principio, o
- b) Si el que recibe el pago sucede en el crédito (puede suceder como heredero, legatario, etc.).

457.- Época en que debe hacerse el pago. El pago debe hacerse en el lugar y tiempo convenidos. Así lo dice el artículo 1872, respecto del pago del precio en el contrato de compraventa.

Si nada se ha convenido, si la obligación es pura y simple el pago debe hacerse de inmediato, celebrado que sea el contrato. Si está sujeta a un plazo o condición suspensivos, desde que venza el plazo o se cumpla la condición. En el caso de obligación sujeta a plazo, el deudor puede pagar antes del vencimiento si el plazo está establecido en su solo beneficio. En caso contrario, no puede hacerlo.

458.- Lugar donde debe hacerse el pago. El párrafo 4º del Título XIV del Libro IV, artículos 1587 al 1589, trata de esta materia.

Este aspecto del pago es importante, porque el deudor cumplirá su obligación pagando en el lugar que corresponde, sin que se le pueda exigir que lo haga en otro lugar. Y, recíprocamente, el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago en un lugar diferente. Esto último queda probado en el caso del pago por consignación en que para que la oferta sea válida se requiere “que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido” (1600 N° 4).

Las reglas sobre el lugar en que debe hacerse el pago son las siguientes:

1. El pago debe hacerse en el lugar designado en la convención (artículo 1587).
2. Si no se hubiere establecido el lugar en que debe realizarse, es necesario distinguir, según el objeto de la obligación sea dar o entregar una especie o cuerpo cierto u otro diferente.

⁵⁸² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 22 (1925), sec. 1ª, p. 674.

En el primer caso, se debe pagar en el lugar donde dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación (artículo 1588, inciso 1º).

Si lo debido es otra cosa —género, hecho o abstención— el pago debe cumplirse en el domicilio del deudor (artículo 1588, inciso 2º). Al respecto se ha fallado que la regla de que si no hay estipulación acerca del lugar donde debe hacerse el pago, y en que si no se trata de un cuerpo cierto debe hacerse en el domicilio del deudor, se aplica a las obligaciones de hacer.⁵⁸³ Esta sentencia es comentada favorablemente por Somarriva.⁵⁸⁴

Se ha discutido a qué domicilio del deudor se refiere esta norma, si al que tenía al momento de celebrar el contrato o al que tiene al momento en que debe hacerse el pago. Atendido lo que dispone el artículo 1589, no nos cabe duda de que debe estarse al primero, pues justamente esta disposición se pone en el caso en que entre ambas fechas el deudor hubiere mudado su domicilio, estableciendo que, en ese caso, el pago debe hacerse “en el lugar que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa”.⁵⁸⁵

Si el deudor tuviere pluralidad de domicilios, deberá pagar “en el correspondiente al lugar donde contrajo la obligación si éste dice relación con ese domicilio”.⁵⁸⁶

459.- Contenido del pago. El código trata de esta materia en el párrafo V del Título XIV del Libro IV: “Cómo debe hacerse el pago”.

La idea central es la establecida en el artículo 1569: “... 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” (inciso 1º). La misma norma agrega que “el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida” (inciso 2º). Además, recordemos, el pago debe ser total y no se puede dividir, salvo las excepciones ya mencionadas (1591).

⁵⁸³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 5 (1908), sec. 2ª, p. 140.

⁵⁸⁴ SOMARRIVA, ob. cit., sentencia 104, p. 74.

⁵⁸⁵ En el mismo sentido, ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 623, p. 517; STITCHKIN, *Derecho Civil*, ob. cit., T. II, N° 100, p. 191.

⁵⁸⁶ STITCHKIN, ob. cit., T. II, N° 100, p. 191.

Precisado lo anterior, para saber cómo se hace el pago deberá estarse a la naturaleza de la obligación de que se trate. Y entonces podemos distinguir:

a) Si lo debido es un género, se cumplirá entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana (artículo 1509);

b) Si lo debido es una cantidad de dinero se cumplirá entregando la suma numérica establecida, pues ya hemos visto que el sistema aceptado en Chile sigue siendo el nominalista;

c) Si es una obligación de hacer o no hacer, se pagará realizando la prestación o abstención convenida;

d) Si la obligación es de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, el acreedor debe recibirlo en el estado en que se halle, soportando entonces los deterioros provenientes de fuerza mayor o caso fortuito.

Pero si la cosa se hubiere deteriorado por hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable, o si los deterioros se hubieren producido durante la mora del deudor (a menos que provengan de un caso fortuito a que la cosa se hubiere estado igualmente expuesta en poder del acreedor), cabe hacer una distinción, según los deterioros sean o no importantes.

Si son importantes, puede pedirse o la resolución del contrato —el artículo 1590 emplea impropiaemente la expresión rescisión— más indemnización de perjuicios; o aceptar la cosa en el estado en que se encuentra más indemnización de perjuicios.

Si el deterioro no es importante, se deberá recibir la cosa en el estado que se encuentre, pero se deberán indemnizar los perjuicios (artículo 1590 inciso 2°).

En el caso en que el deterioro hubiere ocurrido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre, pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño (artículo 1590 inciso final).

460.- Caso en que concurren varias obligaciones entre las mismas partes. Esta situación está tratada en el artículo 1594: “Cuando concurren entre unos mismos acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y por consiguiente el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros”.

461.- De la imputación del pago. En el caso en que existan varias deudas entre acreedor y deudor, y el pago hecho no alcance a satisfacerlas todas, debe resolverse cuál es la que se debe entender solucionada. Es el problema llamado de la imputación del pago.

Debe aclararse que esta situación sólo se va a presentar si concurren los siguientes supuestos:

1. Que existan varias deudas de una misma naturaleza;
2. Que estas deudas sean entre las mismas partes, y
3. Que se haga un pago insuficiente para satisfacerlas a todas.

El código da diversas reglas sobre esta materia en los artículos 1595 al 1597 (párrafo 6° del Título XIV), que son las siguientes:

1. Si se debe capital e intereses, el pago se imputará primero a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente en que se impute al capital (1595);

2. Si hay diferentes deudas, el deudor pueda imputar a la que elija, con las siguientes limitaciones:

a) No puede preferir la deuda no devengada a la que lo está, a menos que el acreedor lo consienta (1596), y

b) Debe imputar el pago a la deuda que se alcanza a pagar en su integridad, ya que, en conformidad al artículo 1591, el acreedor no está obligado a aceptar pagos parciales;

3. Si el deudor no hace la imputación, podrá hacerla el acreedor, en la carta de pago o recibo, y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después (artículo 1596);

4. Si ninguna de las partes hace la imputación, ésta la hace la ley: “... se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere” (artículo 1597).

462.- Prueba del pago. De acuerdo al artículo 1698 del Código Civil, la prueba del pago corresponde al deudor. Para ello puede valerse de todos los medios de prueba legales, con las limitaciones que para la prueba de testigos establecen los artículos 1708 y 1709 del Código Civil.

463.- Presunciones legales del pago. Para facilitar la prueba del pago, el código establece diversas presunciones:

a) Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados (artículo 1595 inciso 2°). Una presunción en el mismo sentido, encontramos en el artículo 17 de la Ley N° 18.010:

“Si el acreedor otorga recibo del capital, se presumen pagados los intereses y el reajuste en su caso”:

b) En los pagos periódicos, la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor (artículo 1570).

Estas presunciones son simplemente legales, por lo que se puede probar en contrario.

464.- Gastos del pago. De acuerdo al artículo 1571, “los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales”.

Ya hemos explicado que esta regla sufre una excepción importante, en el caso del pago por consignación (artículo 1604). Otra excepción se encuentra en el artículo 2232, según el cual los gastos de transporte para la restitución del depósito son de cargo del depositante (acreedor), lo que es lógico, pues es un contrato en que él es el único beneficiado.

465.- Efectos del pago. El efecto propio del pago es extinguir la obligación. Este efecto no se produce en el caso en que el pago lo haga un tercero con el consentimiento expreso o tácito del deudor o un tercero interesado (codeudor solidario, fiador o tercer poseedor de la finca hipotecada), pues entonces la obligación subsiste —con todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas— entre ese tercero que paga y el deudor.

PÁRRAFO II

DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

466.- Del pago por consignación. Concepto. Constituye una modalidad del pago, reglada el párrafo 7° del Título XIV, artículos 1598 al 1607.

Del artículo 1599 se desprende que es el que se hace con las formalidades legales, mediante el depósito de la cosa debida en manos de una tercera persona, en los casos de negativa o no concurrencia del acreedor a recibirlo o de incertidumbre acerca de la persona de éste.

Es sabido que el pago es una convención, lo que significa que se perfecciona por el acuerdo de voluntades de deudor y el acreedor. Sin embargo, esta característica se altera en el pago por consignación. Ello se explica porque el deudor tiene el derecho a pagar, derecho que no podría ejercer si

el acreedor se niega a aceptar el pago o no concurre a recibirlo o si existe incertidumbre acerca de la persona del acreedor. Por ello, el artículo 1598 expresa que “para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor, el pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación”.

Manuel Albaladejo precisa que el deudor, más que el derecho a pagar, tiene el derecho a liberarse del vínculo obligatorio, lo que se demuestra por el hecho de que éste se puede extinguir por otras razones, como, por ejemplo, la remisión de la deuda.⁵⁸⁷

467.- Casos en que procede el pago por consignación. En conformidad al artículo 1599, el pago por consignación procede en tres casos:

- a) Si existe negativa del acreedor a aceptarlo;
- b) Si el acreedor no concurre a recibirlo, y
- c) Si existe incertidumbre acerca de la persona del acreedor. Esta situación que a primera vista pudiera aparecer curiosa, es muy corriente, en el caso, por ejemplo, en que el deudor haya fallecido y se ignore quiénes son sus herederos.⁵⁸⁸

468.- Fases del pago por consignación. En el pago por consignación se deben distinguir tres fases o etapas:

- a) La oferta;
- b) La consignación propiamente tal, y
- c) La declaración de suficiencia del pago.

Las dos primeras etapas son extrajudiciales, en virtud de la modificación que introdujo a esta institución la Ley N° 7.825 del 30 de agosto de 1944. Así lo dice en forma expresa el artículo 1601 inciso 3°: “No será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consigna-

⁵⁸⁷ ALBALADEJO, *Derecho Civil II*, ob. cit., p. 120.

⁵⁸⁸ La Corte Suprema ha señalado que “el pago por consignación es una modalidad del pago, prevista y regulada en los artículos 1598 a 1607 del Código Civil, que supone darle eficacia a la extinción de la deuda, ya sea por negativa del acreedor a recibirlo en la situación de mora del acreedor o por ignorarse su paradero, en la medida que se sujete a las reglas establecidas en ese párrafo. Este mecanismo de pago opera, en consecuencia, ante el desconocimiento del titular del crédito o incluso que por alguna razón el acreedor sin causa justificada se niegue a recibirlo. La institución se relaciona con la *mora creditoris* en el entendido que por un hecho del propio acreedor, su ausencia o su contumacia, no se puede efectuar la solución de la deuda”. Corte Suprema, 19 de julio de 2016, “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile”, Rol N° 5742-2015, Cons. 6°.

ción". Y el inciso 4º reafirma esta idea, agregando que "en el pago por consignación no se admitirá gestión ni recurso judicial alguno del acreedor tendiente a obstaculizar la oferta, o la consignación. Por consiguiente, no se dará curso a ninguna oposición o solicitud del acreedor".

Como señala un autor, "son actos extrajudiciales, salvo que se trate de designar el depositario en cuyas manos se haga la consignación". Como no reviste el carácter de juicio, el poder para comparecer en litigio no habilita para intervenir en ella, sostiene el fallo de 22 de abril de 1963.⁵⁸⁹

469.- La oferta. El artículo 1600 señala que "la consignación debe ser precedida de una oferta".

470.- Requisitos de la oferta. Pueden ser de fondo o de forma y están contemplados en el artículo 1600.

471.- Requisitos de fondo de la oferta. Son los siguientes:

1. La oferta la debe hacer una persona capaz de pagar (1600 N° 1). No es necesario que sea el acreedor, puede ser cualquiera de las personas que indica el artículo 1572 (acreedor, terceros interesados, terceros no interesados);

2. Debe ser hecha al acreedor si es capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante;

Sin embargo, si el acreedor o su representante no tiene domicilio en el lugar en que deba efectuarse el pago, o no es habido, o hay incertidumbre acerca de la persona del acreedor, la oferta se hace al tesorero comunal respectivo quien se limitará a tomar conocimiento de ella (artículo 1602). El Tesorero comunal respectivo no es el tesorero municipal, sino el funcionario de la Tesorería General de la República, que cumple las funciones de Tesorero en la comuna respectiva.

Se ha fallado que la oferta hecha al fiador no es válida, si se le hace antes de que pague la deuda, pues sólo con el pago se subroga en los derechos del acreedor (T. 2, sec. 2ª, p. 127);

3. Si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, debe haber expirado el plazo o cumplido la condición.⁵⁹⁰ Sin embargo, si la obligación

⁵⁸⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 60 (1963), 2ª parte, sec. 2ª, p. 48; SOMARRINA, ob. cit., comentario a sentencia N° 108.

⁵⁹⁰ Por ello se ha señalado que "la oferta debe hacerse cuando corresponda, esto es, una vez que se haya hecho exigible". Corte Suprema, 11 de diciembre de 2008, "BBVA. con CidefS.A.", Rol N° 1853-2007, Cons. 7º.

es a plazo la oferta podrá también hacerse en los dos últimos días hábiles del plazo. Así lo establece el artículo 1600 N° 3. En relación con esto el artículo 1605 inciso 2º expresa que "Sin embargo, si se trata de una obligación a plazo o bajo condición, aceptada la consignación por el acreedor, o declarado suficiente el pago por resolución ejecutoriada, la obligación se considerará cumplida en tiempo oportuno siempre que la oferta se haya efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento de la obligación; pero el deudor quedará obligado en todo caso al pago de los intereses que se deban y al cuidado de la cosa hasta la consignación".

De acuerdo a estas dos normas, cabe concluir que en el caso de las obligaciones a plazo la oferta se puede hacer desde los dos días hábiles anteriores al vencimiento del plazo hasta el día siguiente hábil a su expiración;

4. El pago se debe ofrecer en el lugar debido. Para saber cuál es este lugar, habrá que estarse a lo que señalan los artículos 1587 al 1589, ya estudiados.

472.- Requisitos de forma de la oferta. Son los siguientes:

1. La oferta se hace a través de un notario o receptor competente, sin previa orden del tribunal. Este es el único caso en que un Receptor puede actuar sin orden judicial. En las comunas en que no haya Notario puede hacer las veces de tal el Oficial del Registro Civil.

2. Para estos efectos el deudor debe poner en manos de este funcionario una minuta de lo que debe, con los intereses vencidos, si los hay, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa ofrecida. No es necesaria la presentación material de la cosa ofrecida.

3. El Notario, receptor u oficial del Registro Civil, para realizar la oferta, hace un acta en que copia la minuta y que lee al acreedor. En esta acta deberá expresarse la respuesta del acreedor o de su representante, y si el uno o el otro la han firmado, rehusado firmarla, o declarado no saber o no poder firmar.

473.- Características de la oferta. La oferta es un trámite extrajudicial y formal. Extrajudicial, porque para hacerla no es necesario recurrir a los tribunales. Simplemente quien quiere pagar solicita a alguno de los funcionarios que señala el artículo 1600 N° 5, para que proceda a realizarla sin que para ello tenga que ser autorizado por la justicia.

Decimos que es formal, porque debe cumplir determinados requisitos de forma y de fondo que establece el artículo 1600 y que examinamos en el punto anterior.

474.- No se requiere oferta. Hay situaciones en que, por excepción, se puede pagar por consignación sin que preceda oferta. Así ocurre en los siguientes casos:

1. Si existe una demanda judicial que pueda enervarse con el pago, y
2. En el caso de pagos periódicos.

La primera de estas excepciones está establecida en el artículo 1600 inciso final: "Sin embargo, si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, se consigne a la orden del tribunal que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 1601, sin necesidad de oferta previa...".

Como puede observarse, la excepción se refiere al caso en que esté planteada una demanda judicial en que se solicite el cumplimiento o se intente cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago. Esto último ocurrirá, por ejemplo, en el caso de la acción de resolución del contrato, en los casos en que ello es posible, por ejemplo, en el contrato de compraventa por no pago del precio, cuando existe pacto comisorio calificado (recuérdese que allí hay un plazo breve de 24 horas para enervar la resolución, pagando, artículo 1879). Nótese que para que nos encontremos en esta situación excepcional, tiene que tratarse de una demanda que pueda enervarse mediante el pago. Cualquier demanda no basta. Se ha fallado reiteradamente que si se ha demandado la resolución de un contrato, se puede pagar sin oferta previa, en conformidad al artículo 1600 N° 7.⁵⁹¹ Esto nos parece discutible, pues como lo hemos señalado (ver N° 188) pensamos que un pago posterior no es apto para enervar la acción de resolución.

Esta norma también tiene aplicación en el juicio ejecutivo, en que el deudor para liberar sus bienes del remate, puede, antes de verificarse éste, pagar la deuda y las costas (artículo 490 Código de Procedimiento Civil), pago que normalmente se va a hacer depositando los valores en la cuenta corriente del tribunal. La Corte de Apelaciones de Concepción ha resuelto que se entiende por remate la conclusión y fin de una cosa, por lo que sólo cuando se extiende la escritura pública definitiva y el acreedor se paga de su crédito ha terminado esa actuación. Luego, hasta esa oportunidad.

⁵⁹¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 45 (1948), sec. 1ª, p. 597, T. 44 (1947), sec. 1ª, p. 288.

puede pagar el deudor, importando poco o nada que el acta de remate se haya extendido.⁵⁹²

La segunda excepción se explica por sí sola. Piénsese, por ejemplo, los problemas que, de no existir esta norma, tendría un alimentante o un arrendatario, para ir pagando por consignación las pensiones o rentas mensuales si tuviera cada vez que estar haciendo toda la tramitación que supone la oferta.

En ambos casos, la consignación se hace depositando la suma adeudada en la cuenta corriente del tribunal (1600 inciso final, 1601 inciso 5°). Pese a ser casos de excepción, son de mucho uso en la práctica.

475.- Situaciones especiales. Pago por consignación de rentas de arriendo de predios urbanos y de letras de cambio. Parece útil hacer referencia a dos casos de pagos por consignación contemplados en leyes especiales. Nos referimos a los señalados en el artículo 23 de la Ley N° 18.101, sobre Arrendamientos Urbanos, y en el artículo 70 de la Ley N° 18.092, sobre Letras de Cambio.

La primera de estas normas señala que "en caso de negativa del arrendador a recibir la renta de arrendamiento o a otorgar el correspondiente recibo al arrendatario que no desee recurrir al procedimiento de pago por consignación establecido en el párrafo 7° del Título XIV del Libro IV del Código Civil, podrá depositar aquella en la Unidad del Servicio de Tesorerías que corresponda a la ubicación del inmueble, indicando el nombre, apellidos y la residencia del arrendador. Dicha unidad le otorgará el respectivo recibo y comunicará al arrendador, por carta certificada, la existencia del depósito. Este pago se considerará hecho al arrendador para todos los efectos legales, pero su suficiencia será calificada en el juicio que corresponda" (inciso 1°).

El hecho de que el arrendador retire el depósito de Tesorería no significa renuncia a sus derechos ni produce los efectos previstos en el inciso 3° del artículo 1956 del Código Civil (tácita reconducción).

En el caso de las letras de cambio, el artículo 70 de la Ley N° 18.092 obliga a los notarios, antes de estampar un protesto por falta de pago, a verificar en la Tesorería Comunal correspondiente si se ha efectuado en ella algún depósito destinado al pago del documento, siempre que en él se hubiere señalado la comuna correspondiente al lugar del pago. Ello

⁵⁹² SOMARRIVA, ob. cit., comentario a sentencia N° 103, p. 74.

está demostrando que si el día del vencimiento de una letra nadie aparece cobrándola, su aceptante puede consignar sin más trámites su valor en la correspondiente Tesorería, evitando de esa manera su protesto.

476.- Resultado de la oferta. Hecha la oferta, pueden ocurrir dos cosas:

a) Que el acreedor la acepte, caso en que termina todo el procedimiento de pago por consignación, o

b) Que el acreedor rechace la oferta, o no sea habido o subsista la incertidumbre sobre quién es el acreedor, caso en que se pasa a la etapa siguiente: la consignación.

477.- La consignación. Se refiere a ella el artículo 1601: “Si el acreedor o su representante se niega a recibir la cosa ofrecida, el deudor podrá consignarla en la cuenta bancaria del tribunal competente, o en la tesorería comunal, o en un banco u oficina de la Caja Nacional de Ahorros [hoy BancoEstado], de la Caja de Crédito Agrario [también hoy BancoEstado], feria, martillo o almacén general de depósito del lugar en que deba hacerse el pago, según sea la naturaleza de la cosa ofrecida” (inciso 1°).

“Podrá también efectuarse la consignación en poder de un depositario nombrado por el juez competente” (inciso 2°).

De manera que para saber el lugar en que se debe depositar lo debido, deberá estarse a “la naturaleza de la cosa ofrecida”, como lo dice la parte final del inciso 1° del artículo 1601. Y si esta cosa, por su propia naturaleza no es posible depositarla en alguno de los lugares que indica dicho inciso 1°, habrá que pedir al juez que designe un depositario. Piénsese, por ejemplo, que lo debido fuera un hipopótamo, caso en que el tribunal podrá disponer que se deposite en un zoológico.

478.- Plazo para consignar. La ley no establece plazo para verificar el depósito o consignación. Ello no tiene mayor importancia, porque el pago sólo se va a entender realizado el día en que se efectúe la consignación. Así lo dispone el artículo 1605 inciso 1°: “El efecto de la consignación suficiente es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación”.

479.- Declaración de suficiencia del pago. Hecha la consignación, el deudor debe pedir al juez competente (el de letras en lo civil del lugar en que deba verificarse el pago), que ordene ponerla en conocimiento del

acreedor, con intimación de recibir la cosa consignada. Con esta etapa ya se inicia una gestión judicial de naturaleza contenciosa.⁵⁹³

Se ha fallado que, como el objeto de esta notificación es que el acreedor tome conocimiento de la consignación, no es necesaria notificación si concurre al tribunal y la acepta.⁵⁹⁴

El acreedor notificado puede adoptar dos actitudes:

a) Aceptar la consignación, caso en que la obligación queda extinguida, por pago. Incluso, si estimare que lo que se le está pagando es inferior a lo que se le debe, puede aceptarla como pago parcial, y demandar el resto,⁵⁹⁵ o

b) Rechazar el pago o no decir nada, caso en que se debe declarar la suficiencia del pago.

