

La segunda, obedece al hecho de que mientras el artículo 1557 CC Ch exige la constitución en mora del deudor para que se pueda ejercitar la acción indemnizatoria; el artículo 1489 CC Ch no contempla esa exigencia de forma expresa.

La diferenciación de los requisitos de la resolución y de la indemnización de perjuicios, resulta a la vez relevante a efectos de la discusión sobre el alcance del artículo 1552 CC Ch: como consagración de la excepción de contrato no cumplido o como la expresión del principio de que la mora purga la mora. Dicha cuestión será tratada en el capítulo relativo a la excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, la exigencia de mora como requisito de la resolución del contrato en los fallos anteriormente transcritos estaría dada por la asimilación de los requisitos de ambas acciones, razonamiento que presenta algunos problemas técnicos propios del derecho de la responsabilidad contractual.

III. EFECTOS

En general, a la acción resolutoria es posible atribuirle dos tipos de efectos: extintivo y resolutorio. Debe advertirse que estos efectos carecen de un tratamiento autónomo, pues no hay reglas especiales para ellos⁹²³. En este contexto, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ayudado a configurarlos.

1. Efecto extintivo

El primer efecto que causa la resolución sobre el contrato incumplido, es que este queda extinguido o terminado⁹²⁴. A esta consecuencia de la resolución, se le llama efecto extintivo o liberatorio, y está reconocido en el artículo 1567 CC Ch, que contempla en su numeral noveno, la causal de extinción de las obligaciones emanadas de un contrato: “*por el evento de la condición resolutoria*”. Del tenor de dicha norma, y de la regulación de la

⁹²³ PEÑAILILLO (2012) p. 46, al respecto, sostiene que se ha entendido que los efectos de la resolución se rigen por las normas del efecto resolutorio de la condición una vez cumplida.

⁹²⁴ Esa resolución operará, como hemos visto, por el incumplimiento en el caso de un pacto comisorio calificado atípico con cláusula *ipso facto*, o por la declaración del acreedor en ejercicio del pacto comisorio; o bien por declaración judicial al acogerse la acción resolutoria deducida por el acreedor.

acción resolutoria en el título de las obligaciones condicionales y modales, se ha entendido la resolución del contrato como un modo de extinguir las obligaciones que pone fin al vínculo contractual; así también se expresa la doctrina⁹²⁵. Este efecto cobra aún mayor importancia cuando no ha existido cumplimiento por las partes, y simplemente ya no lo habrá, por efecto de la extinción del contrato.

En el mismo sentido se ha reconocido en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en *Moena con Quidel y otro*, la Corte Suprema señaló que “lo que ocurre una vez declarada la resolución de un contrato es que afloran sus efectos, los que son diversos según la naturaleza de las obligaciones y si éstas fueron o no ejecutadas. Así, la resolución operará como modo de extinguir si aún no se han ejecutado [...]”⁹²⁶.

2. Efecto restitutorio

Además del efecto extintivo o liberatorio del vínculo contractual, la resolución produce efectos restitutorios respecto de las prestaciones ya realizadas por las partes. Dichos efectos restitutorios son, en general, justificados en la retroactividad que tendría la resolución del contrato.

Sin embargo, nuevos postulados doctrinarios resultan críticos acerca de que el efecto restitutorio siempre deba ser retroactivo, recurriendo, como justificación de la restitución, a la destrucción del sinalagma y, en otros casos, a los efectos económicamente nocivos y poco eficientes que resultan de la idea de entender como si, por efecto de la resolución, el contrato nunca hubiese existido.

A continuación, trataremos los dos enfoques existentes respecto del efecto restitutorio de la resolución por incumplimiento, indicando la visión que prima a nivel jurisprudencial.

⁹²⁵ ABELIUK (2008) p. 507. En el mismo sentido, FUEY● (2004) p. 336 indica que la resolución por incumplimiento produce “[...] la liberación del acreedor cumplidor que se frustró en su esperanza de recibir debidamente la prestación que le fue ofrecida”; y por otra parte “como consecuencia incontestable de la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones nacidas de la bilateralidad, se produce el efecto de extinguirse las obligaciones a cargo del deudor incumplidor”.

⁹²⁶ *Moena con Quidel y otro* (2016).

2.1. El efecto retroactivo

Una primera corriente justifica la existencia de las restituciones en el efecto retroactivo de la resolución. Se indica que, en definitiva, la sentencia que declara resuelto el contrato por incumplimiento de unos de los contratantes, reconoce un estado jurídico preexistente, extinguiendo y borrando todas las consecuencias del contrato, obra *ex tunc*, provocando el aniquilamiento del contrato mismo⁹²⁷.