De acuerdo al artículo 1603 inciso 2°: “La suficiencia del pago por consignación será calificada en el juicio que corresponda promovido por el deudor o por el acreedor ante el tribunal que sea competente según las reglas generales”.

En conformidad a esta norma, tanto el deudor como el acreedor pueden demandar la declaración de suficiencia del pago. Este juicio no tiene por qué ser un pleito cuyo objeto específico sea obtener esta declaración. Cualquier juicio en que se discuta el incumplimiento (resolución; ejecutivo de cumplimiento, etc.) es suficiente.

Sobre este punto, es importante precisar que lo corriente va a ser que demande el acreedor, en razón de lo establecido en el inciso 3° del artículo 1603: “... sin embargo, si el acreedor no prueba, dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la fecha en que haya sido notificado de la consignación, la circunstancia de existir juicio en el cual deba calificarse la suficiencia del pago, el juez que ordenó dicha notificación lo declarará suficiente, a petición del deudor, y ordenará alzar las cauciones, sin más

⁵⁹³ ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 644, p. 535.

⁵⁹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28 (1931), sec. 2ª, p. 63; T. 32 (1935), sec. 1ª, p. 376.

⁵⁹⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37 (1940), sec. 1ª, p. 549. Se ha indicado también que “es un hecho que en la especie de alguna manera el acreedor se allanó a la pretensión del deudor, aceptando el pago, desde que solicitó que se le girara cheque por lo consignado, sin que haya alegado en el plazo señalado en el inciso tercero del artículo 1603 del Código de Bello la circunstancia de existir juicio en el cual deba calificarse la suficiencia del pago. Luego, de acuerdo a la norma citada, no queda sino acoger la pretensión de la solicitante”. Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2015, “Urzúa con Metlife Chile Seguros de Chile S.A.”, Rol N° 4455-2015, Cons. 4ª.

trámite. Las resoluciones que se dicten en virtud de este inciso serán apelables sólo en el efecto devolutivo". El inciso 4º agrega que "no obstante, el juez podrá prorrogar hasta por 30 días el plazo establecido en el inciso anterior si por causas ajenas a la voluntad del acreedor no ha sido posible notificar al deudor". No dice el código que esta prórroga sea de días hábiles, por lo que podría entenderse, de acuerdo al artículo 50, que serían días corridos. No nos parece que sea así, pues al tratarse de una prórroga de un plazo de días hábiles, parece razonable entender que la prórroga tenga el mismo carácter.

Se ha resuelto que para la validez del pago por consignación, es requisito la calificación de suficiencia del mismo.⁵⁹⁶

480.- Tribunal competente. Regla general y excepciones. Se pide la declaración de suficiencia del pago al juez que sea competente de acuerdo a las reglas generales (artículo 1603 inciso 2º). Nótese que no tiene por qué ser el mismo que ordenó la notificación de la consignación.

Esta regla sufre dos excepciones:

a) En el caso que se acaba de señalar, del artículo 1603 inciso 3º, en que va a ser competente para hacer la declaración de suficiencia del pago, el que ordenó la notificación, y

b) En la situación contemplada en el artículo 1600 inciso final, es decir, cuando había un juicio que se podía enervar mediante el pago. En este caso la suficiencia debe calificarse en ese juicio.

481.- Efectos del pago por consignación. El pago por consignación produce los efectos normales de todo pago: extinguir la obligación. Así lo dice el artículo 1605: "El efecto de la consignación suficiente es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación". Agrega la norma, en su inciso 2º que "sin embargo, si se trata de una obligación a plazo o bajo condición, aceptada la consignación por el acreedor, o declarado suficiente el pago por resolución ejecutoriada, la obligación se considerará cumplida en tiempo oportuno siempre que la oferta se haya efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento de la obligación; pero el deudor quedará obligado en todo caso al pago de los intereses que se deban y al cuidado de la cosa hasta la consignación".

⁵⁹⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 67 (1970), sec. 2ª, p. 24.

482.- Gastos de la consignación. Son de cargo del acreedor. Así lo dispone el artículo 1604: "Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor".

483.- Retiro de la consignación. Este aspecto está tratado en los artículos 1606 y 1607.

El primero señala que "mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, o el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, puede el deudor retirar la consignación; y retirada, se mirará como de ningún valor y efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores".

Pero la consignación puede incluso retirarse con posterioridad a la extinción de la obligación, según expresa el artículo 1607: "Cuando la obligación ha sido irrevocablemente extinguida, podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello".

Pero en este caso, como la obligación ya se había extinguido, se trata de una nueva obligación, y por ello los codeudores y fiadores no quedan obligados, ni el acreedor conserva sus privilegios o hipotecas del crédito primitivo. Y si por voluntad de las partes se renovaren las hipotecas precedentes, se inscribirán de nuevo y su fecha será la del día de la nueva inscripción.

Esta situación se asemeja a la novación, pero es distinta, pues para que haya novación tiene que haber una obligación existente —artículos 1628 y 1630— y aquí no la había porque la anterior ya estaba extinguida.

PÁRRAFO III

DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

484.- Concepto de subrogación. En términos generales, la voz subrogación evoca la idea de sustitución o reemplazo de una cosa por otra o de una persona por otra. De esa forma, la subrogación puede ser real o personal.

En la real, una cosa toma el lugar de otra, que se le reputa de su misma naturaleza y cualidades. Ejemplo claro de esta subrogación se encuentra en la sociedad conyugal, en los casos contemplados en el artículo 1733 del Código Civil.

En la subrogación personal, una persona toma el lugar de otra, ocupa su sitio, pudiendo por ello ejercitar sus acciones y derechos. Así el heredero

subroga al causante, sucediéndole en todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones transmisibles.

En el pago por subrogación, el tercero que paga una deuda ajena pasa a ocupar el lugar del acreedor a quien paga. De esta manera se produce la situación particular de que no obstante estar pagada la obligación, ese pago no extingue el derecho de crédito, el que se mantiene con sus derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas, en favor del tercero que paga, que pasa a ser su nuevo titular.

Se ha fallado que cuando un acreedor tiene diversos créditos en contra de un deudor y paga sólo uno de ellos que estaba garantizado con hipoteca, se subroga únicamente en el crédito pagado con todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas, no pudiendo alegar la preferencia hipotecaria respecto de los otros.⁵⁹⁷

485.- Definición de subrogación. El artículo 1608 señala que “la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”. Se critica esta definición, porque la voz transmisión es propia de la sucesión por causa de muerte, para significar el traspaso del patrimonio del causante a sus herederos.

Sin embargo, no resulta tan impropio hablar en este caso de “transmisión”, si se piensa que lo que el legislador ha querido significar es que el tercero que paga, queda, respecto del acreedor a quien paga, colocado en una situación análoga a la que se encuentra el heredero respecto del causante. Pasa a ocupar su lugar.

Otra crítica a la definición, y más fundada, es que no da una idea clara de la institución. Por eso es mejor definirla, en la forma que lo hace una antigua sentencia, como “una ficción legal en cuya virtud una obligación que debía considerarse extinguida por el pago hecho por un tercero, queda, sin embargo, vigente, en poder de éste, el cual obra como si fuere la misma persona del acreedor”.⁵⁹⁸

Abeliuk, siguiendo esta misma idea, la define en términos más completos, señalando que “es una ficción jurídica, en virtud de la cual cuando un tercero paga voluntariamente con dineros propios una obligación ajena, ésta

⁵⁹⁷ Corte Suprema, 21 de enero de 2003. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 100 (2003), sec. 1ª, p. 7.

⁵⁹⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 17 (1920), sec. 1ª, p. 542. Véase también *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 94 (1997), sec. 1ª, p. 94.

se extingue entre el acreedor y deudor, pero subsiste teniendo por nuevo acreedor al que efectuó el pago”.⁵⁹⁹

La subrogación es una ficción, pues la realidad es que si la obligación se paga, el efecto normal debiera ser su extinción, con sus privilegios, hipotecas, etc. Y, sin embargo, por el hecho de ser pagada por un tercero con dineros propios, subsiste la misma obligación.

486.- Paralelo entre la cesión de créditos y el pago con subrogación. Pothier sostenía que en el pago por subrogación existe una cesión de derechos ficticia. La verdad es que las dos figuras se asemejan, pues en ambas se produce un cambio en el titular del crédito. Sin embargo, hay entre ellas diferencias importantes, siendo la fundamental el que la cesión de derechos importa una especulación y la subrogación un pago. En efecto, el cesionario pretende hacer un negocio, comprando el crédito barato y cobrándolo en su integridad. No ocurre lo mismo en la subrogación, en que el tercero que paga sólo cobrará lo que pagó. Constituye únicamente una garantía para el que paga, pues subsisten las acciones, derechos, privilegios, prendas e hipotecas del crédito pagado.⁶⁰⁰

487.- En la subrogación, el tercero que paga tiene diferentes acciones para recuperar lo que pagó. En efecto, va a tener el mismo crédito del acreedor a quien pagó, con sus acciones, garantías y privilegios. Pero también podrá hacer uso de las acciones que deriven de la vinculación que él pueda tener con el deudor. Así, por ejemplo, podría ser fiador, y tendrá las acciones de la fianza; si paga con el consentimiento del deudor, será su mandatario y tendrá las acciones propias del mandante; si paga sin la voluntad del deudor, será su agente oficioso, y tendrá las acciones que en tal carácter le competen, etc.

488.- Clases de subrogación. El artículo 1609 distingue entre subrogación legal y convencional: “se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de una convención del acreedor”.

489.- Subrogación legal. Opera por el solo ministerio de la ley. Así lo dice al artículo 1610, “se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley

⁵⁹⁹ ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 652, p. 542.

⁶⁰⁰ Véase CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, N°s. 1505 a 1515, pp. 211-227.

y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio...”.

Como opera por el solo ministerio de la ley, es consensual.

El artículo 1610 contempla seis casos. La norma no es taxativa, como lo demuestra la expresión “especialmente” de que se vale la disposición. Y así pueden mencionarse otros casos, como el del tercer poseedor de la finca hipotecada que paga la hipoteca (artículo 2429); el del legatario que paga la hipoteca con que la cosa legada estaba gravada (artículo 1366); el del que paga por error una deuda ajena que para recuperar lo pagado puede intentar contra el deudor las acciones del acreedor (artículo 2295); el contemplado en el artículo 1965, en que los acreedores del arrendador de la cosa arrendada pasan a subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendador; o el señalado en el Código de Comercio (artículo 553), por el cual, por el hecho del pago del siniestro, el asegurador se subroga al asegurado en los derechos y acciones que éste tenga contra terceros, en razón del siniestro.⁶⁰¹

490.- Primer caso de subrogación del artículo 1610. “Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio:

1º Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca”.

En este caso concurren los tres actores típicos del pago por subrogación: el deudor, el acreedor y un tercero que paga. La particularidad es que este tercero que paga no es un tercero cualquiera, sino un tercero muy especial, pues es también acreedor del mismo deudor, pero su derecho es de rango

⁶⁰¹ En ese sentido se ha fallado que “es inconcusos que la norma alegada como infringida por el recurrente, contenida en el ya mencionado artículo 553 del Código de Comercio, corresponde a un caso legal de subrogación, esto es, aquellos que operan por el solo ministerio de la ley, en este caso en particular, a favor del asegurador –en el contexto del contrato de seguro–, respecto de las acciones y derechos del asegurado por el pago que a éste le realiza aquel en razón del siniestro. Así, el subrogante queda habilitado a accionar como si fuese el subrogado, siendo innecesario realizar cualquier tipo de acto o cesión de derechos para que proceda esta figura, como ocurría antes de la modificación a la norma en comentario –efectuado el año 1988 mediante la Ley 18.680–, que precisamente establecía la obligación del asegurado de ceder sus derechos al asegurador”. Corte Suprema, 20 de octubre de 2014, “ACE Seguros S.A. con Fuentes”, Rol N° 15.511-2013, Cons. 8º.

inferior al del acreedor pagado, en razón de un privilegio o hipoteca de que goza el crédito de este último.

Explicación previa. La ley no ha colocado a todos los créditos en un mismo rango. Atendiendo a la naturaleza de ellos, ha establecido un orden de prelación que determina que unos acreedores se paguen antes que otros. Así, por ejemplo, el Fisco, por los impuestos de retención y recargo adeudados tiene un crédito privilegiado; lo mismo los trabajadores por sus remuneraciones. Las causas de preferencia, como veremos, son el privilegio y la hipoteca, artículos 2469 y 2470. Hay cinco clases de créditos, siendo los de quinta clase los llamados valistas o quirografarios, que se pagan al final. Ahora, dentro de cada categoría, también hay preferencias. Así, por ejemplo, los acreedores hipotecarios se pagarán según el orden de las fechas de sus hipotecas (artículo 2477), y en las de igual fecha, según el orden de la inscripción del contrato (artículo 2410).

Explicado lo anterior, volvamos al N° 1 del artículo 1610.

En este caso el tercero que paga es también acreedor del deudor, y paga a otro acreedor de mejor derecho. El mejor derecho de este último derivará de que su crédito goza de preferencia, en virtud de un privilegio o hipoteca.

¿Qué utilidad tiene esta subrogación para el tercero que paga? La explicación que se da es que de esa forma puede evitar que el acreedor de mejor derecho haga efectivo su crédito, lo que podría perjudicarlo, si rematado el bien, no alcanzare para satisfacer ambos créditos. La situación se ve clara si se piensa en dos acreedores hipotecarios. El de grado más bajo paga al de grado más alto con el objeto de impedir el remate del inmueble hipotecado. Con ello se pone a cubierto del riesgo de que lo obtenido en la subasta no alcance para pagar su crédito, quedando satisfecho únicamente el acreedor preferente.

Requisitos para que estemos en este caso:

- a) Que el pago lo haga otro acreedor, no un tercero cualquiera, y
- b) Que el pago se haga a un acreedor de mejor derecho, en virtud de un privilegio o hipoteca.

En relación con este caso, se plantea el problema de determinar si el acreedor que paga el crédito hipotecario debe practicar una nueva inscripción de la hipoteca, a su nombre. La respuesta generalmente aceptada es que no se hace de ese modo, pues, si se practicara una nueva inscripción, la hipoteca ya no sería la misma sino otra que, al ser más nueva, sería de menor grado. Y no es eso lo que ocurre en la subrogación, pues en conformidad al artículo 1612 el crédito pasa del acreedor al tercero que paga, con

“sus hipotecas”. Luego no es necesario de nueva inscripción, bastando, a lo sumo, con practicar una anotación en el margen de la inscripción hipotecaria. En este sentido buena parte de la doctrina.⁶⁰²

La Corte Suprema, en un fallo dividido (de 4 votos por 3)⁶⁰³ resolvió que era necesaria una nueva inscripción de la hipoteca. Su error fue estimar que en la subrogación hay una transferencia que, por lo mismo, debe hacerse mediante inscripción. Según Claro Solar, este fallo desconoce manifiestamente la naturaleza jurídica del pago con subrogación.⁶⁰⁴

491.- Segundo caso. “Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado”. En este caso la subrogación opera en favor del comprador de un inmueble hipotecado. Si la adquisición ha sido hecha en virtud de otro título distinto al de compra, no estamos en la situación regulada por el artículo 1610 N° 2.⁶⁰⁵

La utilidad de esta norma queda de manifiesto cuando uno de los acreedores hipotecarios (el tercero para poner un ejemplo) no fue citado para los efectos de la purga de la hipoteca. Ello hace que el resultado de la subasta le sea inoponible. En tal caso, ese acreedor hipotecario no citado puede demandar y sacar la finca a remate. Si el resultado de la subasta no alcanza sino para pagar la primera y segunda hipoteca, el tercer acreedor hipotecario no se va a pagar, porque el subastador del inmueble se subroga en los derechos de los acreedores hipotecarios que fueron pagados en la primera subasta (1° y 2°). La situación es curiosa porque la primera y segunda hipoteca habían desaparecido al ser pagados sus titulares por el comprador, pero para estos efectos reviven, pasando el comprador a ocupar

⁶⁰² SOMARRIVA, *Tratado de las Cauciones*, ob. cit., N° 415; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “Del traspaso del Derecho de Hipoteca en el pago con subrogación”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 21 (1924), 1ª Parte, p. 5, en que comenta la sentencia publicada en misma revista, T. 21 (1924), segunda parte, sec. 1ª, p. 146; STITCHKIN, *Derecho Civil*, ob. cit., T. II, N° 184, pp. 216-217; CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, N° 1579, p. 278; ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 672, pp. 559-560.

⁶⁰³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. 21 (1924), sec. 1ª, p. 146.

⁶⁰⁴ CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, N° 1579, pp. 277 y siguientes. Posteriormente, la Corte Suprema tomó el buen camino: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 26 (1929), sec. 2ª, p. 43.

⁶⁰⁵ ALESSANDRI, ob. cit., p. 361; CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, N° 1526, p. 239; ABELIUK, ob. cit. T. II, N° 662, p. 550; STITCHKIN, ob. cit., T. II, N° 190, p. 223. En contra, VERA, Robustiano, *Código Civil chileno comentado y explicado*, Impr. Gutenberg, Santiago, 1897, T. V, p. 189.

su lugar. De esta forma, si bien éste va a perder el inmueble, por lo menos va a recuperar el dinero invertido al pagarse preferentemente con el precio logrado en el remate.

492.- Utilidad del artículo 1610 N° 2 en el caso de la purga de la hipoteca. La situación que estamos estudiando pasa a tener mucha importancia en el caso en que se subasta una finca gravada con varias hipotecas, y en que respecto de un acreedor hipotecario no se produce la purga por no haber sido debidamente emplazado. Según la generalidad de la doctrina nacional, cabe aplicar el artículo 1610 N° 2.

Para la mejor comprensión del tema, demos una explicación breve de lo que significa la purga de la hipoteca.

Cuando un predio está gravado con varias hipotecas, y uno de los acreedores hipotecarios, haciendo efectivo su derecho real de hipoteca, lo saca a remate, debe notificar personalmente a todos los otros acreedores hipotecarios, con el objeto de que dentro del término de emplazamiento (que se ha entendido que es el del juicio ordinario) hagan valer sus derechos. Pues bien, si cumplidos estos trámites se subasta la finca hipotecada, y el resultado del remate no es suficiente para pagar a todos los acreedores hipotecarios, se pagarán a los acreedores hipotecarios que alcancen, y respecto de los que no alcancen, se entenderán sus hipotecas extinguidas por el modo de extinguir “purga de la hipoteca”. De esa forma, el que subasta la finca la va a adquirir libre de hipotecas. Así lo establece el artículo 2428 inciso 2°.

Ahora bien, puede ocurrir que uno de los acreedores hipotecarios no hubiere sido notificado. Imaginémonos que el predio tenía 4 hipotecas y no se citó al titular de la tercera hipoteca. Producido el remate, este tercer acreedor hipotecario mantiene su hipoteca (la subasta le es inoponible) por lo que, haciendo uso de su derecho, puede perseguir la finca y sacarla nuevamente a remate.

¿Significa lo anterior que por el hecho de no haber sido notificado para el primer remate, su derecho ha mejorado pasando a tener la calidad de primer (y único) acreedor hipotecario? No es así, porque, para estos efectos, la primera y segunda hipoteca reviven en el comprador que adquirió el bien en la primera subasta, quien pasa a ocupar el lugar de los acreedores hipotecarios pagados en ella. Lo anterior significa que si lo obtenido en el nuevo remate no alcanza sino para pagar las dos primeras hipotecas, el tercer acreedor hipotecario no se va a pagar. Su hipoteca se extinguió por el modo de extinguir “purga de la hipoteca”.

493.- Subrogación del tercer poseedor de la finca hipotecada. Este es un caso de subrogación que no está establecido en el artículo 1610 N° 2, pero que resulta oportuno tratarlo ahora, por la relación que tiene con la materia que estamos estudiando.

Para la cabal comprensión, tenemos que precisar lo que se entiende por tercer poseedor de la finca hipotecada. Es tercer poseedor la persona que cumple dos requisitos:

- a) No es deudor personal de la deuda garantizada con hipoteca, y
- b) Es el poseedor (normalmente el dueño) de la finca hipotecada. Estos requisitos se cumplen respecto del propietario de un inmueble que lo da en hipoteca para garantizar una deuda ajena y del que adquiere una finca que está gravada con hipoteca.

Pues bien, si el deudor de la obligación garantizada con hipoteca no paga, el acreedor hipotecario va a perseguir la finca en poder de quien se encuentre (consecuencia de ser el derecho de hipoteca un derecho real). En este caso, deberá notificar al tercero poseedor de la finca hipotecada (no porque éste deba, porque nada debe ya que él no es deudor personal), con el objeto de que pague la deuda o abandone la finca. Si paga, se va a subrogar en el derecho del acreedor hipotecario a quien paga. Así lo establece el artículo 2429, señalando que “se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador”.

494.- Tercer caso: “Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente”. Este caso ya lo conocemos. El codeudor solidario que paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, para dirigirse en contra de sus codeudores, pero respecto de cada uno sólo por su cuota (artículo 1522).

En el caso del fiador que paga, pasa a subrogarse en los derechos del acreedor a quien paga, pudiendo dirigirse en contra del deudor principal, con la misma acción que tenía el acreedor a quien pagó; o bien puede hacer uso de la acción de reembolso que le corresponde como fiador.⁶⁰⁶

495.- Cuarto caso: “Del heredero beneficiario que paga con sus propios dineros las deudas de la herencia”. Heredero beneficiario es el que goza del

⁶⁰⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98 (2001), sec. 1ª, p. 94. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Coyhaique, 3 de diciembre de 2009, “Leal con Valencia”, Rol N° 106-2009, Cons. 14°.

beneficio de inventario, que según el artículo 1247, “consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado”.

Se trata entonces de que este heredero que goza de beneficio de inventario paga más allá de lo que le corresponde. En tal caso, se subroga por este exceso, en los derechos del acreedor a quien paga, para cobrarlo a los demás herederos.

496.- Quinto caso: “Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor”. Esta situación ya se analizó al estudiar quienes podían hacer el pago, y señalamos entonces que, si lo hace un tercero ajeno con el consentimiento expreso o tácito del deudor, se subroga en los derechos del acreedor a quien paga (artículo 1610 N° 5°).

En tal supuesto, como lo vimos, este tercero tiene, además de la acción subrogatoria, la acción propia del mandato, pues al pagar con el consentimiento expreso o tácito del deudor pasa a ser un mandatario de éste.

497.- Sexto caso: “Del que ha prestado dinero al deudor para el pago; constanding así en escritura pública del préstamo, y constanding además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero”. Este caso se diferencia de los anteriores, en que quien se subroga no es el que pagó una deuda ajena, sino quien le prestó dinero al deudor para que pagara la deuda. Los franceses le llaman “subrogación consentida por el deudor”, y lo clasifican como subrogación convencional. En Chile, es un caso de subrogación legal, porque así lo establece el artículo 1610 N° 6.

Intervienen el acreedor, el deudor y el tercero que presta el dinero para el pago y que es quien se subroga en los derechos del acreedor pagado.

498.- Requisitos para que opere la subrogación del artículo 1610 N° 6. Para que opere este caso de subrogación deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Que el tercero preste dineros al deudor para que pague;
2. Que el deudor pague la deuda con ese mismo dinero;
3. Que el mutuo se otorgue por escritura pública, en que se exprese que se otorga para pagar la deuda, y
4. Que se deje constancia del pago en una escritura pública donde se manifieste qué se hace con los dineros que el deudor obtuvo del préstamo.

La ley exige escrituras públicas para evitar colusiones entre el deudor y quien paga.

Si la deuda estaba garantizada con hipoteca, al producirse la subrogación esta hipoteca va a quedar garantizado el mutuo, lo que es indudablemente ventajoso para quien presta el dinero.

Aun cuando del artículo 1610 N° 6° parece desprenderse que las escrituras públicas son necesariamente dos, toda esta operación se puede hacer en una sola, cumpliéndose con los requisitos ya vistos.⁶⁰⁷

499.- Subrogación convencional. Está tratada en el artículo 1611: "Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor; cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago".

La subrogación convencional opera entonces mediante un acuerdo entre el acreedor pagado y el tercero que le paga. El deudor no interviene. Como dice Claro Solar, "el objeto principal de la subrogación es un pago, y el deudor no tiene que intervenir en el pago que efectúa un tercer extraño a la deuda y que puede pagar aun contra de la voluntad del deudor".⁶⁰⁸

500.- Requisitos de la subrogación convencional. Los requisitos de la subrogación convencional son los siguientes:

1. Que un tercero no interesado pague una deuda ajena. Así lo dice el artículo 1611. Es obvio que tiene que ser un tercero no interesado, porque si tuviera interés, estaríamos en el caso de la subrogación legal del N° 3 del artículo 1610.

2. Que pague sin voluntad del deudor pues, en caso contrario, se configuraría la situación de subrogación legal del N° 5 del artículo 1610.

3. Que el acreedor pagado subroga voluntariamente en sus derechos al tercero que le paga. En relación con este punto, cabe preguntarse si todos los que pueden recibir el pago (recuérdese el artículo 1576) pueden hacer la subrogación. Claro Solar responde que ello es así cuando la facultad de recibir el pago deriva de un poder de administración (ejemplo: el curador que administra los bienes del pupilo), pero no ocurre lo mismo en el caso

⁶⁰⁷ STITCHKIN, ob. cit. N° 208, pp. 232-233.

⁶⁰⁸ CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, N° 1562, p. 263.

del mandatario especial o con el simple diputado para recibir el pago. Según Laurent el mandato para recibir el pago no da derecho para subrogar.⁶⁰⁹

4. Que la subrogación se haga en forma expresa. No basta una manifestación tácita de voluntad. Lo anterior, dice Claro Solar, constituye una excepción a los principios generales. Es claro que tiene que haber una declaración expresa desde el momento que el artículo 1611 exige hacerla en la carta de pago. Sin embargo, no se requiere de términos sacramentales, ni que se precisen los efectos de la subrogación, porque éstos los establece la ley.

5. Que conste en la carta de pago o recibo. Esto implica que se va a hacer en el momento mismo en que se recibe el pago. Si no se hace en esa oportunidad, como la obligación se extingue con el pago, no habría derecho ni acción que subrogar, pues las que había se habrían extinguido con el pago.

La carta de pago o recibo puede constar en instrumento público o privado. La ley no exige solemnidad especial. Se ha fallado que en el caso de pagos parciales la subrogación tiene que efectuarse en cada uno de los recibos y no en la escritura de cancelación final (T. 33, sec. 1ª, p. 177).

6. Que se sujete a las reglas de la cesión de derechos. Nótese que el artículo 1611 no dice que la subrogación convencional sea una cesión de derechos, sino que se sujeta a las mismas reglas de la cesión de derechos. Ello, en buen romance, significa que el acreedor tiene que entregar el título de la deuda al tercero que paga y que para que la subrogación sea oponible al deudor y a terceros, se debe notificar al deudor o éste debe aceptarla. Se aplica la regla del artículo 1902.

Lo anterior quiere decir que mientras no se cumpla con estas exigencias, si el deudor paga al primitivo acreedor, el pago está bien hecho. Significa también que los acreedores del primitivo acreedor pueden embargar ese crédito. Así lo dice el artículo 1905.

501.- Efectos de la subrogación. Los efectos de la subrogación legal o convencional son los mismos y son los indicados en el artículo 1612: "La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda". Y el inciso 2° agrega: "Si el

⁶⁰⁹ Cit. por CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, p. 265.

acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito”.

Luego, se traspasan al tercero que paga todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra los codeudores solidarios o subsidiarios. Todo esto se puede resumir diciendo que el crédito y la obligación correlativa permanecen igual, con la única salvedad de que el lugar que ocupaba antes el acreedor, lo ocupa ahora el tercero que pagó.

Lo anterior significa, entre otras cosas, las siguientes:

- a) Que si la obligación era mercantil, conserva esa naturaleza;
- b) Si la obligación estaba caucionada (hipoteca, prenda, etc.), éstas se mantienen garantizando el mismo crédito que ahora tiene otro acreedor. Ya hemos explicado que se traspasa la hipoteca sin nueva inscripción;
- c) Que los títulos ejecutivos en favor del acreedor original se mantienen respecto del tercero que paga, que podrá usarlos en su beneficio. Para demandar ejecutivamente acompañará el título y el recibo de pago, que es el documento que lo legitima para demandar.⁶¹⁰

Esta conclusión la estimamos discutible, pues del solo título ejecutivo no aparece que el acreedor sea el cesionario. Y el hecho de que se agregue al título el recibo de pago no soluciona el problema, pues se produciría una yuxtaposición de títulos que reiteradamente la jurisprudencia ha rechazado.

- d) Si la obligación generaba intereses, éstos seguirán devengándose;
- e) Si la obligación estaba sujeta a plazo, el tercero que paga no podrá cobrar antes de que éste se cumpla, y
- f) Dice Abeliuk que “el tercero que paga queda colocado en la misma situación jurídica del acreedor primitivo, o sea, pasa a tener la calidad de contratante, lo que –agrega– tiene gran importancia en los contratos

⁶¹⁰ ABELIUK, ob. cit., T. II, p. 558. Por su parte, se ha fallado que “conviene recordar que el artículo 1612 del Código Civil dispone que la subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda, norma de la cual se colige que si el que paga con subrogación, como ocurrió en este caso con Petrobras Chile Distribución Ltda., lo hace respecto de una deuda que cuenta con título ejecutivo, el subrogante, en virtud de los efectos de la subrogación consagrados en esta norma, cuenta con el mismo título para dirigirse en contra del deudor respecto de quien ha operado esta institución del pago...”. Corte Suprema, 31 de diciembre de 2014, “Petrobras Chile Distribución Limitada con Fernando Llull Claramunt”, Rol N° 23.420-2014, Cons. 5°.

bilaterales, pues le permitiría deducir la acción resolutoria en caso de incumplimiento, tal como podría hacerlo el *accipiens*”.⁶¹¹

Nos asisten dudas de que ello sea así, pues lo que se traspasa es el crédito, no el contrato. Sin embargo, si se piensa que si al acreedor no se le hubiere pagado la obligación que deriva de un contrato bilateral, él podía demandar la resolución, no se ve por qué este tercero no podría también hacerlo, desde que pasa a ocupar su lugar.

Se ha fallado que el tercero que paga a la Caja de Crédito Hipotecario y que se subroga en sus derechos no puede cobrar el interés del 2% mensual que esa institución está por ley autorizada a cobrar.⁶¹² Esta doctrina fue confirmada por la Corte Suprema.⁶¹³ Según ella, entonces, ciertos derechos y privilegios especiales establecidos en consideración a la persona del acreedor no pueden cederse, como ocurre con esta autorización especial que la ley de 29 de agosto de 1855 otorgó a la Caja de Crédito Hipotecario para cobrar un interés penal superior al permitido a cualquier otra persona o institución.

Claro Solar afirma que esta interpretación de la Corte Suprema es “caprichosa y carece de fundamentos”. Se funda en que el artículo 1612 señala que se traspasan los privilegios, sin hacer ninguna distinción. Por otra parte, el artículo 2470 al tratar de los privilegios señala que “estas causas de preferencia” (el privilegio y la hipoteca) son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación, o de otra manera. Agrega Claro Solar que la facultad que la ley dio a la Caja de Crédito Hipotecario de cobrar intereses personales más altos no es personalísima.⁶¹⁴

No hay duda de que la Corte Suprema con este fallo lo que quiso fue evitar que terceros pagaran estos créditos a la Caja de Crédito Hipotecario, con el objeto de poder cobrar intereses superiores al máximo permitido a un particular cualquiera.

Somarriva comenta favorablemente el fallo, señalando que le aparece ajustado a la ley. Expresa que “del hecho de que el artículo 1906 del Código Civil, al hablar de los efectos de la cesión de crédito, diga que no se traspasan al cesionario las excepciones personales del cedente, no se puede

⁶¹¹ ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 670, p. 558.

⁶¹² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 16 (1919), sec. 1ª, p. 62.

⁶¹³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 23 (1926), sec. 1ª, p. 25.

⁶¹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 16 (1919), sec. 1ª, p. 62.

deducir que lo contrario acontezca en la subrogación". Y agrega que "es un error exagerar en demasía la ficción de la subrogación, en cuya virtud se dice que el subrogante entra a reemplazar al subrogado como si fuera la misma persona. Las ventajas puramente personales del acreedor primitivo no pueden pasar al nuevo acreedor".⁶¹⁵

En cuanto a los plazos de prescripción, la subrogación no altera los plazos de prescripción que estuvieren corriendo. El plazo se cuenta desde que la obligación se hace exigible (artículo 2514 inciso 2º), y no desde que opera la subrogación.

El artículo 1612 inciso 2º se refiere al caso de la subrogación parcial, vale decir, que el tercero que pague sólo con una parte de la obligación. Dice esta norma: "Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito". O sea, el acreedor tiene derecho a cobrar el saldo insoluto con preferencia al tercero que pagó parte del crédito. Explicando esta situación se ha dicho que "este principio emana de la naturaleza misma del pago con subrogación. Es un pago, y el pago no puede ciertamente perjudicar al acreedor: en cuanto la ficción que acompaña al pago, la de una cesión, ha sido imaginada en beneficio del subrogado para interesarlo en efectuar el pago, es extraña al acreedor a quien se paga, en consecuencia no se la puede volver contra él".⁶¹⁶

PÁRRAFO IV

PAGO CON CESIÓN DE BIENES O POR ACCIÓN EJECUTIVA DEL ACREEDOR O ACREEDORES

502.- Ideas generales. Esta materia está tratada en el párrafo 9º del Título XIV del Libro IV, artículos 1614 al 1624. Dentro de este párrafo hay dos materias diferentes:

- a) El pago por cesión de bienes y
- b) El pago por acción ejecutiva.

⁶¹⁵ SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., sentencia 115, pp. 79-80. El asunto es bien discutible, y hay una sentencia posterior, de la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentido contrario: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 35 (1938), sec. 2ª, p. 68.

⁶¹⁶ CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, Nº 1581, pp. 282-283.

Respecto de la última, la vimos cuando tratamos de la ejecución forzada. Entonces expresamos que si la deuda consta en un título ejecutivo, es decir, un instrumento que lleva aparejada ejecución, y la acción ejecutiva no se encuentra prescrita y se trata de una deuda líquida y actualmente exigible, el acreedor intentará la acción ejecutiva, solicitando de inmediato se despache mandamiento de ejecución y embargo. Producido el embargo el deudor no pierde la propiedad del bien, sino únicamente su administración que pasa a un depositario. Mientras el bien esté embargado no puede enajenarse pues, de hacerse, la enajenación adolecería de objeto ilícito (artículo 1464 Nº 3).

En definitiva, si la demanda ejecutiva se acoge, el bien será subastado y con el producto del remate se pagarán los acreedores.

503.- Del pago por cesión de bienes. Cuando el deudor no está en situación de poder cumplir sus obligaciones puede hacer dos cosas: o esperar a que lo ejecuten, o adelantarse a la ejecución haciendo cesión de sus bienes a sus acreedores.

Esta institución tenía gran utilidad antes de que se derogara la prisión por deudas, pues era la forma de evitar la cárcel. Hoy esta materia está regulada en los artículos 1614 y siguientes del Código Civil.⁶¹⁷

504.- Concepto de pago por cesión de bienes. Consiste en el abandono voluntario que el deudor hace de todos sus bienes a su acreedor o acreedores cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas. Así lo señala el artículo 1614.

505.- Características.

1. Es un derecho personalísimo del deudor. Así se desprende del artículo 1623: "...la cesión de bienes no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario";

⁶¹⁷ Esta institución contaba además con regulación especial en el Título XV de la antigua Ley de Quiebras, Nº 18.175 (arts. 246 a 255), hoy derogada y sustituida por la Ley Nº 20.720 (que sustituyó el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfeccionó el rol de la superintendencia del ramo), que no cuenta con normas al respecto. En efecto, la nueva Ley concursal en el Capítulo X, art. 349 Nº 3 (modificaciones a leyes especiales), derogó de manera expresa la referencia del Código Orgánico de Tribunales a las cesiones de bienes (art. 154 COT).

3. Por el sobreseimiento definitivo o temporal del deudor, y
4. Por convenio, en los términos del art. 1621 CC, que establece "hecha la cesión de bienes podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes".

PÁRRAFO V

PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

510.- Ideas generales. Trata de esta modalidad del pago el párrafo 10 del Título XIV del Libro IV, artículos 1625 al 1627.

Según el artículo 1625: "*Beneficio de competencia* es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna".

Como se puede ver, la finalidad de esta institución es no dejar al deudor en la absoluta indigencia.

511.- Personas que pueden demandar este beneficio. El artículo 1626 señala las personas a quienes el acreedor está obligado a conceder este beneficio:

- 1° A sus descendientes o ascendientes; no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación;
- 2° A su cónyuge; no estando separado judicialmente por su culpa;
- 3° A sus hermanos; con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes;
- 4° A sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;
- 5° Al donante; pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida;
- 6° Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo".

512.- Características.

1. Es un beneficio personalísimo concedido por la ley al deudor. Consecuencia de ello es que no puede renunciarse, transferirse, trasmitirse ni perderse por prescripción;
2. Puede oponerse en cualquier momento como excepción. Dentro del juicio ejecutivo se planteará mediante la excepción del artículo 464 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, y
3. Tiene carácter alimenticio. Por ello "no se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia a un mismo tiempo. El deudor elegirá." (artículo 1627).

PÁRRAFO VI

DE LA DACIÓN EN PAGO

513.- Ideas generales. La dación en pago es un modo de extinguir las obligaciones que no está indicada en la enumeración del artículo 1567. Tampoco ha sido reglamentado en la ley, si bien varias disposiciones demuestran que no fue ignorado, y menos repudiado, por el autor del código. En efecto, el artículo 2382, en la fianza, expresa que "si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto". La figura que describe el artículo 2382 es una típica dación en pago. Se mencionan también como casos de daciones en pago: el artículo 1773 en la sociedad conyugal; el 2397 en la prenda; y el 2424 en la hipoteca. Con la incorporación del régimen de participación en los gananciales se generó un caso en que expresamente el Código Civil hace referencia a la dación en pago. Es la situación prevista en el artículo 1792-22, inciso 2°, referente a la forma de extinguir el crédito de participación.

Fuera del Código Civil, hay otros cuerpos legales en que aceptan este modo de extinguir: artículos 499 N° 1 y 500 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, 245 de la Ley de Quiebras, etc.

514.- Concepto de dación en pago. Las partes contratantes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden convenir que la obligación se extinga pagando el deudor con una cosa distinta de la debida. El artículo 1569 inciso 2° señala que "el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o

mayor valor la ofrecida”. “No podrá ser obligado...”, dice esta disposición, de donde se infiere, *a contrario sensu*, que si el acreedor está de acuerdo, pueda recibir en pago una cosa distinta de la debida. Y eso es, justamente, lo que se denomina “dación en pago”. En un fallo relativamente reciente la Corte de Santiago ha dicho: “La dación en pago es una forma de extinguir las obligaciones que no ha sido contemplado en forma expresa en el Código Civil, no obstante lo cual de su artículo 1569 puede deducirse que el acreedor puede consentir en recibir otra cosa que la debida, la que puede ser de igual, mayor o menor valor. De lo anterior se infiere que estando de acuerdo las partes, no es necesario que lo que se da en pago valga exactamente lo mismo que lo adeudado”.⁶²⁰

515.- Definición. De acuerdo a lo que venimos diciendo, podemos definir la dación en pago como una convención entre acreedor y deudor en virtud de la cual el primero acepta en pago una cosa distinta de la debida.

Se le ha definido como “un modo de extinguir las obligaciones, que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a su acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido”.⁶²¹

Podría decirse que la *datio in solutum* o dación en pago es un modo de extinguir obligaciones que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a un acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido. Y agrega: “... para ello se requiere del consentimiento del acreedor, a diferencia del pago efectivo, que puede ser contra su voluntad”.⁶²²

La Corte Suprema ha dicho que “La dación en pago consiste en una convención acerca de un pago por equivalencia, acordada entre el acreedor y el deudor y en razón del cual éste extingue su obligación o deuda, entregando una cosa distinta de la debida.⁶²³ Y más recientemente, ha señalado que la dación en pago “constituye un modo de extinguir una obligación por el cual el deudor se libera suministrando al acreedor, con consentimiento de éste, una prestación distinta de la convenida primitivamente. En otras

⁶²⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 95 (1998), sec. 2ª, p. 65.

⁶²¹ BARRIOS, HEINÁN Y VALLS SAINTIS, Gabriel, “Teoría General de la Dación en Pago”, Memoria de prueba, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961.

⁶²² SOMARRIVA, ob. cit., sentencia 119, pp. 81-82.

⁶²³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 93 (1996), sec. 1ª, p. 94.

palabras, es la ejecución por el deudor y la aceptación por el acreedor de una prestación diversa de la debida, teniéndose la obligación por plenamente cumplida y extinguida”.⁶²⁴

516.- La dación en pago es una convención. No es contrato. Cualquiera que sea la definición de esta institución que adoptemos, existe absoluta unanimidad en el sentido que es una convención, es decir, un acuerdo de voluntades, destinado a extinguir una obligación.

Algunos sostienen que, además, constituye un verdadero título traslativo de dominio.⁶²⁵ La misma idea encontramos en Abeliuk: “Pero la dación en pago, si se trata de dar una cosa, es título traslativo de dominio”.⁶²⁶

Barrios y Valls⁶²⁷ discrepan de la conclusión anterior, por varios motivos:

a) La dación en pago es una convención extintiva y no un contrato. La intención única de las partes es extinguir la obligación preexistente. Los ejemplos de títulos traslativos que indica el 703 inciso 2º demuestran que

⁶²⁴ Corte Suprema, 27 de abril de 2017, “Aseguradora Magallanes de Garantía y Crédito S.A. con Abonoquímica S.A.”, Rol N° 4.754-2017, Cons. 5º. En similares términos, la Corte Suprema, 24 de abril de 2020, “Banco Santander Chile con Santibáñez”, Rol N° 17.404-2019, Cons. 6º de la sentencia de reemplazo.

⁶²⁵ Así lo resolvió la Corte Suprema, en sentencia publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 35 (1938), sec. 1ª, p. 12, y posteriormente en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 40 (1943), sec. 1ª, p. 351. SOMARRIVA, comentando la primera de estas sentencias, expresa que le parece perfectamente ajustada a derecho (SOMARRIVA, ob. cit., sentencia 119, pp. 81-82).

⁶²⁶ ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 713, p. 588. La Corte de Apelaciones de Rancagua ha sostenido que “es verdad que hay autores que niegan que la dación en pago constituya un título traslativo de dominio, pues alegan que por su medio se extinguen obligaciones sin crear ninguna nueva; pero ello sobre la base, que esta parte de la doctrina sostiene, de que la dación en pago sólo existe si la entrega sucede en forma inmediata al acuerdo; y si no ocurre tal no hay verdadera dación en pago, sino sólo una convención en que se acuerda novación por cambio de objeto; y, en cuanto esa convención, además de extinguir la antigua, da nacimiento a una obligación nueva no cumplida, tenemos, en suma, un contrato. Y no cabe la menor duda de que ese contrato es un título traslativo de dominio, pero no un modo de adquirir; y que de ese título nacería una acción personal del Sr. Valdés para reclamar del Sr. Vilches el cumplimiento de una nueva obligación, mas no una acción real. Ello porque en tanto no medie el modo, que para la especie debería ser la tradición, el Sr. Valdés no adquiere el dominio de los carros. Así pues, sea el de fs. 2 un documento que dé cuenta de una verdadera dación en pago o no, el caso es que a todo evento es un título traslativo de dominio que precisa de un modo de adquirir -que es la tradición- para hacer al acreedor dueño del carro y del remolque”. Corte de Apelaciones de Rancagua, 25 de abril de 2006, “Valdés con Vilches”, Rol N° 748-2005, Cons. 9º.

⁶²⁷ BARRIOS Y VALLS, ob. cit., N° 32, pp. 48-50.

todos ellos generan obligaciones, son contratos. No es el caso de la dación en pago, que sólo persigue liberar al deudor;

b) La dación en pago requiere consentimiento de las partes, pero sólo se perfecciona cuando se hace entrega de la cosa. La situación es igual a la del pago. Así como antes de la entrega de la cosa no hay pago, tampoco habrá, en el mismo caso, dación en pago. ¿En qué momento, entonces, se generaría una obligación para que pudiera hablarse de contrato?

c) La dación en pago transfiere dominio. El artículo 703 al definir lo que es título traslativo de dominio señala que son los que por su naturaleza sirven para transferirlo. No es el caso de la dación en pago, pues ésta no sirve para transferir el dominio, sino que derechamente lo transfiere.

Me parece más jurídica la opinión sustentada por los señores Barrios y Valls.

517.- Naturaleza jurídica de la dación en pago. Existen varias doctrinas para explicar la naturaleza jurídica de esta institución:

1. Teoría según la cual se trataría de una compraventa seguida de una compensación;
2. Teoría de la novación por cambio de objeto;
3. Teoría de la modalidad del pago, y
4. La dación en pago sería una figura autónoma.

518.- La dación en pago es una compraventa. Según los que sustentan esta tesis, el deudor está vendiendo al acreedor el objeto dado en pago. El precio de esta compraventa, que el acreedor debe pagar al deudor, se compensaría con la obligación que el deudor tenía en favor del acreedor. Por tratarse de una venta, el deudor estaría respondiendo del saneamiento de la cosa vendida, como corresponde a todo vendedor. Sigue esta tesis Pothier.

Se la critica porque es artificiosa. Jamás ha estado en la mente de las partes celebrar un contrato de compraventa. Además, tiene el inconveniente de limitar la dación en pago únicamente a las obligaciones de pagar una suma de dinero, pues el precio de la compraventa tiene necesariamente que estipularse en dinero (artículo 1793). Se contrargumenta diciendo que en este caso puede considerarse la operación no como una venta, sino como una permuta.⁶²⁸

⁶²⁸ MARTY, ob. cit., p. 29.

Por otra parte, si la dación en pago es compraventa, no podría haberlas entre marido y mujer (artículo 1796), lo que sería contrario a los artículos 1763 y 1792-22, en que justamente se establecen casos de daciones en pago entre cónyuges.

Esta tesis ha sido rechazada siempre por la jurisprudencia:

En todo caso es útil consignar que la dación en pago presenta semejanzas con la compraventa, que a veces hace sea difícil diferenciarlas y ello no es un problema menor, pues las consecuencias jurídicas que se siguen según sea compraventa o dación en pago son diferentes. Como explica Hernán Larraín Ríos, “determinar si un acto es dación en pago o es una compraventa es una cuestión que tienen que resolver, en el caso concreto sometido a su decisión los jueces de la causa; será menester analizar el contexto del contrato, la intención de los contratantes, etc.”.⁶²⁹

519.- La dación en pago sería una novación objetiva, pues se sustituiría una obligación por otra con un objeto distinto. Para entender lo anterior, tengamos presente que la novación, según el artículo 1628, es “la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”.

No vemos cómo puede ser novación, pues en ella se extingue una obligación pero nace otra que sustituye a la anterior. En la dación en pago no nace una nueva obligación; simplemente se extingue la única obligación existente. Además, la novación requiere del *animus novandi*, ánimo de novar, que no existe en la dación en pago, en que el único ánimo es extinguir la obligación con una cosa distinta de la debida.

Esta tesis ha sido defendida por Aubry et Rau, Demolombe y otros en Francia, y la siguen en Chile, Alessandri.⁶³⁰ La rechazan Claro Solar⁶³¹ y Barrios y Valls.⁶³²

Para Alessandri la mayor demostración de que la dación en pago está asimilada a la novación, se encontraría en el 1645 en relación con el artículo 2382. En efecto, la primera de estas disposiciones señala que “la novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios, que no han

⁶²⁹ LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría General de las Obligaciones*, LexisNexis - ConoSur, Santiago, 2002, p. 381.

⁶³⁰ ALESSANDRI, ob. cit., p. 346.

⁶³¹ CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, N° 1672, pp. 366 y ss.

⁶³² BARRIOS Y VALLS, ob. cit., pp. 25 y ss.

accedido a ella”. En seguida, el artículo 2382 no hace más que aplicar el mismo principio: “Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto”. En resumen, si el fiador queda desligado de responsabilidad cuando el deudor principal paga con una cosa distinta de la debida, es porque la obligación que estaba garantizando se extinguió por novación. El mismo argumento se usa en Francia, con el artículo 2038 del Código de Napoleón —equivalente al 2382 de nuestro Código— que inclina a la mayoría de la doctrina por esta tesis.⁶³³

520.- La dación en pago es simplemente una modalidad del pago. Esta es la tesis que ha sido acogida por la jurisprudencia.⁶³⁴ La sigue Somarriva.⁶³⁵ Un buen argumento para sustentarla se encuentra en los artículos 287 N° 2 y 290 N° 2 de la Ley N° 20.720, que establecen que “la dación en pago de efectos de comercio equivale a pago en dinero”.

La consecuencia de estimarla como una modalidad del pago es que se le deben aplicar las normas de éste, salvo las del pago por consignación que definitivamente no podrían tener cabida.

521.- La dación en pago es una figura autónoma. Es la opinión seguida por autores como Colin y Capitant y, entre nosotros, por Abeliuk⁶³⁶ y Barrios y Valls.⁶³⁷

Nos parece que decir que la dación en pago es una figura autónoma no soluciona ningún problema. Para nosotros es una modalidad de pago, como lo sugiere su propio nombre y la consecuencia de ello es que se le deben aplicar las reglas del pago, en la medida que ello no sea contrario a su propia naturaleza.

Barrios y Valls afirman, según se acaba de señalar, que la dación en pago es una figura autónoma. Pero agregan que “deben aplicarse a la dación en

⁶³³ MARTY, ob. cit., p. 29.

⁶³⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 35 (1938), sec. 1ª, p. 12; Corte Suprema, 26 de marzo de 2013, “Servicio de Tesorerías y otro con Banco de Chile”, Rol N° 6362-2012, Cons. 4º.

⁶³⁵ SOMARRIVA, ob. cit., comentario a sentencia N° 119, pp. 81-82.

⁶³⁶ ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 707, p. 584.

⁶³⁷ BARRIOS Y VALLS, ob. cit., N° 19, p. 36.

pago las reglas y principios que rigen el pago”. “... en razón de los rasgos comunes que presentan”.⁶³⁸

522.- Requisitos de la dación en pago. Los requisitos de la dación en pago son los siguientes:

1. Existencia de una obligación, que es la que se va a extinguir. Esta obligación puede ser de dar, hacer o no hacer. No hay limitaciones;
2. La obligación se va a extinguir con una prestación diferente a la debida;
3. Consentimiento y capacidad de las partes;
4. *Animus solvendi*, y
5. Solemnidades legales en ciertos casos.

Los dos primeros requisitos son demasiado obvios. No requieren de un comentario especial. Los otros sí. Veámoslos.

523.- Consentimiento y capacidad de las partes. En cuanto al consentimiento, se aplican las reglas generales de cualquier otra convención.

Respecto de la capacidad. Para nosotros la dación en pago es una modalidad del pago, lo que nos podría llevar a afirmar que para ella se requiere la misma capacidad que se exige para el pago, esto es, capacidad de disposición en quien hace el pago y capacidad de administración, en quien lo recibe. Pensamos, sin embargo, que la dación en pago, por implicar para el que recibe, una verdadera renuncia a recibir la prestación debida, requiere de capacidad de disposición.

Además, y como consecuencia de aplicarle las reglas del pago, si mediante ella se da alguna cosa, quien la da debe ser su dueño (artículo 1575). En caso contrario, la dación en pago va a ser ineficaz —no nula—, esto es, no va a extinguir la obligación.

524.- *Animus solvendi*. Esto quiere decir que las partes deben tener la intención compartida de extinguir de esta manera la obligación.

525.- Solemnidades legales en ciertos casos. Es un acto jurídico consensual, pues la ley no lo ha sometido a ninguna solemnidad especial. Sin embargo, si lo que se da en pago es un inmueble deberá hacerse por escritura pública e inscribirse, pues la inscripción es la única forma de realizar la tradición (artículo 686).

⁶³⁸ BARRIOS Y VALLS, ob. cit., N° 19, pp. 36-37.

526.- Efectos de la dación en pago. Produce los mismos efectos del pago, esto es, extinguir la obligación con sus accesorios. Si es parcial, subsistirá en la parte no solucionada.

527.- Evicción de la cosa recibida en pago. Cuando la cosa que se recibe en pago es evicta, se estima por la generalidad de la doctrina que el deudor tiene la obligación de garantía. Ello no implica que le estemos dando el carácter de compraventa, pues hoy se considera que la obligación de garantía, a pesar de estar reglamentada en el contrato de compraventa, es de alcance general. Con la dictación de la Ley N° 19.335, esta opinión de la doctrina ha quedado confirmada pues el artículo 1792-22, inciso 2° —en el régimen de participación en los gananciales— permite que el crédito de participación pueda extinguirse con una dación en pago y agrega que “renacerá el crédito, en los términos del inciso primero del artículo precedente, si la cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo”.

En virtud de la obligación de garantía, el acreedor que recibió la cosa evicta podrá demandar las indemnizaciones correspondientes. El problema que se plantea es si, además, mantendrá las acciones de la obligación que se había extinguido por la dación en pago. Como hemos venido sosteniendo que la dación en pago es una forma de pago, nuestra conclusión es que el acreedor mantiene las acciones de la obligación que se supuso extinguida, en razón de que ese pago fue ineficaz, de acuerdo al artículo 1575.

528.- Paralelo entre la dación en pago, obligación facultativa y novación. La dación en pago presenta semejanzas con la obligación facultativa y con la novación. Para una mejor comprensión, veamos ejemplos de cada una de estas situaciones:

a) Que el deudor se obligue a entregar una cosa determinada, quedando facultado al momento de celebrar el contrato, para pagar con una cosa diferente que se indica en ese momento. Ejemplo: se celebra un contrato de compraventa, en que el vendedor se obliga a entregar un automóvil en 30 días más, quedando facultado para poder cumplir esa obligación con un avión monoplace que se individualiza. Estamos frente a una obligación facultativa;

b) El mismo caso anterior, al cumplirse los 30 días, el comprador acepta que la obligación de pagar el automóvil le sea satisfecha con la entrega del avión. Se trata de una típica dación en pago (1569 inciso 2°, *a contrario sensu*), y

c) En el mismo contrato anterior, pero antes de los 30 días las partes acuerdan cambiar la cosa debida, obligándose el deudor a entregar un avión en vez del automóvil. Se está cambiando una obligación por otra. Hay sustitución de una obligación a otra que queda por tanto extinguida. Esta figura constituye, como pronto lo veremos, una novación objetiva por cambio de objeto (artículo 1628).

PÁRRAFO VII DE LA NOVACIÓN

529.- Ideas generales. Es otro modo de extinguir las obligaciones. Está expresamente señalado en el artículo 1567 N° 2 del Código Civil y tratado en el Título XV del Código Civil, artículos 1628 al 1651.

El artículo 1628 define la novación como “la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”.

La voz novación viene de “novare”, nueva obligación, lo que da una idea de la institución. Es el nacimiento de una nueva obligación lo que produce la extinción de una anterior.

530.- La novación es una figura híbrida de contrato y convención. Ello es así porque produce el doble efecto de generar una obligación nueva (contrato) y de extinguir una obligación anterior (convención extintora de derechos y obligaciones).

531.- Requisitos de la novación. Los requisitos de la novación son los siguientes:

1. Una obligación anterior, que es la que se va a extinguir;
2. Una obligación nueva que va a reemplazar a la anterior;
3. Diferencia esencial entre ambas obligaciones;
4. Capacidad de las partes para novar, y
5. Intención de novar (*animus novandi*).

532.- Una obligación anterior que se extingue. Es un requisito obvio, desde que trata justamente de extinguir esa obligación.

Esta obligación puede ser civil o natural, pero tiene que cumplir dos requisitos:

- a) Debe ser válida y
- b) No puede ser condicional suspensiva.

La primera de estas exigencias la establece el artículo 1630: "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente".

Y la segunda está en el artículo 1633: "Si la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras esté pendiente la condición; y si la condición llega a fallar, o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación" (inciso 1º). El inciso 2º agrega que "con todo, si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes".

533.- Una obligación nueva que va a reemplazar a la anterior. Así lo dice el artículo 1628: "... es la substitución de una nueva obligación a otra anterior...".

Esta nueva obligación también puede ser civil o natural y no puede estar sujeta a una condición suspensiva (artículos 1630 y 1633). Sin embargo, respecto de la condición, pueden las partes convenir que el primer contrato quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente (1633 inciso 2º).

534.- Diferencia esencial entre ambas obligaciones. Debe existir una diferencia esencial entre ambas obligaciones, lo que va a ocurrir en los siguientes casos:

- a) cambio de deudor o acreedor;
- b) cambio del objeto de la prestación, y
- c) cambio de la causa.

Este requisito aparece establecido en el artículo 1631: "La novación puede efectuarse de tres modos:

1º Substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor;

2º Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor;

3º Substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre...".

El mismo código se ha encargado de precisar, en los artículos 1646, 1647, primera parte, 1648, 1649 y 1650, una serie de casos en que, por no

haber diferencias esenciales, no hay novación. Veámoslos en los párrafos siguientes.

535.- No hay novación si la nueva obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera. Dice el artículo 1646: "Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen". Con ello, esta disposición está demostrando que no hay novación, pues de haberla los codeudores subsidiarios y solidarios habrían quedado liberados, pues la obligación se encontraría extinguida.

Una aplicación de esta situación se produce cuando la nueva obligación establece intereses no contemplados en la primera o varía la tasa. Así ha sido fallado.⁶⁹ Por la misma razón, tampoco hay novación si la primera obligación no era reajutable y la segunda lo es.

536.- No hay novación si la nueva obligación se limita a imponer una pena o a establecer otra para el caso de incumplimiento. Dice el 1647, en su primera parte, que "si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas, subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal...". La norma agrega: "Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal".

Del mismo modo, si la primera obligación no está caucionada con prenda, hipoteca o fianza y la nueva sí, no hay novación. Y recíprocamente, si la primera obligación estaba caucionada y la segunda no, tampoco hay novación. Y por ello se ha fallado que la renuncia del acreedor a la hipoteca no constituye novación.

537.- No hay novación si sólo se cambia el lugar del pago. El artículo 1648 establece que "la simple mutación de lugar para el pago dejará

⁶⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 2 (1904), sec. 1ª, p. 217.

subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen”.

538.- No hay novación por la sola ampliación del plazo. Así lo consigna el artículo 1649: “La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación”. De esa forma lo ha resuelto la jurisprudencia.⁶⁴⁰

539.- La mera reducción del plazo no constituye novación. Así lo señala el artículo 1650: “Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado”. Por ello, la Corte Suprema ha señalado que “para que haya novación, la variación debe ser esencial y, en consecuencia, no podría concebirse si la obligación que se extingue y la que nace no son marcadamente diferentes, de modo sustantivo. Por ello es que la sustitución de los elementos accidentales de una obligación, como las modalidades, no significan novación porque no varía un elemento esencial de aquella”.⁶⁴¹

Fuera de estos casos que están contemplados expresamente en el código hay otros, establecidos en otros cuerpos legales o que son aceptados por la doctrina y la jurisprudencia.

540.- No produce novación el giro, aceptación o transferencia de una letra de cambio. Así lo establece el artículo 12 de la Ley N° 18.092, inciso 1°: “... el giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, no producen novación”. Ya la Corte Suprema había dicho que no había novación si el acreedor acepta letras de cambio que tienen por único objeto facilitar el pago de la deuda.⁶⁴²

⁶⁴⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 2 (1904), sec. 1ª, p. 217. Véase también T. 94 (1997), sec. 2ª, p. 119.

⁶⁴¹ Corte Suprema, 1 de abril de 2019, “Factorone S.A. con Astorga”, Rol N° 12.201-2018, Cons. 5° de la sentencia de reemplazo.

⁶⁴² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37 (1940), sec. 1ª, p. 520.

541.- No produce novación la entrega de un cheque o documentos que no se pagan. La Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques señala en su artículo 37 que “el cheque girado en pago de obligaciones no produce la novación de éstas cuando no es pagado”.

Por su parte, el artículo 125 del Código de Comercio prescribe que “si se dieran en pago documentos al portador, se causará novación si el acreedor al recibirlos no hubiere hecho formal reserva de sus derechos para el caso de no ser pagados”.

542.- No constituye novación la circunstancia de que el acreedor acepte abonos a cuenta de su crédito. Así lo ha establecido la jurisprudencia.⁶⁴³

543.- No producen novación las facilidades dadas por el acreedor. Las facilidades de pago dadas por el acreedor al deudor no producen novación. Así ha sido fallado.⁶⁴⁴

544.- No hay novación en reducir a un pagaré un crédito contratado en cuenta corriente. También ha sido resuelto de ese modo por la jurisprudencia.⁶⁴⁵

545.- No constituye novación dar en prenda un crédito. Así ha sido resuelto.⁶⁴⁶ Somarriva comentando esta sentencia expresa que si bien de acuerdo al artículo 12 del Decreto Ley N° 776 de 19 de diciembre de 1925 el acreedor a quien se le da en prenda un crédito puede cobrarlo, ello no quiere decir que exista un nuevo acreedor, pues, como dice esa misma disposición, éste actúa como representante legal del dueño del crédito.⁶⁴⁷

546.- Capacidad de las partes para novar. El acreedor requiere tener capacidad de disposición, por cuanto va a extinguir su crédito; en cambio en el deudor basta la capacidad para obligarse.

547.- La novación puede celebrarse mediante mandatarios. Capacidad del mandatario. Puede la novación acordarse a través de manda-

⁶⁴³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 21 (1924), sec. 2ª, p. 461.

⁶⁴⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 41 (1944), sec. 1ª, p. 150.

⁶⁴⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 8 (1911), sec. 1ª, p. 288.

⁶⁴⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 22 (1925), sec. 1ª, p. 388.

⁶⁴⁷ SOMARRIVA, ob. cit., comentario a sentencia 124, p. 85.

tarios. En este caso, podrá novar el mandatario que tiene poder especial para ello; el mandatario que administra un negocio respecto del cual incide la novación; y el mandatario con poder general de administración. Así lo dice el artículo 1629: “El procurador o mandatario no puede novar si no tiene facultad especial para ello, o no tiene la libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda”.

548.- Intención de novar (*animus novandi*). Está establecido este requisito en el artículo 1634: “Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua” (inciso 1º). “Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera” (inciso 2º). Por ello se ha fallado que “el propósito de novar debe ser declarado por las partes, o constar indudablemente que su intención ha sido novar, puesto que la nueva obligación envuelve la extinción de la primera; por ende, el ánimo de novar puede ser expreso o tácito; y en el caso que nos ocupa, la ejecutada no acreditó qué tipo de novación sería”.⁶⁴⁸

De esta disposición se desprende que no es necesario que este ánimo se manifieste en forma expresa ya que basta con que “aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar...”.⁶⁴⁹ La excepción a esta regla la señala el artículo 1635, para la novación por cambio de deudor, pues según esa norma: “La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor...”. La forma de expresar esta voluntad no requiere de términos sacramentales, bastando con que de las declaraciones de las partes quede de manifiesto la intención del acreedor de dar por libre al primitivo deudor. En ese sentido sentencia de la Corte Suprema de 29 de abril de 1966, que acogió recurso de casación en el fondo en contra de un fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de octubre de 2020, “Tanner Servicios Financieros S.A. con Servicio de Salud Concepción”, Rol N° 768-2020, Cons. 8º.

⁶⁴⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 2019, “Araya con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa”, Rol N° 12.227-2018, Cons. 4º.

⁶⁵⁰ Fallos del Mes N° 449, sentencia 12, p. 598.

549.- Clases de novación. Novación objetiva y subjetiva. Del artículo 1631 se desprende que la novación puede ser de dos clases:

- A) Novación objetiva (Nº 1) y
- B) Novación subjetiva (Nºs. 2 y 3).

550.- Novación objetiva. Está contemplada en el artículo 1631 Nº 1, y puede darse en dos casos:

- a) Cuando se cambia la cosa debida, o
- b) Cuando se cambia la causa de la obligación.

Así, por ejemplo, si debo \$ 1.000.000, y acordamos reemplazar esa obligación por la de dar mi automóvil, existe novación por cambio de objeto; en cambio, si debo \$ 1.000.000, a título de saldo de precio y reemplazamos esta obligación por la de pagar \$ 1.000.000, a título de mutuo, hay novación objetiva por cambio de causa. Justamente este último ejemplo era el que brindaba Bello.

Pudiera aparecer, en un primer análisis, que esta segunda forma de novación sería inocua, pues si ya se debía \$ 1.000.000, y se seguirá debiendo la misma suma, no se divisa la utilidad del cambio. Pero, no es así, pues al producirse la novación y extinguirse con ella la primera obligación, ya no se podrá pedir, en el ejemplo propuesto, resolución o cumplimiento del contrato de compraventa por no pago del precio, pues la obligación de pagar el precio se encuentra extinguida por la novación.

551.- Novación subjetiva. La novación subjetiva puede ser de dos tipos:

- a) por cambio de acreedor (1631 Nº 2) y
- b) por cambio de deudor (1631 Nº 3).

552.- Novación subjetiva por cambio de acreedor. Está consagrada esta forma de novación en el artículo 1631 Nº 2: “... contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva al primer deudor”. Ejemplo: A) debe a B) \$ 1.000.000; y las partes acuerdan que en vez de pagarlos a B) los pague a C).

Se requiere que las tres partes presten su consentimiento. El deudor, porque está contrayendo una nueva obligación en favor del nuevo acreedor; el primer acreedor porque tiene que dar por libre al deudor; y el nuevo acreedor, en razón que nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad.

No tiene mayor utilidad esta forma de novación. Lo que con ella se persigue se puede obtener en forma más simple, mediante una cesión de

créditos, o con un pago por subrogación, que no requieren de la voluntad del deudor.

553.- Novación subjetiva por cambio de deudor. Esta forma de novación la contempla el artículo 1631 N° 3: “Substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre”. Tiene bastante utilidad práctica. Ejemplo: una persona pide un préstamo para comprar una casa, que queda garantizado con hipoteca. Posteriormente este deudor vende la misma casa a un tercero que se hace cargo de la deuda.

Para que se perfeccione se requiere: el consentimiento del acreedor, dejando libre al primitivo deudor, pues se le va a cambiar su deudor por otro, hecho que no es intrascendente; y el consentimiento del nuevo deudor, pues él pasará a quedar obligado.

Si el acreedor no expresa su voluntad de dejar libre al primitivo deudor, “se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según aparezca deducirse del tenor o espíritu del acto” (artículo 1635). Así también se ha sostenido por la jurisprudencia.⁶⁵¹

¿Es necesario que el antiguo deudor manifieste también su voluntad? El artículo 1631 nos dice que “esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor”. Ello se explica porque esta forma de novación sólo favorece al deudor, pues lo libera de la obligación. Por lo demás, no se ve qué razón podría haber para exigir su consentimiento

⁶⁵¹ Así, se ha fallado que “del análisis de los requisitos antes enunciados, se puede apreciar, sin duda alguna que la novación por cambio de deudor no ha operado en la especie, desde que no existe constancia alguna de que el acreedor State Street Bank haya prestado su consentimiento de manera expresa en orden a liberar a la reclamante de la obligación contraída. En efecto, no existe ningún medio probatorio que dé cuenta de tales circunstancias, motivo por el cual, el traspaso de la deuda a Hipermarc S.A. e Inconac sólo puede ser calificada, desde el punto de vista jurídico tributario, como un pacto en virtud del cual estas últimas sociedades se constituyeron en diputadas por el deudor para el pago, no pudiendo presumirse la solidaridad o subsidiaridad, al no existir en autos constancia del traspaso de la deuda que permita deducir el espíritu del acto. En este escenario, la deuda originalmente pactada entre la reclamante con el State Street Bank subsiste y no puede entenderse extinguida por el traspaso de la cuenta por cobrar a las empresas Hipermarc S.A. e Inconac, ya que no ha operado el modo de extinguir obligaciones denominado “Novación por cambio de deudor”, principalmente, por faltar un requisito esencial para ello, esto es, el consentimiento explícito del acreedor”. Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de marzo de 2021, “Inversiones de Desarrollo Inmobiliario S.A. con Servicio de Impuestos Internos”, Rol N° 290-2017, Cons. 18°.

desde el momento que el código acepta que se pueda pagar sin la voluntad del deudor (artículo 1572).

Si el deudor antiguo presta su consentimiento, el segundo deudor se llamará delegado del primero (artículo 1631 inciso final).

De lo que se viene diciendo resulta que pueden darse dos modalidades en la novación por cambio de deudor:

- a) Que el deudor primitivo acepte, o
- b) Que no acepte.

En el primer caso, se habla de *delegación* (1631 inciso final); en el segundo, *expromisión*.

Tanto la delegación como la expromisión pueden ser o no novatorias, dependiendo ello de que quede o no libre el primitivo deudor.

En la delegación, para que haya novación, tiene el acreedor que consentir en dejar libre al primitivo deudor, artículo 1635 (delegación perfecta). Si el acreedor no consiente en dejar libre al primitivo deudor, se produce la delegación imperfecta o acumulativa, que no produce novación.

En el caso de la expromisión, para que produzca novación tiene también el acreedor que consentir en dejar libre al primitivo deudor (artículo 1635); en caso contrario, se produce la llamada *ad promission* o “expromisión acumulativa”, que no produce novación.

554.- Efectos de la novación por cambio de deudor, si el nuevo deudor es insolvente. Si se ha producido novación, y el nuevo deudor resulta insolvente, no podrá el acreedor dirigirse en contra del primitivo deudor, porque consintió en dejarlo libre.

Esta regla tiene tres excepciones:

- a) Que en el contrato de novación el acreedor se haya reservado este derecho;
- b) Que la insolvencia del nuevo deudor haya sido anterior y pública, y
- c) Que la insolvencia del nuevo deudor, aunque no sea pública, haya sido conocida del deudor primitivo (artículo 1637).

En el caso en que el acreedor se haya reservado el derecho de perseguir al primitivo deudor para el caso de insolvencia del nuevo, se ha entendido que, al dejar libre al deudor, lo ha hecho en forma condicional. Es importante señalar que esta reserva sólo puede hacerse al momento de novar, no con posterioridad.

En estos casos de excepción, se plantea la duda sobre si la acción que tendría el acreedor sería la misma que tenía en contra del primer deudor

o una nueva, generada por la novación. Lo que se decida es importante en el caso de que la primera gozara de privilegios, hipotecas o cauciones. Se ha entendido que en este caso la acción del acreedor es la misma que tenía contra el deudor primitivo, lo que se infiere de la frase "se haya reservado", que emplea el artículo 1637.⁶⁵²

555.- Efectos de la novación. El efecto propio de la novación es doble:

- a) Extinguir la obligación novada, y
- b) Generar una nueva obligación.

La novación extingue la deuda primitiva con sus privilegios, garantías y accesorios. Luego:

1. Se extinguen los intereses de la obligación primitiva si no se expresa lo contrario. Así lo dice el artículo 1640: "De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario".

2. La novación libera a los codeudores solidarios o subsidiarios de la obligación primitiva, a menos que accedan a la nueva obligación (artículos 1519 y 1645).

3. Si el deudor estaba constituido en mora, cesa la mora y todas sus consecuencias (indemnización de perjuicios). No lo dice expresamente la ley, pero no se pueden entender las cosas de otra manera.

4. Los privilegios de la deuda primitiva no pasan a la nueva. Así lo señala el artículo 1641: "Sea que la novación se opere por la substitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación". El artículo 1641 no hace ninguna referencia a una posible reserva, como lo hace respecto de las cauciones. La explicación radica en que sólo la ley crea los privilegios, no la voluntad de las partes, que sería lo que ocurriría de aceptarse la reserva en esta materia.

Cabe agregar dos cosas: primero, Bello en esta parte se separó de su modelo francés; y segundo, que, en general, las legislaciones extranjeras aceptan la reserva de los privilegios (códigos francés, argentino, italiano).

5. Las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación nueva, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva. El artículo 1642 expresa: "Aunque la novación se opere sin la substitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de

⁶⁵² Véase ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 1138, p. 932.

la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva" (inciso 1°).

556.- Límites a la reserva de prendas e hipotecas.

a) La reserva no puede afectar a las garantías constituidas por terceros, a menos que accedan expresamente a la segunda obligación. Dice el 1642 inciso 2°: "Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación";

b) "Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses" (artículo 1642 inciso final).

Los autores llaman la atención que en razón de la reserva se mantengan las prendas e hipotecas (que son accesorias), no obstante extinguirse la obligación principal;⁶⁵³

c) "Si la novación se opera por la substitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento" (artículo 1643 inciso 1°), y

d) "Y si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que éstos accedan expresamente a la segunda obligación" (1643 inciso 2°).

557.- Las partes pueden convenir garantías para la nueva obligación.

Así lo establece el artículo 1644: "En los casos y cuantía en que no pueda tener efecto la reserva, podrán renovarse las prendas e hipotecas; pero con las mismas formalidades que si se constituyesen por primera vez, y su fecha será la que corresponda a la renovación".

Esta norma nos parece absolutamente de más, pues es evidente que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden establecer estas nuevas cauciones.

⁶⁵³ SOMARRIVA, *Tratado de las Cauciones*, ob. cit., p. 305; CLARO SOLAR, ob. cit., T. XII, N° 1732, p. 431.

599.- La imposibilidad tiene que sobrevenir a la generación de la obligación. Si es anterior, tal obligación carecería de objeto o tendría un objeto imposible (artículo 1461).

600.- Cesión de acciones del deudor al acreedor. El artículo 1677 establece que “Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor podrá exigir al acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa”.

601.- En el hecho o culpa del deudor se comprende el de las personas por quienes fuere responsable. Así está dicho en el artículo 1679. Fueyo entiende que debe entenderse que el deudor es responsable de las personas que están a su cuidado, principio contenido en el artículo 2320 inciso 1°. ⁶⁷⁰ En ese sentido, se ha fallado que “encontrándose vinculadas las partes por un contrato en virtud del cual la demandada se obligó voluntariamente a prestar un servicio de la naturaleza antes indicada, cobra aplicación la norma del artículo 1679 del Código Civil, en virtud del cual en el hecho o culpa del deudor, se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable. Ello implica, como ha sostenido la doctrina, que la responsabilidad del deudor absorbe o comprende, sin excepción, el hecho o culpa de la persona de quien se es responsable y por ende, el hecho o culpa del tercero debe considerarse como el hecho o culpa del deudor”. ⁶⁷¹

602.- Responsabilidad del deudor después que ha ofrecido la cosa al acreedor. Si la cosa se destruye en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo (artículo 1680).

603.- Requisitos de este modo de extinguir en las obligaciones de hacer. Ya hemos explicado que el Código Civil no trató el tema. Esta omisión está reparada en el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 534 expresa: “A más de las excepciones expresadas en el artículo 464, que sean aplicables al procedimiento de que trata este Título, podrá oponer el deudor la de imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra

⁶⁷⁰ FUEYO, ob. cit., T. IV, Vol. II, N° 619, p. 206.

⁶⁷¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2008, “Arancibia con Agencia de Viajes Conosur”, Rol N° 7667-2004, Cons. 4°.

debidamente”. Como indica Corral, “debe tratarse de una imposibilidad absoluta, que provenga de un caso fortuito y que sea total. Además, la imposibilidad debe ser actual y no pasada o futura”. ⁶⁷²

604.- Requisitos de este modo de extinguir en las obligaciones de no hacer. En una obligación de no hacer, el deudor la incumple cuando realiza aquello sobre lo que debía abstenerse. El acreedor tiene derecho a que se exija al deudor que deshaga lo hecho, siempre que en conformidad al artículo 1555 del Código Civil sea posible deshacer lo hecho y que la destrucción sea necesaria para el objeto que se tuvo en vista al contratar. En tal caso, el deudor puede oponer la excepción del artículo 534 del Código de Procedimiento Civil: imposibilidad absoluta de deshacer lo hecho.

PÁRRAFO XII DE LA PRESCRIPCIÓN

605.- Ideas generales. El artículo 1567 N° 10 señala a la prescripción como un modo de extinguir las obligaciones. El inciso final de este artículo señala que la prescripción será tratada al fin de este Libro (Libro IV). Y efectivamente, el código trata de la prescripción en el Título XLII del Libro IV, artículos 2492 y siguientes, hasta el artículo 2524.

606.- Clases de prescripción. Como es sabido, la prescripción puede ser de dos clases: prescripción adquisitiva o usucapión, que es un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales (artículos 588 y 2498 al 2513 del Código Civil); y prescripción extintiva o liberatoria, que es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos. Trata de ella el párrafo 3° del Título XLII, artículos 2514 y siguientes hasta el 2524.

607.- Definición. El código en el artículo 2492 define en forma conjunta a la prescripción adquisitiva y extintiva, señalando que “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales” (inciso 1°). “Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción” (inciso 2°).

⁶⁷² CORRAL, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, ob. cit., p. 822.

De esta definición global extraemos lo referente a la prescripción adquisitiva, resultándonos de ese modo que la prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

608.- La prescripción sólo extingue la acción, no el derecho ni la obligación correlativa. Si bien, como hemos dicho, el artículo 1567 enumera a la prescripción como un modo de extinguir obligaciones, ello no es así, pues lo que se extingue con la prescripción es la acción para reclamar el derecho, no el derecho mismo (ni la correlativa obligación), pues en conformidad al artículo 1470 N° 2, las obligaciones civiles extinguidas por prescripción pasan a transformarse en naturales.

En el mismo error incurre el artículo 2520: "... la prescripción que extingue las obligaciones se suspende...". En cambio, el nombre del párrafo es adecuado "De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales". Lo mismo los artículos 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2521, 2522, 2524, que también hablan de "acciones".

609.- ¿Prescriben las excepciones? El Código Civil en los artículos 2492 y 2514 y siguientes, señala que lo que prescriben son las acciones. Cabe preguntarse, entonces, si las excepciones también prescriben y de ser la respuesta afirmativa, de acuerdo a qué reglas.

Este es un problema que se plantea no sólo en Chile sino en el Derecho Comparado. Así, en Francia, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia siguen la tesis de Savigny en orden a que las excepciones son imprescriptibles. Opinión distinta sustentan Baudry-Lacantinerie y Laurent.

En Argentina, Borda distingue dos situaciones distintas: si la excepción no ha podido hacerse valer como acción, sino sólo como defensa, debe considerarse imprescriptible mientras no ha sobrevenido el ataque que permita oponerla. Si ha podido hacerse valer como acción (por ejemplo, la nulidad), entonces la excepción prescribe.⁶⁷³

En Chile, Luis Eguidio Contreras estima que las excepciones son, en principio, absolutamente imprescriptibles mientras presenten el carácter distintivo de tales "precisando que los casos de nulidad y rescisión merecen

⁶⁷³ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, ob. cit., T. II, N° 1010, p. 15.

un análisis aparte".⁶⁷⁴ En cambio, Ramón Domínguez Águila afirma que la doctrina más admitida "en el derecho comparado es que la excepción prescribe en el mismo tiempo que la acción y que no hay razones para no entenderlo así".⁶⁷⁵

Como observa este último autor, la jurisprudencia nacional sobre este punto es escasa, citando un antiguo fallo publicado en la *Gaceta* de 1873, N° 1289, p. 570.

610.- Paralelo entre prescripción adquisitiva y extintiva. Si bien ambas tienen elementos comunes, son claramente dos instituciones diversas. La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales; en cambio, la extintiva es un modo de extinguir las acciones de los derechos ajenos.

Por consiguiente, por prescripción adquisitiva se puede adquirir el dominio o cualquier otro derecho, con algunas excepciones respecto de cierto tipo de servidumbres (artículo 2512 en relación con el artículo 882). No se pueden adquirir derechos personales. Nadie puede ganar el derecho de obligar a otro por prescripción.

Otra diferencia importante es que en la prescripción adquisitiva, la posesión es requisito *sine qua non*. Para ganar por prescripción un derecho es necesario su posesión. Así lo dice el artículo 2492: "... por haberse poseído las cosas...". En cambio, la posesión no representa ningún rol respecto de la prescripción extintiva. Eso es lo que quiere significar el artículo 2514 al señalar que "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones...".

No obstante cumplir ambas prescripciones funciones distintas, tienen en común algunos elementos:

- a) La inactividad de una parte y
- b) Ambas cumplen la función de dar estabilidad a los derechos y relaciones jurídicas.

Ello explica que haya reglas comunes a ambas prescripciones (artículos 2493, 2494, 2497).

⁶⁷⁴ CONTRERAS ABURTO, Luis E., "De la Prescripción Extintiva Civil", Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1945, N° 125, p. 52.

⁶⁷⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición, Prolibros, Santiago, 2020, p. 57.

611.- Requisitos de la prescripción extintiva. Los requisitos de la prescripción extintiva son los siguientes:

1. Reglas comunes a toda prescripción;
2. Acción prescriptible;
3. Inactividad de las partes, y
4. Tiempo de prescripción.

612.- Reglas comunes a toda prescripción. Cuando hablamos de reglas comunes a toda prescripción queremos significar que operan tanto respecto de la prescripción adquisitiva como de la extintiva.

Estas reglas son las siguientes:

- a) Toda prescripción debe ser alegada;
- b) Toda prescripción puede ser renunciada una vez cumplida, y
- c) Corre por igual en contra de toda clase de personas.

613.- Toda prescripción debe ser alegada. Así lo exige el artículo 2493: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”. Ello es así por imperar en materia procesal civil el principio de la pasividad de los tribunales, consagrado en el artículo 10 inciso 1º del Código Orgánico de Tribunales.⁶⁷⁶

Hay además un par de buenas razones que justifican que la prescripción tenga que ser alegada. En primer lugar, el deudor debe probar en juicio que se encuentran cumplidos los requisitos de la prescripción. En seguida, porque es necesario dar al acreedor la oportunidad procesal para que pueda renunciar a la prescripción (artículo 2494).

En el caso de los comuneros, se ha fallado que “si la prescripción es alegada por uno de los comuneros demandados, falla *ultra petita* la sentencia que la acoge en favor de todos ellos”.⁶⁷⁷ El fallo es lógico pues, como observa Rioseco Enríquez, entre los comuneros no hay unidad de prestación respecto del acreedor.⁶⁷⁸

Respecto de esta alegación, hay dos aspectos que parecen oportunos de comentar, lo que haremos en los puntos siguientes.

⁶⁷⁶ Corte Suprema, 28 de septiembre de 2017, “Cargowise S.A. con Sky Airlines S.A.”, Rol N° 99.952-2016, Cons. 7º.

⁶⁷⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 22 (1925), sec. 1ª, p. 748.

⁶⁷⁸ RIOSECO, *La prescripción extintiva...* ob. cit., sentencia 221, pp. 17-18.

614.- ¿Quién puede alegar la prescripción? La regla es que la prescripción, por ser una excepción real, puede ser alegada por todos los obligados al pago de la obligación. Por consiguiente, pueden alegarla tanto los deudores principales como los codeudores solidarios o subsidiarios. Como observa Contreras Aburto, en la expresión “deudores” quedan comprendidos tanto los que asumen este carácter al comienzo de la relación obligatoria como sus sucesores a título universal o singular. Además, pueden alegar la prescripción los terceros que tienen obligaciones accesorias, como los hipotecarios y prendarios, cuyas cauciones se extinguen junto con la obligación principal (ob. cit., N° 295, p. 96).

En el caso de los fiadores el artículo 2496 señala que “el fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor”.

En relación con esa materia, un novedoso problema le tocó fallar a la Corte de Concepción (sentencia de 31 de diciembre de 1998, causa Rol N° 1239-96). El problema era, en síntesis, el siguiente: en una tercería de prelación, el tercerista ejercitó una acción contra el ejecutado y otra frente al ejecutante, ambas distintas en cuanto al tipo y en cuanto al fundamento. Por ello —dice el fallo—, el tercerista revestía el carácter de doble demandante. Deduce dos acciones diversas contra dos demandados diferentes —ejecutante y ejecutado— reclamando un distinto beneficio jurídico. Ahora bien, el demandante de autos —el ejecutante—, al contestar la tercería, adujo que la acción ejecutiva emanada del título hecho valer por el tercerista estaba prescrita. La sentencia desestimó la excepción de prescripción, fundada en que en nuestro derecho sólo pueden oponer la prescripción las personas a quienes expresamente se confiere esa facultad, es decir, el deudor mismo y sus sucesores a título universal o singular, los deudores solidarios y subsidiarios y los terceros que caucionan la obligación principal extinguida por la prescripción. Cita la sentencia las opiniones de don Luis Eguidio Contreras (ob. cit., p. 97), de don Emilio Rioseco (*La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, p. 17) y de don Sergio Rodríguez Garcés (*Tratado de las Tercerías*, tercera edición, año 1987, T. II, p. 597).

Si bien la sentencia que comentamos está muy bien fundada y cuenta con el respaldo de insignes autores, nos asisten dudas de que su conclusión sea correcta. Para nosotros, la regla de oro para determinar quién puede intentar una acción cualquiera está dada por el principio de que tiene acción todo aquel que tiene interés. Y en el caso que resuelve la sentencia, el interés del tercerista es evidente desde que, de acogerse la excepción de prescripción planteada por él, las posibilidades de pagarse mejoran ostensiblemente. Y

Contreras al sostener que “habría que colocar, además, entre las personas que pueden oponer la prescripción válida y legítimamente a los terceros que tienen obligaciones accesorias, como los deudores hipotecarios y prendarios...”, nos estaría dando la razón, por cuanto el tercero poseedor de una finca hipotecada no tiene la calidad de deudor.

615.- Forma de alegar la prescripción. La prescripción adquisitiva sólo puede alegarse como acción, mediante la reconvención. La prescripción extintiva, en cambio, puede alegarse como acción y como excepción. Como excepción lo dice expresamente el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, debiendo recordarse que es una de las excepciones que se pueden plantear en cualquier estado de la causa, pero “no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda”. En el caso del juicio ejecutivo, la situación es distinta pues la prescripción extintiva –sea de la deuda o de la acción ejecutiva– sólo puede oponerse en el escrito de excepciones (artículos 464 N° 17 y 465 del Código de Procedimiento Civil).⁶⁷⁹

Se ha discutido por algunos si la prescripción extintiva se pueda alegar por vía de acción. Para ello se han dado diversas razones. Así, por ejemplo, se ha dicho que no hay acción, porque las acciones nacen de los derechos reales o personales (artículos 577, 578) y en el caso de la prescripción extintiva no habría ningún derecho del cual pudiera derivar;⁶⁸⁰ que no habría utilidad en la declaración desde el momento que el acreedor no está cobrando su crédito; que tendría un fondo inmoral. Ninguno de estos argumentos parece atendible. Respecto del primero, la doctrina hoy día estima que para que haya acción basta que exista interés, y éste lo hay en el deudor, y consiste en ser liberado de la obligación, lo que sólo va a conseguir con la sentencia que declare la prescripción. Y en algunos casos tiene particular importancia esta declaración, como ocurre cuando la deuda, cuya declaración de prescripción se persigue, está garantizada con prenda o hipoteca.

En cuanto al argumento –que sería inmoral que el mismo deudor, a sabiendas de que no ha pagado, solicitara la prescripción– no vemos por

⁶⁷⁹ Sobre la oportunidad de alegar la prescripción en juicio sumario, véase *Fallos del Mes* N° 452, sentencia 6, p. 1354.

⁶⁸⁰ MÉNDEZ EYSSAUTIER, Héctor, “Reglas comunes a toda prescripción”, Memoria de prueba, Universidad de Concepción, 1944, N° 18, pp. 46-48.

que podría ser más inmoral alegar la prescripción por vía de acción que hacerlo por vía de excepción frente a una demanda del acreedor.

El principio es que si hay interés hay acción. Por ello, al tener el deudor interés en ser liberado de su obligación, nos parece incuestionable que puede alegar la prescripción extintiva como acción.⁶⁸¹ Así, por lo demás, lo ha entendido la doctrina.⁶⁸²

616.- La prescripción debe ser alegada con precisión. La alegación de la prescripción no puede ser hecha en términos generales, sino que el deudor debe expresar de un modo preciso el tiempo desde cuándo el plazo de prescripción ha empezado a correr. Así lo ha dicho la jurisprudencia.⁶⁸³ Somarriva comentando esta sentencia señala que “si el juez de oficio entra a suplir la afirmación sobre cuándo comenzó la prescripción, la otra parte quedaría en situación desventajosa, pues no se le habría oído sobre este punto”.⁶⁸⁴

617.- Excepciones a la regla de que toda prescripción debe ser alegada. Hay algunos casos en que no es necesario alegar la prescripción, debiendo el tribunal declararla de oficio. Ello ocurre en los casos siguientes:

a) En la prescripción de la acción ejecutiva, pues el artículo 441 del Código de Procedimiento Civil obliga al tribunal a examinar el título ejecutivo y el artículo siguiente señala que “el tribunal denegará la ejecución si el título presentado tiene más de 3 años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible...”, y

b) La prescripción de la acción penal y de la pena (artículo 102 del Código Penal).

⁶⁸¹ Corte de Apelaciones de Talca, 23 de junio de 2020, “Astilleros Constitución Limitada con Tesorería General de la República”, Rol N° 1838-2018, Cons. 10°.

⁶⁸² CONTRERAS ABURTO, ob. cit., N° 335 y ss., pp. 108 y ss.; ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 1225, p. 1000; SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., sentencia 148; RIOSECO, ob. cit., sentencia 30, pp. 21-22; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *La prescripción extintiva*, ob. cit., pp. 74 y ss. En el mismo sentido, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 33 (1936), sec. 1ª, p. 373; T. 41 (1944), sec. 1ª, p. 289; T. 45 (1949), sec. 2ª, p. 49; T. 64 (1967), sec. 1ª, p. 236; T. 93 (1996), sec. 2ª, p. 117. En contra, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37 (1940), sec. 1ª, p. 348.

⁶⁸³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 27 (1930), sec. 1ª, p. 549.

⁶⁸⁴ SOMARRIVA, ob. cit., comentario a la sentencia 146, p. 103. En el mismo sentido MÉNDEZ EYSSAUTIER, ob. cit., N° 33, pp. 68-69; RIOSECO, ob. cit., sentencia 22, p. 18. Véase también: *Fallos del Mes*, N° 455, sentencia 43, p. 2214.

Respecto de la prescripción de la acción ejecutiva, se ha señalado que más que un caso de prescripción sería un caso de caducidad, lo que tiene trascendencia para distintos efectos, *v. gr.*: que no es necesario alegar la prescripción, y no se suspende. Así lo ha dicho la jurisprudencia.⁶⁸⁵ En contra de esta opinión, Emilio Rioseco, quien sostiene que no se trata de caducidad pues se requiere de declaración judicial, característica propia de la prescripción extintiva y no de la caducidad, agregando que el artículo 2518, en la interrupción, y el 2509, en la suspensión, son aplicables tanto a las acciones ordinarias como a las ejecutivas (artículo 2514).⁶⁸⁶

618.- Toda prescripción puede ser renunciada pero sólo una vez cumplida. Así lo establece el artículo 2494 inciso 1°. Se explica la exigencia de que esté cumplida, pues de hacerse antes del vencimiento del plazo, la actitud del acreedor importaría una interrupción natural de la prescripción (artículo 2518 inciso 2°). Así lo afirma Emilio Rioseco, comentando la sentencia publicada en el T. 43, sec. 1ª, p. 2: “Es requisito esencial que el plazo ya esté cumplido, porque si se encuentra aún en curso el acto abdicativo comportará más bien una interrupción natural de la prescripción”.⁶⁸⁷ Por su parte, se ha fallado que “no cabe confundir el instituto de la renuncia de la prescripción que regulan los artículos 2494 y 2495 del Código Civil, con la interrupción natural de ésta, por más que exista entre ellas una estrecha relación, de lo que se sigue que al no haber citado el recurrente como conculcado lo dispuesto en el artículo 2518 del referido cuerpo legal, su impugnación en este extremo no puede prosperar”.⁶⁸⁸

Además, si se aceptare la renuncia en forma anticipada, pasaría a ser cláusula de estilo en todos los contratos, con lo que se perdería el efecto estabilizador de derechos que persigue la prescripción. Contreras Aburto explica que “la institución de orden social y público que es la prescripción quedaría en completo desuso o, cuando menos, se dejaría al mero arbitrio de los particulares su aplicación”.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 18 (1921), sec. 1ª, p. 23.

⁶⁸⁶ RIOSECO, ob. cit., sentencia 16, pp. 15-16.

⁶⁸⁷ RIOSECO, ob. cit., sentencia 37, p. 24.

⁶⁸⁸ Corte Suprema, 7 de mayo de 2012, “Calderón con Mapfre Seguros de Vida S.A.”, Rol N° 10.112-2011, Cons. 13°.

⁶⁸⁹ CONTRERAS ABURTO, ob. cit., N° 5567, p. 190.

La renuncia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se hace en términos formales y explícitos; y es tácita “cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dineros pagara intereses o pide plazo” (artículo 2494 inciso 2°).

La Corte de Santiago ha dicho que “la renuncia a una prescripción importa una manifestación inequívoca y unilateral de voluntad en orden a abandonar la facultad de pedir que se declare extinguido por la prescripción el derecho que otro tiene, manifestación de voluntad que debe hacerse sin compensación, por mera liberalidad o moralidad”. Y agregó que “la transacción tiene una naturaleza jurídica diversa de la renuncia de la prescripción”.⁶⁹⁰ Emilio Rioseco, comentando este fallo, expresa que “el contrato de transacción por sí solo no comporta una renuncia a la prescripción de cualquiera de las partes...”, pero agrega que “nada se opone a que dentro de las estipulaciones de la transacción se contemple, entre las concesiones recíprocas que le son inherentes, una renuncia a alegar la prescripción que favorezca a alguna o a ambas partes. Pero sería —agrega— una renuncia expresa y no tácita”.⁶⁹¹

También se ha fallado que el reconocimiento de firma no importa renuncia de la prescripción.⁶⁹² Rioseco, comentando este fallo, explica que la confesión de deuda comporta un reconocimiento del crédito y, por lo tanto, implica renuncia a la prescripción. Mientras que el reconocimiento de firma sólo confiere autenticidad al instrumento, pero nada agrega en

⁶⁹⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 77 (1980), sec. 2ª, p. 28. Reciente jurisprudencia ha establecido que “de un atento examen de los antecedentes que obran en autos es posible colegir que con la publicación de la Ley N° 20.874 de 29 de octubre de 2015, el Estado demandado ha reconocido su condición de deudor para con las víctimas de prisión política y tortura, constituyendo aquélla un acto de renuncia a la prescripción”, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de junio de 2023, “Fisco de Chile con Gómez”, Rol N° 2255-2023, Cons. 3°. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de marzo de 2023, “Reservada con Fisco de Chile”, Rol N° 15.971-2022, Cons. 3°; Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de febrero de 2023, “González con Fisco de Chile”, Rol N° 14.117-2022, Cons. 4°; Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de febrero de 2023, “Silva con Fisco de Chile”, Rol N° 14.560-2022.

⁶⁹¹ RIOSECO, ob. cit., comentario a sentencia 38, pp. 24 y 25.

⁶⁹² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 83 (1986), sec. 2ª, p. 56.

relación con el crédito, de modo que no impide oponer con éxito la excepción de prescripción.⁶⁹³

La renuncia sólo puede hacerse antes de alegar la prescripción.⁶⁹⁴ Con posterioridad, sólo cabe el desistimiento de la prescripción.⁶⁹⁵⁻⁶⁹⁶

619.- Capacidad para renunciar la prescripción. En conformidad al artículo 2495, “no puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar”.

620.- Efectos de la renuncia. La renuncia de la prescripción es de efectos relativos, sólo afecta al que la hace. Luego, no alcanza a los terceros obligados. Por consiguiente, si el deudor renuncia a la prescripción, y la obligación se encontraba afianzada, la renuncia no afecta al fiador, quien de todas formas podrá oponer la excepción de prescripción. Así lo establece el artículo 2496: “El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor”. No obstante los términos limitativos de la norma –hace referencia únicamente a los fiadores– es obvio que el principio tiene alcances más amplios, habiéndose fallado que el tercer poseedor de la finca hipotecada puede oponer la prescripción, aunque la haya renunciado el deudor personal.⁶⁹⁷

621.- La prescripción corre igual contra toda clase de personas. Así lo establece el artículo 2497: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de sus bienes”.

Esta norma tiene más bien una explicación histórica. Antiguamente se establecían plazos distintos para prescribir, considerando la calidad de las personas. Bello quiso innovar y estableció la disposición que venimos comentando. A nuestro juicio, esta regla tiene hoy día respaldo constitucional, ya que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (artículo 19 N° 2, inciso final de la Carta Fundamental).

⁶⁹³ RIOSECO, ob. cit. comentario a sentencia 40, p. 25.

⁶⁹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 84 (1987), sec. 3ª, p. 53.

⁶⁹⁵ RIOSECO, ob. cit., sentencia 42, p. 26.

⁶⁹⁶ Sobre renuncia de prescripción de la acción ejecutiva, véase *Fallos del Mes* N° 451, p. 1126, Corte Suprema, 4 de junio de 1996.

⁶⁹⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 41 (1944), sec. 1ª, p. 368. Así lo entiende la doctrina: ABELIUK, ob. cit., T II, N° 1226, p. 1001; RIOSECO, ob. cit., sentencia 43, p. 26.

622.- Excepciones a la regla de la igualdad. La parte final del artículo 2497 deja en claro que esta regla de la igualdad se aplica a los “particulares que tienen la libre administración de lo suyo”. Lo anterior está hecho para compatibilizar esta disposición con la institución de la suspensión de la prescripción, de que trata en el artículo 2509, pues ésta implica que respecto de ciertas personas –las que indica el artículo 2509– los plazos de prescripción se prolonguen.

Nos parece que otra excepción puede hallarse en el artículo 100 del Código Penal, en cuanto establece que “cuando el reo se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años”.

623.- Acción prescriptible. La regla es que toda acción sea prescriptible. Sin embargo, y por razones superiores, se establecen algunas excepciones, entre otras:

- a) La acción de partición (artículo 1317);
- b) La acción para reclamar el estado civil de hijo o de padre (artículo 320);
- c) La acción de reclamación de filiación (artículo 195 inciso 2°);
- d) Las acciones de divorcio y de nulidad de matrimonio (artículos 57 inciso 2° y 48 de la Ley de Matrimonio Civil);
- e) La acción de demarcación y cerramiento. Esto último no lo dice expresamente la ley, pero así lo entiende la doctrina, por tratarse de una manifestación del derecho de dominio, que no se extingue por el no uso. Creemos que en el mismo caso está la acción de precario (artículo 2195 inciso 2°), y
- f) La acción para demandar alimentos, atendido que la obligación de prestar alimentos es de orden público.

Respecto de esta última excepción es necesario aclarar que cuando los alimentos ya han sido devengados, la acción para demandarlos prescribe de acuerdo a lo señalado en el art. 19 bis de la Ley N° 14.908 (incorporado por la Ley N° 21.389), que dispone que “El plazo de prescripción para las acciones ejecutivas de cobro por deudas de pensión alimenticia será de tres años y se convertirá en ordinaria por dos años más, y se comenzará a computar desde el momento en que el alimentario o alimentaria cumpla 18 años”.⁶⁹⁸

⁶⁹⁸ Véase: BARRÍA PAREDES, Manuel, “La prescripción de la acción alimenticia. Antecedentes para una discusión”, en: Pinochet Olave, Ruperto (Dir.), *Estudios de Derecho Civil XVI*, Thomson Reuters, Santiago, 2023, pp. 83-90.

624.- Inactividad de las partes. Para que opere la prescripción extintiva se requiere que el acreedor haya observado una actitud pasiva. Con más exactitud, no debe haber requerido judicialmente a su deudor exigiéndole el cumplimiento de su obligación. De manera que la prescripción extintiva viene a ser una especie de sanción para el acreedor indolente que deja pasar períodos prolongados, sin hacer efectivos sus créditos.

Pero no basta con la inactividad del acreedor. También el deudor tiene que haber mantenido una actitud pasiva pues, en caso contrario, se produce una interrupción natural que obsta a la prescripción (artículo 2518 inciso 2°).⁶⁹⁹

625.- Interrupción de la prescripción extintiva. El artículo 2518 señala que “la prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya naturalmente, ya civilmente” (inciso 1°). “Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente” (inciso 2°). “Se interrumpe civilmente, por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2503” (inciso 3°).

Podemos decir entonces que la interrupción es el hecho impeditivo de la prescripción que se produce al cesar la inactividad del acreedor o del deudor. En el primer caso, la interrupción será civil; en el segundo, natural.

626.- Interrupción natural. Se produce por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente (artículo 2518 inciso 2°). La norma es bastante amplia, por lo que queda comprendido cualquier acto que suponga reconocimiento de la deuda. Ejemplo: pedir prórrogas; hacer abonos, pagar intereses por la deuda, etc. Ya hemos explicado que este reconocimiento del deudor tiene que hacerse mientras el plazo de prescripción está pendiente, pues, en caso contrario, esa actitud constituye una renuncia tácita a la prescripción (artículo 2494 inciso 2°). En este sentido jurisprudencia y doctrina.⁷⁰⁰

Algunos autores –Fernando Fueyo, Héctor Escribar Mandioca– entienden que importando la interrupción natural y la renuncia de la prescripción actos de igual naturaleza, en que sólo varía el tiempo en que se realizan, debería exigirse también en este caso capacidad de disposición (artículo 2495).

⁶⁹⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 60 (1963), sec. 2ª, p. 130.

⁷⁰⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 43 (1946), sec. 1ª, p. 2. Véase SOMARRIVA, ob. cit., sentencia 154, pp. 109 y 110.

En relación con la interrupción natural se ha fallado que “el reconocimiento de deuda e hipoteca en una escritura pública, interrumpe naturalmente la prescripción que extingue las acciones ajenas” (artículo 2518 del Código Civil, considerando 10°).⁷⁰¹

627.- Interrupción civil. El artículo 2518, en su inciso 3°, expresa que “se interrumpe civilmente [la prescripción] por la demanda judicial; salvos los casos enumerados en el artículo 2503”.

628.- Requisitos para que exista interrupción civil. Relacionando los artículos 2518 y 2503, se tiene que para que haya interrupción civil, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Demanda judicial;
- b) Notificación de la demanda, y
- c) Que no se haya producido alguna de las situaciones contempladas en el artículo 2503 (abandono del procedimiento, desistimiento de la demanda o sentencia absolutoria).

629.- Debe haber demanda judicial. El artículo 2518 inciso 3° es absolutamente claro “se interrumpe civilmente por la demanda judicial...”. Con más precisión ha dicho la Corte Suprema que “la interrupción civil no deriva tanto de la demanda que la origina como de la sentencia que acoge esa demanda”.⁷⁰² En todo caso, es claro que ningún requerimiento privado es suficiente para interrumpir la prescripción.

A pesar de que la norma parece clara, ha habido dudas sobre el alcance de la expresión “demanda judicial”. El problema radica en determinar si cualquier gestión judicial es suficiente para interrumpir la prescripción o si, por el contrario, tiene que tratarse de la contemplada en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, destinada a hacer efectiva la obligación. La discusión se ha planteado especialmente en relación con las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva. ¿Constituyen éstas, una demanda judicial, capaz de interrumpir la prescripción? Lo mismo puede decirse, en el caso en que existe una medida prejudicial o prejudicial precautoria.

La doctrina y jurisprudencia está dividida en este punto. Así, Fueyo sostiene que tiene que tratarse de una demanda formal.⁷⁰³ En el mismo

⁷⁰¹ *Gaceta Jurídica* N° 122 (1990), p. 33.

⁷⁰² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 44 (1947), sec. 1ª, p. 486.

⁷⁰³ FUEYO, *Derecho Civil*, T. IV, ob. cit., Vol. II, N° 668, p. 257.

sentido Raúl Tavolari O., en comentario que critica sentencia de la Corte de Santiago de 19 de octubre de 2001 que resolvió lo contrario. Dice el profesor Tavolari: “Tampoco resulta posible extender los ámbitos de la expresión ‘recurso’, puesto que si bien es cierto, el artículo 2503 comienza aludiendo a ‘todo recurso judicial’, inmediatamente después, el numeral 2, consagra que no se produce la interrupción, si el recurrente se desistió de la demanda, de donde también se desprende que recurso es sinónimo de demanda y, todavía más, de demanda legalmente notificada”. Agrega en seguida: “Por si alguna duda cupiera, bastará recordar que si, a raíz del recurso, el demandado obtuvo sentencia de absolución, tampoco hay interrupción –como nadie discutía hasta la fecha– que para interrumpir la prescripción se requería que se diera comienzo a un juicio mediante demanda legalmente notificada, único antecedente capaz de generar, a la postre, la sentencia absolutoria del numeral 3 del artículo 2503 del Código Civil”.⁷⁰⁴

En cambio, Escribar está por la tesis de que cualquier gestión del acreedor efectuada ante la justicia con el objeto de exigir directamente el pago o preparar o asegurar su cobro, es suficiente para interrumpir la prescripción.⁷⁰⁵ Domínguez, por su parte, analiza diferentes actos judiciales que sin ser demandas, en el sentido del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, se asimilan a ella para los efectos de interrumpir la prescripción, como las gestiones preparatorias para la vía ejecutiva, la querrela criminal, la solicitud de liquidación forzosa, las medidas prejudiciales, entre otras.⁷⁰⁶

La jurisprudencia de los últimos años está por el sentido amplio.⁷⁰⁷

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que para que la demanda interrumpa la prescripción, “debe existir una conexión directa entre la acción ejercida y la acción de cuya extinción prescriptiva se trata”.⁷⁰⁸

⁷⁰⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98 (2001), sec. 2ª, p. 124.

⁷⁰⁵ ESCRIBAR MANDIOLA, Héctor, *De la prescripción extintiva civil*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1926, p. 57.

⁷⁰⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *La prescripción extintiva*, ob. cit., pp. 273-286.

⁷⁰⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46 (1949), sec. 1ª, p. 647; T. 50 (1953), sec. 1ª, p. 320; T. 52 (1955), sec. 1ª, p. 185; T. 60 (1963), sec. 2ª, p. 130; *Fallos del Mes* N° 264, p. 394; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98 (2001), sec. 2ª, p. 124. Por la tesis contraria: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 36 (1939), sec. 1ª, p. 225; T. 74 (1977), sec. 4ª, p. 298; T. 83 (1986), sec. 1ª, p. 41. Sobre esta materia, recomendamos ver SOMARRIVA, ob. cit., sentencia 152, pp. 107-108, y RIOSECO, ob. cit., sentencia 94, p. 52.

⁷⁰⁸ RIOSECO, ob. cit., comentario a sentencia 109, p. 59.

En relación con el requisito que estamos estudiando, se ha fallado en forma reiterada que la demanda presentada ante tribunal incompetente interrumpe la prescripción, lo que parece atendible desde que desaparece la situación de pasividad del acreedor que es el supuesto de la prescripción extintiva.⁷⁰⁹

Se ha fallado, también, que si un ejecutante ejerce la acción de cobro que emana de un pagaré y no la que emana de la hipoteca –que la sociedad demandada constituyó sobre un bien propio para responder al pago íntegro y oportuno de todas las obligaciones que tenía o pudiese tener en el futuro–, se debe aplicar en materia de prescripción las normas del artículo 100 de la Ley N° 18.092, por lo que debe acogerse la excepción de prescripción si ha transcurrido más de un año entre el vencimiento del pagaré y la notificación de la demanda.⁷¹⁰

630.- Notificación de la demanda. Para que opere la interrupción no basta la presentación de la demanda, sino que es necesario que esta se encuentre legalmente notificada.

Tradicionalmente se ha entendido que, para que opere la interrupción, la demanda tiene que notificarse antes del vencimiento del plazo de prescripción. Ello por aplicación del artículo 2503, N° 1. Sin embargo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha establecido que “la interrupción civil de la prescripción se cuenta desde la presentación de la demanda o del recurso judicial, y si bien sin su notificación ella carece de significado procesal, una vez efectuada la notificación se retrotrae en sus efectos a la fecha de la presentación de aquélla”.⁷¹¹

En general el fallo de la Corte de Valparaíso, recién citado, no ha hecho escuela, y es así como la Corte Suprema vuelve a la tesis tradicional⁷¹² de que la notificación tiene que hacerse antes de la extinción del plazo. Sin embargo, un pronunciamiento reciente de la Corte de Santiago, de 19 de

⁷⁰⁹ En este sentido: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1951, N° 75, p. 125; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 44 (1947), sec. 1ª, p. 130; T. 52 (1955), sec. 1ª, p. 145; T. 62 (1965), sec. 3ª, p. 69; y T. 66 (1969), sec. 3ª, p. 78; T. 99 (2002), sec. 1ª, p. 100; Corte Suprema, 11 de enero de 2018, “Ibáñez y otros con Industrias Manufactureras Eléctricas Limitada y otro”, Rol N° 58.985-2016, Cons. 11°.

⁷¹⁰ *Fallos del Mes* N° 453, sentencia 18. En el mismo sentido, *Fallos del Mes* N° 452, sentencia 10, p. 1381.

⁷¹¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 60 (1963), sec. 2ª, p. 130.

⁷¹² Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 88 (1991), sec. 1ª, p. 102.

octubre de 2001, retoma el planteamiento de la Corte de Valparaíso. Por su importancia, reproducimos la parte pertinente de esta doctrina: “Sin la respectiva notificación la sola presentación de la demanda carecería de significación en lo procesal, los efectos de esa notificación se retrotraerán necesariamente y sin embargo a la fecha de la presentación de la demanda una vez realizado ese trámite”. “La excepción del artículo 2503 del mismo Código, consistente en que se requiere en todo caso la notificación legal de la demanda, debe entenderse en el sentido que el demandante acreedor sólo podrá invocar o alegar la interrupción de la prescripción una vez notificada la demanda y no antes, no exigiendo ese precepto que la notificación misma se ha efectuado dentro del plazo de la prescripción, contado éste desde su inicio y privando de sus efectos jurídicos a la sola interposición de la demanda”. Esta sentencia viene con un comentario crítico de Raúl Tavolari O., quien expresa: “Con todo, lo inaceptable es que, por la vía de lo fallado, el artículo 2503 del Código Civil resulta parcialmente sin sentido: en efecto: si no hay interrupción de la prescripción cuando “... la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal...”, lo que supone que ha existido una notificación imperfecta que, a pesar de haberse verificado, no es idónea para interrumpir, no se divisa de qué manera y bajo qué artilugio interpretativo se podría llegar a afirmar que la falta completa de la notificación es capaz de producir más consecuencias jurídicas que una notificación imperfectamente realizada...”.⁷¹³

Sin perjuicio de lo anterior, una sentencia de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2016, Rol N° 6.900-2015 puso nuevamente este tema en discusión de la doctrina, lo que ha llevado también a que no exista uniformidad jurisprudencial sobre la misma. Dicha sentencia estableció que “queda todavía por considerar que el artículo 2503 N° 1 que ha sido el precepto que ha fundado la tesis predominante no señala que deba notificarse dentro del plazo de prescripción para que ésta se entienda interrumpida. Sólo indica que para alegar la interrupción la demanda debe haber sido notificada sin indicar la época en que deba realizarse ni tampoco que deba tener lugar antes de expirar el plazo. Considerado lo anterior es tiempo de variar el criterio mayoritario que ha sostenido que la interrupción de la prescripción requiere la presentación de la demanda y además su notificación aun devengándose el plazo de prescripción. Esta posición doctrinal y jurisprudencial contra-

⁷¹³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98 (2001), sec. 2ª, p. 124.

viene el fundamento mismo de la prescripción que sanciona el descuido, desidia y negligencia de quien detenta un derecho y en cambio privilegia una interpretación que no tiene asidero en los artículos 2518 y 2503 N° 1, ambos del Código Civil”.⁷¹⁴

En el mismo sentido se ha pronunciado Domínguez, quien estima que “habrá de reconocerse, sin embargo, que en el estado actual de la jurisprudencia, ya es regla la que obliga a notificar la demanda antes que el plazo de prescripción haya transcurrido; pero no porque tal sea la jurisprudencia dominante, podemos aceptar la doctrina sin otra consideración. Ella proviene más bien de la confusión que generalmente existe, entre los efectos procesales de la notificación y los aspectos substantivos en que descansa la prescripción y no separar unos de otros, determina aquí, que se pretenda exigir que la voluntad interruptiva se haga depender de su conocimiento por el deudor, a pesar que aquella no tiene por qué tener un carácter recepticio. Es verdad que el Código exige luego, para mantener el efecto interruptivo, que haya una notificación válida; pero no la pide para que ese efecto se produzca inicialmente”.⁷¹⁵ En contra, siguiendo la tesis tradicional, Pinochet⁷¹⁶ y jurisprudencia reciente.⁷¹⁷

⁷¹⁴ Corte Suprema, 31 de mayo de 2016, “Vargas y otros con Marmolejo”, Rol N° 6.900-2015, Cons. 5°.

⁷¹⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *La prescripción extintiva*, ob. cit., pp. 297-298. De la misma manera, PIZARRO WILSON, Carlos, “La interrupción civil de la prescripción por la mera presentación de la demanda”, en: Corral, Hernán; Manterola, Pablo (Eds.), *Estudios de Derecho Civil XII*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, pp. 161-172. En la jurisprudencia: Corte Suprema, 11 de enero de 2018, “Ibáñez y otros con Industrias Manufacturas Eléctricas Limitada y otro”, Rol N° 58.985-2016, Cons. 8°; Corte Suprema, “Franco con Hospital del Salvador y otro”, Rol N° 5963-2022, Cons. 12°; Corte Suprema, 13 de abril de 2023, “Sociedad Las Palmas SpA con Ministros de la Corte de Apelaciones de Talca”, Rol N° 162655-2022, Cons. 10°; Corte Suprema, 18 de enero de 2023, “Bosques Arauco S.A. con Fisco de Chile”, Cons. 13°; Corte Suprema, 23 de diciembre de 2022, “Instituto de Previsión Social con Dahuabe”, Rol N° 81393-2021, Cons. 5°.

⁷¹⁶ PINOCHET OLAVE, Ruperto, “La notificación de la demanda debe efectuarse dentro del plazo de prescripción para interrumpir civilmente la prescripción”, en: Corral, Hernán; Manterola, Pablo (Eds.), *Estudios de Derecho Civil XII*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, pp. 173-187.

⁷¹⁷ Corte Suprema, 4 de julio de 2023, “Araneda con Corbari”, Rol N° 31925-2022, Cons. 10°; Corte Suprema, 30 de mayo de 2023, “Banco de Chile con Magali Vargas Garrido Comercializadora de Productos del Mar E.I.R.L.”, Rol N° 54199-2022, Cons. 6°; Corte Suprema, 17 de abril de 2023, “Banco del Estado de Chile con Aguilera”, Rol N° 67643-2022, Cons. 5°; Corte Suprema, 15 de febrero de 2023, “Scotiabank Chile S.A. con Espinoza”, Rol N° 148-2023, Cons. 7°; Corte Suprema, 6 de diciembre de 2022, Banco de Chile con Ramírez y otros, Rol

631.- Que no se haya producido alguna de las situaciones previstas en el artículo 2503. No obstante haberse demandado con oportunidad, no se produce la interrupción civil en los casos que señala el artículo 2503, esto es:

1) Cuando la demanda no ha sido notificada en forma legal (artículo 2503 N° 1);

2) Cuando el actor se ha desistido de su demanda (artículos 148 al 151 del Código de Procedimiento Civil) (2503 N° 2);

3) Cuando se ha producido el abandono del procedimiento (es lo que antes de la Ley N° 18.705 del 24 de mayo de 1988, se llamaba abandono de la instancia, materia reglamentada en los artículos 152 a 157 del Código de Procedimiento Civil) (2503 N° 2), y

4) Cuando el demandado obtuvo sentencia absolutoria (2503 N° 3). Respecto de este punto, se ha fallado que no constituye sentencia absolutoria la que rechaza la demanda ejecutiva por faltar la ejecutividad del título.⁷¹⁸ También se ha resuelto que la sentencia que declara la incompetencia del tribunal no es absolutoria y, por lo tanto, ha operado la interrupción de la prescripción.⁷¹⁹

632.- Efectos de la interrupción. El efecto de la interrupción, civil o natural, es hacer perder todo el tiempo anterior. Favorece, en consecuencia, al acreedor y perjudica al deudor.

La regla es que los efectos sean relativos, pues, si es civil, supone un juicio que sólo afecta a las partes litigantes (artículo 3° inc. 2° Código Civil); y si es natural importa una manifestación de voluntad, expresa o tácita, que sólo produce efectos para quien la hace. Esta regla está consignada en el artículo 2519, primera parte: “La interrupción que obra en favor de uno o varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros...”.⁷²⁰

N° 56231-2021, Cons. 8°; Corte Suprema, 29 de noviembre de 2022, Banco de Crédito e Inversiones con Vargas, Rol N° 71667-2021, Cons. 8°.

⁷¹⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46 (1949), sec. 1ª, p. 186.

⁷¹⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 89 (1992), sec. 3ª, p. 246.

⁷²⁰ Corte Suprema, 16 de mayo de 2023, “Banco de Chile con Becker y otro”, Rol N° 98.543-2022, Cons. 6°.

Excepciones a esta regla:

1. En el caso de la solidaridad. Así lo consigna el mismo artículo 2519, en su parte final: “a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516”. Una excepción a esta regla se encuentra en el artículo 100 de la Ley N° 18.092, sobre Letras de Cambio, pues no obstante que todos los obligados al pago se encuentran obligados solidariamente, “La prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución”.⁷²¹

2. Cuando las obligaciones son indivisibles. Al respecto dice el artículo 1529: “La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto de los otros”. Al respecto se ha fallado que tratándose de la obligación de suscribir un contrato de compraventa (obligación de hacer generada de un contrato de promesa), la notificación a un comunero interrumpe la prescripción respecto de todos, por tratarse de una obligación indivisible.⁷²²

633.- La interrupción de la prescripción de la obligación principal interrumpe la prescripción de la obligación accesoria. Se ha planteado el problema de resolver qué ocurre con la prescripción de las obligaciones accesorias, cuando se ha producido la interrupción de la obligación principal. Pongo un ejemplo, se constituye una hipoteca para garantizar una deuda ajena. El deudor principal solicita una prórroga (interrupción natural), ¿le afecta ésta al tercer poseedor de la finca hipotecada?

Si aplicamos la regla de que la interrupción es de efectos relativos, habría que entender que sólo afectaría al deudor principal, pero no al tercer poseedor de la finca hipotecada, conclusión que repugna con el carácter accesorio de toda caución. Por ello nos parece correcta la sentencia que resuelve que “la interrupción de la prescripción de la obligación principal interrumpe la prescripción de la acción hipotecaria”.⁷²³ En sentido contrario se ha resuelto que “la notificación civil de la demanda al deudor princi-

⁷²¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 82 (1985), sec. 1ª, p. 92.

⁷²² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 75 (1978), sec. 2ª, p. 538.

⁷²³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 48 (1951), sec. 1ª, p. 231, T. 88 (1991), sec. 2ª, p. 20; T. 88 (1991), sec. 2ª, p. 46; T. 88 (1991), sec. 1ª, p. 64; T. 89 (1992), sec. 2ª, p. 46; T. 89 (1992), sec. 1ª, p. 178; T. 89 (1992), sec. 1ª, p. 194, *Gaceta Jurídica* N° 275 (2003), p. 108.

pal, no interrumpe civilmente la prescripción que corre contra el tercer poseedor, según se desprende de lo establecido en los artículos 100 de la Ley N° 18.092 y 2519 del Código Civil.⁷²⁴ Este fallo se explica por lo que dispone el inciso 1° del artículo 100 de la Ley N° 18.092 “La prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se le notifique la demanda judicial de cobro de la letra...”.

Emilio Rioseco comenta la sentencia del T. 48, sec. 1ª, p. 231 en los siguientes términos: “Las acciones accesorias, como la que tiene el acreedor contra el tercer poseedor de la finca hipotecada o contra el fiador, no tienen un plazo propio de prescripción, sino que corren la suerte de la acción principal (artículo 2516 del Código Civil). De donde se sigue que, interrumpida la prescripción de esta última, el acto interruptivo es oponible al tercer poseedor y al fiador en su caso. Éstos no pueden alegar la prescripción”. Y en seguida agrega: “A la inversa, la interrupción de la prescripción de la acción accesorio no afecta a la prescripción de la acción principal, pudiendo oponer esta última el deudor al acreedor demandante”.⁷²⁵ Sobre este punto también se ha fallado que “por el propio carácter accesorio de la hipoteca, no puede sostenerse que la notificación de desposeimiento practicada al tercer poseedor de la finca hipotecada afecta o perjudica al deudor principal, ya que la obligación de éste tiene vida propia e independiente y no puede, en consecuencia, verse dañada por el ejercicio de la acción hipotecaria, como

⁷²⁴ *Gaceta Jurídica* N° 122 (1990), p. 33, Consid. 6°.

⁷²⁵ RIOSECO, ob. cit. sentencia 126, pp. 65-66. Véase además en la misma obra, comentario a sentencia 170, pp. 86-87. DOMÍNGUEZ, por su parte, señala que “en realidad la cuestión ha de ser decidida por la simple aplicación del principio de lo accesorio: *accessorium sequitur principale*. De acuerdo a éste, lo accesorio, como es la caución, sea personal o real, debe seguir la suerte de lo principal, pues su finalidad es precisamente servir al elemento principal y es ello lo que le justifica (artículos 2335, 2385 2407). De allí que, si la obligación caucionada no ha prescrito, por haber operado su interrupción, tampoco podría prescribir la fianza o la hipoteca; pero no tratarse de la misma obligación, sino por aquella relación de accesoriedad. Pero ese principio también manda que lo principal no siga la suerte de lo accesorio, de forma que no resulta de acuerdo a la lógica que le preside, entender que la interrupción que afecta a la caución. Haya de afectar a la obligación caucionada. La cohesión que existe entre el elemento principal y el accesorio no llega hasta implicar la interdependencia de ambos. El elemento principal siempre podrá sobrevivir luego de la desaparición de lo accesorio. Hay una dependencia unilateral en el sentido que lo accesorio no puede sino seguir a lo principal; pero esa relación no se da a la inversa, porque lo accesorio no es la causa de lo principal y ello determina que lo que ocurra a lo accesorio no tiene por qué afectar, en su extinción o en su sobrevida, a lo principal”. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *La prescripción extintiva*, ob. cit., pp. 360-361.

lo confirma el artículo 2425 del Código Civil. Por otra parte, si, como lo establece el artículo 2519 de ese texto legal, la interrupción que obra en perjuicio de uno de varios codeudores no perjudica a los otros, salvo que sean solidarios, es razonablemente insostenible que la interrupción que obra en perjuicio de una persona que ni siquiera es propiamente deudor —caso del tercer poseedor de la finca hipotecada— pueda obrar en contra del único deudor de la obligación principal”.⁷²⁶

634.- Tiempo de prescripción. En relación con este requisito, que es el más característico de la prescripción extintiva, debemos distinguir entre:

- I. Prescripciones de largo tiempo. Y dentro de ésta, debemos subdistinguir:
 - a) Prescripciones de acciones personales ordinarias;
 - b) Prescripciones de acciones ejecutivas;
 - c) Prescripciones de obligaciones accesorias;
 - d) Prescripciones de acciones reales de dominio y herencia, y
 - e) Prescripciones reales provenientes de las limitaciones del dominio;
- II. Prescripciones de corto tiempo, y
- III. Prescripciones especiales.

Es importante tener presente que en toda prescripción extintiva “el tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible” (artículo 2514 inciso 2°). Al respecto, se ha resuelto que el plazo de prescripción de la acción para cobrar los honorarios devengados por una Corredora de Propiedades por su intervención en la venta de un inmueble —plazo de un año— se debe contar desde la fecha de celebración del contrato de venta de la propiedad en que incidió el corretaje, no obstante que el mandato respectivo le había sido revocado con antelación, porque a partir de la venta se hizo exigible su derecho a cobrarlo.⁷²⁷

635.- Prescripciones de largo tiempo.

- a) Prescripción de las acciones personales ordinarias. Es de cinco años contados desde que la obligación se ha hecho exigible (artículo 2515 inciso 1°).
- b) Prescripción de la acción ejecutiva. Es de tres años, desde que la obligación se ha hecho exigible (artículo 2515 inciso 1°). Esta regla tiene

⁷²⁶ *Gaceta Jurídica* N° 138 (1991), p. 103, Consid. 4°.

⁷²⁷ Corte Suprema, 19 de noviembre de 1993, *Fallos del Mes* N° 443, sentencia 12, p. 1392.

algunas excepciones, en que la ley ha fijado plazos especiales, como ocurre, por ejemplo, con el cheque protestado en que la acción contra los obligados prescribe en un año contado desde la fecha del protesto (artículo 34 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, D.F.L. N° 707 de 21 de julio de 1982).

Respecto de la prescripción de la acción ejecutiva, cabe tener presente lo siguiente:

1. Que transcurridos tres años, la acción ejecutiva se transforma en ordinaria por dos años más (artículo 2515 inciso 2°).
2. Que puede ser declarada de oficio, de acuerdo al artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha hecho a un sector de la doctrina afirmar que se trata de un caso de caducidad más que de prescripción.⁷²⁸ Tiene una opinión contraria Emilio Rioseco Enríquez, para quien “esta tesis no es aceptable sin reparo, ya que en este caso la extinción no opera de pleno derecho y los artículos 2518 del Código Civil, en cuanto a la interrupción, y el 2509, en cuanto a la suspensión, son aplicables tanto a las acciones ordinarias como a las ejecutivas (artículo 2514), características propias de la prescripción extintiva y no de la caducidad”.⁷²⁹
3. Que el solo reconocimiento por el deudor de la vigencia de la deuda no importa renuncia de la prescripción de la acción ejecutiva. Así ha sido resuelto.⁷³⁰ La sentencia se funda en el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, que en su redacción original, obligaba al tribunal a denegar la ejecución “si el título presentado tiene más de 3 años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, salvo que se compruebe la subsistencia de la acción ejecutiva por alguno de los medios que sirven para deducir esta acción en conformidad al artículo 434”.⁷³¹ “En el caso de autos no se probó por la ejecutante la subsistencia de la acción ejecutiva por alguno de los medios que sirven para deducir la acción ejecutiva, sino

⁷²⁸ ABELIUK, ob. cit. N° 1240, p. 1010; SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, ob. cit., comentario a sentencia 150, pp. 106-107.

⁷²⁹ RIOSECO, ob. cit., sentencia 16, pp. 15-16.

⁷³⁰ *Fallos del Mes* N° 451, sentencia 4, p. 1126.

⁷³¹ El artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley N° 21.394 de 30 de noviembre de 2021, expresa en su redacción actual: “El tribunal denegará la ejecución cuando la acción ejecutiva se encuentre prescrita; salvo que se compruebe su subsistencia por alguno de los medios que sirven para deducir esta acción en conformidad al artículo 434”.

que sólo se probó que el deudor hizo abonos a la deuda, consignándolo así en un memorándum”.

636.- Prescripción de acciones cambiarias. Precisemos, en primer término, qué son las acciones cambiarias. La Corte Suprema, en sentencia del 7 de mayo del 2001, ha dicho que “se entiende por acciones cambiarias aquellas emanadas de la letra de cambio o del pagaré, que se estiman diversas e independientes de las acciones extracambiarias o derivadas del negocio causal”.⁷³²

Aclarado lo anterior, señalemos que el artículo 98 de la ley N° 18.092 fija su plazo de prescripción: “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”. (Hace excepción a esta regla las acciones de reembolso de que trata el artículo 82, que prescriben en seis meses contados desde el día del pago cuyo reembolso se reclama, artículo 99). Como se puede observar, el lenguaje que emplea el artículo 98 es diferente al que usa el artículo 2514 del Código Civil, puesto que el plazo del año lo cuenta desde la fecha del “vencimiento del documento” y no desde que “la obligación se haya hecho exigible”. El problema no tiene trascendencia cuando las letras tienen como fecha de vencimiento un día determinado, pues ambas expresiones resultan coincidentes, pero pasa a tenerlo en el caso de las letras a la vista. La doctrina entiende que, en ese caso, la fecha de vencimiento es “la de la presentación al pago”.⁷³³

Se ha resuelto que, como en la prescripción de las acciones cambiarias la ley no distingue entre la acción ejecutiva y ordinaria, debe entenderse que el plazo de prescripción de ambas es de un año.⁷³⁴

En relación con la materia que estamos tratando, la Corte de Santiago resolvió en sentencia de 9 de mayo de 1997: “La prescripción de las obligaciones que emanan del pagaré, trae consigo la prescripción que emana del mutuo”.⁷³⁵ Este fallo es manifiestamente equivocado, pues confunde la

⁷³² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98 (2001), sec. 1ª, p. 94. Véase también sobre este punto sentencia de la Corte Suprema, 8 de junio de 2006, publicada en *Revista Leyes y Sentencias* N° 20, p. 26.

⁷³³ En ese sentido UBILLA GRANDE, Luis, *Teoría General de la Letra de Cambio y del Pagaré en la Ley N° 18.092*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 55; PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Letra de Cambio y pagaré. Ley N° 18.092*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 42.

⁷³⁴ *Gaceta Jurídica* N° 124 (1990), p. 15; *Gaceta Jurídica* N° 108 (1989), p. 54.

⁷³⁵ *Gaceta Jurídica* N° 203 (1997).

prescripción de las acciones cambiarias con la prescripción de las acciones provenientes del negocio causal, olvidando que se trata de acciones distintas e independientes que prescriben, cada una, de acuerdo a sus propias normas. Posteriormente, el 7 de mayo de 2001, la Corte Suprema sentó la buena doctrina.⁷³⁶

637.- Prescripción de las obligaciones accesorias. Se refiere a estas obligaciones el artículo 2516: “La acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesorio, prescriben junto con la obligación a que acceden”. Así se ha fallado.⁷³⁷

Luego, las acciones provenientes de las cauciones reales o personales no tienen un plazo propio de prescripción, sino que, en virtud del principio de lo accesorio, prescriben junto con la obligación principal que garantizan. Por ello, si se está asegurando, por ejemplo, con hipoteca el pago de un honorario profesional, como esa obligación prescribe en dos años (artículo 2521, inciso 2º), en el mismo tiempo prescribirá la acción hipotecaria. En relación con lo que se viene diciendo, la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia del 15 de noviembre de 1989 resolvió que: “La acción hipotecaria no tiene un plazo fijo y propio de prescripción, sino que prescribe junto con la obligación principal a la que accede, el que es de un año, cuando la obligación garantizada emana de un pagaré (artículo 2516 del Código Civil y 98 de la Ley N° 18.092)”.⁷³⁸

La Corte de Punta Arenas, el 29 de agosto de 1991, falló que “debe acogerse la excepción de prescripción deducida por el tenedor de la finca hipotecada, si entre el vencimiento de la obligación caucionada y la notificación de la gestión previa de desposeimiento de la finca hipotecada ha transcurrido el plazo de prescripción extintiva del artículo 2513, inciso 1º del Código Civil, (la referencia debe entenderse hecha al 2515 inciso 1º) desde que la acción hipotecaria prescribe junto con la obligación principal, según el artículo 2516 del citado cuerpo legal”.⁷³⁹

⁷³⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98 (2001), sec. 1ª, p. 94. Véase también sentencia de Corte Suprema, 1º de julio de 2003, *Gaceta Jurídica* N° 277 (2003), sentencia 6, p. 76. En igual sentido, UBILLA, ob. cit., p. 67.

⁷³⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 100 (2003), sec. 2ª, p. 61.

⁷³⁸ *Gaceta Jurídica* N° 122 (1990), p. 33, considerando 4º de la sentencia confirmatoria.

⁷³⁹ Esta sentencia es comentada favorablemente por los profesores DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Prescripción de la Acción Hipotecaria. Interrupción Civil”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1991, N° 190, pp. 160-163. (Reco-

638.- Prescripciones de acciones reales de dominio y de herencia. Se refiere a ellas el artículo 2517: “Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”. Ello quiere decir que, en el caso del dominio, por ejemplo, la acción para reclamarlo –acción reivindicatoria– se va a extinguir cuando un tercero haya adquirido la cosa por prescripción adquisitiva. Ello explica que la acción reivindicatoria no tenga un plazo propio de prescripción, pudiendo interponerse mientras se sea dueño de la cosa. Lo mismo, estimamos, ocurre con la acción de precario (artículo 2195 inciso 2º).

Por la misma razón, la acción de petición de herencia va a prescribir en el plazo de 10 o 5 años, que son los plazos de prescripción adquisitiva del derecho de herencia, en conformidad a los artículos 2512 N° 1 en relación con el artículo 704 N° 4 del Código Civil. Cabe agregar, sin embargo, que como el artículo 1269 señala que “el derecho de petición de herencia expira en 10 años...”, llevó a la Corte Suprema a concluir que se trataba de una prescripción extintiva,⁷⁴⁰ lo que es un error, pues la norma que debe aplicarse es el artículo 2517.

639.- Prescripciones especiales en el caso de las limitaciones del dominio. Debe distinguirse entre los derechos de usufructo, uso y habitación, por un lado, y derecho de servidumbre, por otro.

En el caso del usufructo, deben diferenciarse dos situaciones:

- a) La acción para reclamar el derecho de usufructo poseído por un tercero, se podrá intentar en cualquier tiempo mientras este tercero no haya adquirido el usufructo por prescripción adquisitiva. Se aplica el artículo 2517.
- b) El cuadro se complica, en el caso en que el usufructuario reclame su derecho al nudo propietario, pues el artículo 806 señala que “El usufructo se extingue también: por prescripción”. Ello ha llevado a Claro Solar a

mendamos la lectura de este comentario, por abordar varios aspectos de importancia en materia de prescripción, como, por ejemplo: si interrumpe o no la prescripción la gestión previa de desposeimiento). Véase también sentencia de 24 de diciembre de 2001, y el voto disidente (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98 (2001), sec. 1ª, p. 295); y RIOSCO, ob. cit., comentario a sentencia 171, p. 87. En el mismo sentido, Corte Suprema, 15 de septiembre de 2021, “Banco del Estado de Chile con Fierro”, Rol N° 33493-2019, Cons. 4º; Corte Suprema, 5 de mayo de 2021, “Banco Itaú Chile con Arriagada y otro”, Rol N° 31797-2019, Cons. 6º y 7º; Corte Suprema, 31 de julio de 2023, “Banco Santander Chile con Inmobiliaria Puelo S.A.”, Rol N° 24701-2022, Cons. 10º.

⁷⁴⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 33 (1936), sec. 1ª, p. 406.

afirmar que en este caso —cuando el usufructuario no reclama su derecho de usufructo al nudo propietario— su derecho se extingue por prescripción extintiva.⁷⁴¹ En contra de esta opinión está la de Arturo Alessandri, quien “estima que para que prescriba el derecho de usufructo no basta el simple no uso, pues las acciones para reclamar un derecho se extinguen por la prescripción adquisitiva del mismo derecho (artículo 2517) y, además, dentro de las concepciones de nuestro Código Civil, el usufructuario tiene el derecho de dominio sobre su usufructo, dominio que no se pierde mientras otra persona no lo haya ganado por prescripción adquisitiva”.⁷⁴²

Lo que acabamos de decir del derecho de usufructo, es aplicable también a los derechos de uso y habitación, atendido lo dispuesto en el artículo 812 del Código Civil.

Finalmente, en el caso de las servidumbres, si el titular las deja de gozar durante tres años, se produce la prescripción extintiva, de acuerdo al artículo 885 N° 5.

640.- Suspensión de la prescripción extintiva de largo tiempo. La suspensión de la prescripción es un beneficio especial que la ley otorga a determinadas personas —las indicadas en el artículo 2509 del Código Civil— de que no corra el plazo de prescripción en su contra.

En el caso de la prescripción extintiva, el artículo 2520 establece que “La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1° y 2° del artículo 2509” (inciso 1°). “Transcurridos 10 años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente”.

Esta suspensión se aplica a la prescripción extintiva ordinaria, no a la ejecutiva,⁷⁴³ lo que se podría explicar, según algunos, por tratarse de un caso de caducidad más que de prescripción. La sentencia es comentada favorablemente por Somarriva, ob. cit., sent. 150, p. 106. Sin embargo, le merece reparos a Emilio Rioseco, quien estima que esta conclusión no tiene asidero en la ley.⁷⁴⁴

⁷⁴¹ CLARO SOLAR, ob. cit., T. VIII, N° 1239, p. 407. En el mismo sentido, ABELIUK, ob. cit., T II, N° 1244, pp. 1012-1013.

⁷⁴² ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales*, T. II, 5ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, N° 1021, pp. 169-170.

⁷⁴³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 18 (1921), sec. 1ª, p. 23.

⁷⁴⁴ RIOSECO, ob. cit., comentarios a sentencias N° 16 y 88.

641.- Prescripciones de corto tiempo. El párrafo IV del Título 42 del Libro IV del Código Civil, artículos 2521 al 2524, trata “De ciertas acciones que prescriben en corto tiempo”.

Se trata de casos especiales, que constituyen excepciones a la regla de prescripción del artículo 2515. Se clasifican en:

1. Prescripciones de 3 años (artículo 2521 inciso 1°).
2. Prescripciones de 2 años (artículo 2521, inciso 2°).
3. Prescripciones de 1 año (artículo 2522);

Las tres primeras categorías se rigen por las mismas reglas; no así la última, que tiene algunas especiales, y por ello la trataremos en forma separada.

642.- Prescripciones de 3 años. Están contempladas en el artículo 2521 inciso 1°: “Prescriben en tres años las acciones a favor o en contra del Fisco y de las Municipalidades provenientes de toda clase de impuestos”.

Respecto de estas prescripciones, cabe formular los siguientes alcances:

1. Se refieren exclusivamente a las acciones relativas a impuestos, y
2. El código tributario y otras leyes particulares contemplan normas sobre prescripción de ciertas obligaciones tributarias, que por ser especiales deben aplicarse con preferencia a las del Código Civil. Especial importancia presentan los artículos 200 al 202 del Código Tributario.

643.- Prescripciones de dos años (prescripción de honorarios de los profesionales liberales). El artículo 2521 inciso 2° establece que “Prescriben en dos años los honorarios de jueces, abogados, procuradores; los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general, de los que ejercen cualquier profesión liberal”.

Para que se apliquen estas reglas tienen que cumplirse copulativamente los dos requisitos del artículo 2521:

- a) Que se trate de profesionales liberales y
- b) Que correspondan a honorarios profesionales. Por ello, si el profesional tiene un contrato de trabajo, no rigen estas normas sino las de la legislación laboral.

Como sabemos, la prescripción comienza a correr desde que la obligación de pagar los honorarios se ha hecho exigible (artículo 2514 inciso 2°). Pueden generarse problemas cuando se trata de cobros correspondientes a servicios prolongados. La idea que predomina es que el plazo de prescripción empieza a correr desde que se terminan de prestar los servicios, a

menos que se hayan fijado fechas especiales para su pago, caso en que se deberá contar desde estas. En ese sentido la jurisprudencia.⁷⁴⁵

644.- Prescripciones de un año. Las establece el artículo 2522: "Prescribe en un año la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos por el precio de los artículos que despachan al menudeo" (inciso 1°). "La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc." (inciso 2°).

Respecto a esta disposición es importante precisar algunos de sus términos: "mercader", es sinónimo de comerciante; "despachar", significa "vender"; "despachar al menudeo", significa "vender por menor".

En cuanto al inciso 2°, es obvio que las actividades que en él se señalan no son taxativas. Lo importante para que tenga aplicación es que se trate de servicios accidentales o que se prestan en forma periódica (podría ser jardineros, personas que cortan el pelo a los perros, etc.).

645.- Las prescripciones de corto tiempo de los artículos 2521 y 2522 no se suspenden. Así lo señala el artículo 2523: "Las prescripciones mencionadas en los dos artículos precedentes corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna".

646.- Interversión de las prescripciones de corto tiempo. El artículo 2523 establece que estas prescripciones de corto tiempo se interrumpen:

1. Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor, y
2. Desde que interviene requerimiento.

El efecto que produce esta interrupción es que "en ambos casos sucede a la prescripción de corto tiempo la del artículo 2515" (artículo 2523 inciso final). Este efecto especial de la interrupción, es lo que en doctrina se denomina "interversión de la prescripción".

Respecto a lo dicho en el N° 2 del artículo 2523, se ha fallado que se refiere al requerimiento extrajudicial,⁷⁴⁶ pues si hay demanda judicial, se

⁷⁴⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 63 (1966), sec. 1ª, p. 283; T. 32 (1935), sec. 1ª, p. 494.

⁷⁴⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 64 (1967), sec. 1ª, p. 236.

aplican las reglas generales de los artículos 2503 y 2518. Esta es también la opinión de Emilio Rioseco.⁷⁴⁷ Hay fallos en sentido contrario.⁷⁴⁸

647.- Prescripciones especiales. El artículo 2524 del Código expresa que "Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla".

Respecto de estas prescripciones especiales, debe tenerse presente:

1. Que son prescripciones de corto tiempo (así lo dice el 2524), o sea, de menos de cinco años.
2. Que corren contra toda persona (no se suspenden), salvo situaciones excepcionales (ejemplo: artículos 1692 inciso 2° y 1216 inciso 2°).⁷⁴⁹
3. Que no se aplican respecto de ellas las reglas especiales de interrupción, contempladas en el artículo 2523, pues sólo rigen para las prescripciones mencionadas "en los dos artículos precedentes", esto es, los artículos 2521 y 2522 (artículo 2523 inciso 1°).

648.- Cláusulas modificatorias de los plazos de prescripción. Sin duda el transcurso del tiempo es el principal requisito de la prescripción extintiva. Así lo deja de manifiesto el artículo 2514 inciso 1°. La ley es la que fija el plazo necesario para prescribir. La pregunta que cabe formular es si las partes contratantes pueden modificar los plazos de prescripción, aumentándolos o acortándolos.⁷⁵⁰ Ello nos lleva a plantearnos el problema de la validez y efectos de dichas cláusulas.

En Francia, la jurisprudencia se ha inclinado por la idea de que las partes no pueden ampliar los plazos de prescripción; pero admiten que se puedan

⁷⁴⁷ RIOSECO, ob. cit., sentencias 129 y 130, pp. 66 y 67.

⁷⁴⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 78 (1981), sec. 2ª, p. 73.

⁷⁴⁹ Sobre este tema se ha planteado la discusión si la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 2332 admite o no suspensión. Véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *La prescripción extintiva*, ob. cit., pp. 417-420; PIZARRO WILSON, Carlos, "Acercas de la suspensión del término de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual", en: Barría, M. (Coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 913-919.

⁷⁵⁰ Véase: PIZARRO WILSON, Carlos, "Prescripción extintiva y libertad contractual, una pareja dispareja", en: Elorriaga, Fabián (Coord.), *Estudios de Derecho Civil XV*, Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp. 545-558.

acortar con la salvedad de que la reducción no sea tan exagerada que en la práctica no se tenga plazo para demandar.⁷⁵¹

La situación en Argentina es similar, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado, en general, la legitimidad de estas cláusulas, fundadas en que “los plazos de prescripción son un equitativo equilibrio entre el interés individual del acreedor a contar con un término razonable para ejercer su derecho y el interés social en no prolongar excesivamente la incertidumbre en las relaciones jurídicas. Por ello no pueden prolongarse: ello chocaría con un interés social. Pero nada impide que el acreedor disponga de su derecho reduciendo el beneficio de un plazo prolongado”.⁷⁵²

En Chile trata el punto Abeliuk, quien, a pesar de considerar el asunto discutible, termina opinando en el mismo sentido de la jurisprudencia y doctrina francesa y argentina, esto es, que las partes no pueden ampliar los plazos de prescripción, pero pueden acortarlos. No los pueden ampliar pues ello sería contrario al orden público, ya que el interés social hace necesario que las relaciones jurídicas se establezcan en plazos que no pueden quedar entregados al arbitrio de los contratantes. Este argumento no juega para el caso contrario (reducir los plazos) y por consiguiente no ve inconvenientes en que ello pueda realizarse. Da como argumento el que el propio código deja entregada a la voluntad de las partes la reducción de los plazos de prescripción, como ocurre con la prescripción del pacto comisorio (artículo 1880) y del pacto de retroventa (artículo 1885).⁷⁵³ En relación con este último argumento, se ve débil, si se considera que el código también en un caso –artículo 1866– permite a las partes contratantes ampliar o restringir el plazo de prescripción de la acción redhibitoria. Rioseco Enríquez tampoco acepta que las partes puedan ampliar los plazos de prescripción.⁷⁵⁴

Borda critica la opinión mayoritaria de la jurisprudencia y doctrina de su país. Señala que “el problema de los plazos de prescripción puede ser presentado como un conflicto entre dos intereses privados (el del deudor y el del acreedor) o bien entre dos intereses de orden público: no prolongar la incertidumbre sobre el ejercicio de los derechos y no coartar ese ejercicio más allá de lo razonable. Los plazos de prescripción son la solución legal de ese conflicto, marcan el justo medio. Todo acortamiento o prolongación

⁷⁵¹ MAZEAUD, *Derecho Civil*. Parte II, Vol. III, N° 1192, pp. 437 y ss.

⁷⁵² BORDA, ob. cit., N° 1160, pp. 111 a 113.

⁷⁵³ ABELIUK, ob. cit., T. II, N° 1233, p. 1005.

⁷⁵⁴ RIOSECO, ob. cit., sentencia 53, pp. 30-31.

afecta el equilibrio del sistema y debe ser repudiado”. En seguida agrega que “la abreviación de los plazos resulta particularmente peligrosa en los contratos de adhesión, en los que una de las partes impone todas las condiciones del contrato, que la otra debe aceptar o rechazar en bloque; de ahí puede derivar una abreviación abusiva de la prescripción”.⁷⁵⁵

En general, la tendencia de la legislación comparada es a no permitir las cláusulas modificatorias de los plazos de prescripción. En ese sentido, por ejemplo, el código peruano en el artículo 2000 es enfático al precisar que “sólo la ley puede fijar plazos de prescripción”; y el código italiano, en su artículo 2936 establece que “es nulo todo pacto dirigido a modificar la disciplina legal de la prescripción”. Tampoco aceptan estas cláusulas el código suizo (artículo 129), el código polaco (artículo 274). En cambio, el código alemán permite acortar los plazos de prescripción (artículo 225).

649.- Prescripción y caducidad. Prescripción extintiva y caducidad guardan semejanza en cuanto en ambas se produce la pérdida de un derecho como consecuencia de la inactividad de su titular durante un determinado plazo. Pero claramente se trata de dos instituciones diferentes. Pedro Lira expresa que “la caducidad abarca todos aquellos plazos legales por cuyo transcurso se produce la extinción de un derecho, de una manera diversa y más enérgica que si estuvieran sometidos a prescripción común”.⁷⁵⁶

“La caducidad de un derecho –dice Weisz– significa que el legislador ha señalado un término final, sin atender a lo que haga el obligado; la existencia del derecho está limitada desde un principio a un plazo prescrito de antemano”.⁷⁵⁷

Una sentencia ha dicho que “la caducidad es la pérdida de la facultad de hacer valer un derecho como consecuencia de la expiración de un plazo fatal”.⁷⁵⁸ Comentando esta sentencia, Emilio Rioseco E. expresa que “lo que da fisonomía a la caducidad es la circunstancia de tratarse de un plazo fatal, generalmente breve, dentro del cual si el derecho no se ejerce se extingue *ipso jure*”. Agrega que “incide, principalmente, en el Derecho procesal

⁷⁵⁵ BORDA, ob. cit., N° 1060, p. 112. En el mismo sentido, MAZEAUD, ob. cit., N° 1192, pp. 437-438.

⁷⁵⁶ LIRA URQUIETA, Pedro, “El concepto jurídico de la caducidad y la prescripción extintiva”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 24 (1927), 1ª parte, p. 144.

⁷⁵⁷ Citado por LIRA, ob. cit., p. 154.

⁷⁵⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 80 (1983), sec. 1ª, p. 34.

(preclusión) y en casos especiales en el Derecho civil (artículos 49, 186, 1885 del Código Civil)".⁷⁵⁹

Es importante precisar que lo que nosotros llamamos caducidad tiene otras denominaciones en la legislación y doctrina extranjeras. Así, el Código Civil italiano la denomina "decadencia" y le destina un capítulo especial (artículos 2964 y siguientes). Jossierand habla de "plazos prefijados". Los nombres son diferentes, pero la idea es la misma: se trata de derechos que se extinguen irremediamente si no se ejercen dentro del plazo fatal fijado por la ley. Al referirse al "plazo prefijado", señala que es tal "el plazo que concede la ley para hacer valer un derecho, para realizar un acto determinado, y que tiene carácter fatal: una vez transcurrido, y ocurra lo que ocurra, el derecho no puede ser ejercitado, el acto no puede ser ya cumplido: el retardatario incurre en una verdadera pérdida; pierde la prerrogativa, la posibilidad que le concedía la ley..."⁷⁶⁰

650.- Caducidad en el Código Civil. La caducidad no está especialmente regulada y desde luego no figura en la enumeración del artículo 1567. Sin embargo, el código contempla casos de acciones que caducan (caducan, no prescriben), como ocurre, por ejemplo, con los plazos para impugnar la paternidad (artículos 212, 214, 216, 217, 218).

Para evitar confusiones es bueno agregar que el Código Civil emplea en varias disposiciones expresiones como "caducidad", "caducan", etc., expresiones que tienen una connotación diferente a la que ahora nos interesa. Ejemplo: en los testamentos privilegiados (artículos 1044, 1046, 1053, etc.).

651.- Diferencias entre prescripción y caducidad. Las principales diferencias que señala la doctrina son las siguientes:

a) La prescripción debe ser alegada (artículo 2493). La caducidad, en cambio, opera por el solo vencimiento del plazo. Esta diferencia es de la mayor importancia. En relación con este aspecto, es importante recordar que se ha sostenido por ciertos autores como excepción a la regla de que la prescripción debe ser alegada, el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil en su redacción antigua, al establecer que "el tribunal denegará la eje-

⁷⁵⁹ RIOSECO, ob. cit., comentarios a sentencia N° 77. Véase también los comentarios a sentencias 78 a 91.

⁷⁶⁰ JOSSEIRAND, Louis, *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, EJEJA, Buenos Aires, 1951, N° 1002, pp. 767-768.

ción si el título presentado tiene más de tres años...". Por ello, afirmaron que no se trataría de un caso de prescripción sino de un caso de caducidad.⁷⁶¹ A consecuencia de la modificación introducida por la Ley N° 21.394 de 2021, la actual redacción del artículo 442 expresa: "El tribunal denegará la ejecución cuando la acción ejecutiva se encuentre prescrita...".

b) Los plazos de caducidad son fijos e invariables. No operan a su respecto los institutos de la interrupción y suspensión de la prescripción.⁷⁶² El código italiano consigna esta idea en forma expresa: "Cuando un derecho debe ejercitarse dentro de un cierto término bajo pena de decadencia, no se aplican las normas relativas a la interrupción de la prescripción. Igualmente no se aplican las normas que se refieren a la suspensión, salvo que esté dispuesta otra cosa" (artículo 2964). Lo mismo el código peruano: "La caducidad no admite interrupción ni suspensión" (artículo 2005).

Consecuencia de lo anterior es que, cuando se invoca un derecho sujeto a caducidad, basta —para que la caducidad no se produzca— que la demanda se presente al tribunal dentro del plazo aun cuando la notificación se realice posteriormente. Somarriva expresa que "cuando de la caducidad se trata, basta el ejercicio del derecho y no se precisa que la demanda sea también notificada dentro del plazo prefijado".⁷⁶³

En el caso de la prescripción la situación es diferente, porque es la notificación de la demanda la que interrumpe civilmente la prescripción (artículo 2503).

c) La prescripción, según hemos visto, no extingue el derecho personal o crédito. Únicamente pone fin a la acción para demandarlo. Ello es así porque en conformidad al artículo 1470 N° 2 las obligaciones civiles prescritas se transforman en naturales. En el caso de la caducidad, es el derecho mismo el que se extingue. En el Código Civil peruano (del año 1984), hay

⁷⁶¹ SOMARRIVA, ob. cit., comentario a sentencia 150, pp. 106-107. Opinión contraria sustenta, como ya lo hemos dicho, RIOSECO, ob. cit., sentencias 77, 78 a 91.

⁷⁶² En este sentido, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 18 (1921), sec. 1ª, p. 23; T. 40 (1943), sec. 1ª, p. 486. Así además la doctrina: JOSSEIRAND, *Derecho Civil*, ob. cit., T. II, Vol. I, N° 1005, p. 769; PESCIO, Victorio, *Manual de Derecho Civil*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1948, T. II, p. 430.

⁷⁶³ SOMARRIVA, ob. cit., comentario a sentencia N° 156, p. 111. En el mismo sentido, BORDA, ob. cit., T. II, N° 1161, pp. 113-114. Así ha sido fallado: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 65 (1968), sec. 1ª, p. 286; T. 44 (1947), sec. 1ª, p. 486.

una norma expresa y absolutamente clara, el artículo 2003: “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”.

d) La prescripción es renunciable (artículo 2494). La caducidad no lo es, porque no está en juego sólo el interés de las partes, sino que hay razones de orden público, que hacen necesario consolidar los derechos en forma definitiva.⁷⁶⁴

⁷⁶⁴ BORDA, ob. cit., T. II, N° 1161, pp. 113-114; JOSSEBRAND, ob. cit. N° 1005, p. 769.

CAPÍTULO QUINTO DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS

652.- Explicación de por qué se trata esta materia al final. Hemos dejado para el final esta materia, pues nos parece que no guarda relación de continuidad con ninguna de las otras tratadas en el texto. Por ello, al no encontrar ningún lugar más adecuado, preferimos hacerlo de este modo. Con ello, por lo menos no se rompe el orden que hemos querido seguir en nuestro estudio.

653.- Generalidades. Es sabido que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todo su patrimonio, excluidos únicamente algunos bienes que, por consideraciones de orden superior, la ley considera inembargables. Es lo que impropriamente se denomina Derecho de Prenda General, y que nuestro Código Civil, consagra en el artículo 2465: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1618”.

Esta disposición debe complementarse con el artículo 2469, según el cual “los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos...”.

En cierto sentido, constituye también un complemento al derecho de prenda general, la norma del artículo 2468, referente a la acción pauliana, en cuanto dicha norma permite que los acreedores puedan solicitar se dejen sin efecto las enajenaciones de bienes que el deudor hubiere hecho fraudu-