Sin embargo, de la revisión de los artículos que regulan la condición resolutoria en el CC Ch, no resultan del todo claros y absolutos los efectos retroactivos de la condición cumplida⁹²⁸. Por de pronto, el artículo 1487 CC Ch ordena la restitución de lo que se hubiera recibido bajo tal condición, pero, por el contrario, el artículo 1488 CC Ch indica que no se deberán restituir los frutos percibidos en el tiempo intermedio. Por tanto, no resultaría posible extraer con facilidad un principio general de retroactividad de la regulación de los efectos que realiza el Código.

No obstante lo anterior, parece prevalecer la conclusión de la retroactividad, en especial porque, como dice Peñailillo, es bastante cercana a un enunciado de retroactividad, la regla del artículo 1487 CC Ch, que, como vimos, ordena la restitución de lo que se hubiese recibido⁹²⁹.

Por su parte, la jurisprudencia resulta casi unánime en indicar que las restituciones procedentes en caso de resolución de contrato son producto del efecto retroactivo de la misma. Por ejemplo, frente al incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa de un inmueble por parte del promitente comprador, falló la Corte Suprema, en *Freire con Pino*, que, “[...] cabe tener en cuenta que, una vez declarada, la condición resolutoria produce efectos retroactivos, volviendo a las partes al estado jurídico en el que se encontraban previo a contratar, como si no hubiesen convenido ‘salvaguardando los alcances particulares de los contratos de tracto sucesivo’, como expresa el profesor Claro Solar: ‘revocando, borrando todas las consecuencias del contrato’ (‘Explicaciones de Derecho Civil Chileno

⁹²⁷ CLARO (1936) p. 195. En el derecho español, se ha sostenido que “la resolución opera *ex TUNC* y conlleva que las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que cada una hubiere recibido de la otra”. MALO (2016) p. 163.

⁹²⁸ PEÑAILILLO (2012) p. 47.

⁹²⁹ PEÑAILILLO (2012) p. 47.

y Comparado', *Imp. Nascimento*, pág. 195). Pues bien, declarada como ha sido la resolución del contrato celebrado entre quienes ahora litigan, se ha impuesto la necesidad de que las partes queden restituidas al estatus jurídico que tenían antes de convenir [...]⁹³⁰.

En definitiva, jurisprudencialmente parece primar la idea de que las restituciones mutuas son consecuencia del efecto retroactivo de la resolución del contrato; acción frente al incumplimiento que, en palabras de Claro Solar, provoca el aniquilamiento del contrato mismo.

Sin embargo, como veremos a continuación, por la pérdida de la reciprocidad de las prestaciones y la aplicación del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, esta regla ha tenido excepciones en múltiples casos, primando aquellos que han sido calificados como contratos de tracto sucesivo, o bien, en circunstancias en donde la retroactividad de la resolución produce situaciones inequitativas. En estos casos, se predica lógicamente que la resolución solo tendría efectos hacia futuro o *ex nunc*⁹³¹.

⁹³⁰ *Freire con Pino* (2013). En el mismo sentido que el fallo anterior, y citando nuevamente a Claro Solar, ante un caso de resolución por incumplimiento frente a incumplimientos recíprocos de una promesa de compraventa, se ha fallado, en *Miranda con Figueroa* (2015), que “[...] cabe tener en cuenta que una vez declarada la resolución del contrato ésta produce, por regla general, efectos retroactivos, volviendo a las partes al estado jurídico en el que se encontraban previo a contratar, como si no hubiesen convenido, o como expresa el profesor Claro Solar: ‘revocando, borrando todas las consecuencias del contrato, obra, ex tunc, el aniquilamiento del contrato mismo’ (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, *Imp. Nascimento*, pág. 195). Pues bien, declarada la resolución del contrato celebrado entre quienes ahora litigan entre sí, se impone la necesidad de que las partes queden restituidas al status jurídico que tenían antes de convenir. Surgen así, las obligaciones restitutorias entre aquéllas y, en el caso de que se trata corresponde, entonces, que el demandado devuelva la cantidad ya referida pagada como parte del precio acordado”. Casos similares respecto a resolución de contratos de promesa de compraventa de bienes inmuebles son abundantes. En este sentido, se puede revisar también *Galindo con Lara* (2013). También el efecto retroactivo de la resolución ha sido declarado respecto de la resolución de un contrato de compraventa de bienes muebles, frente al incumplimiento por parte del comprador. En ese sentido: *Díaz con Sociedad Comercializadora de Áridos Melo y Yáñez Limitada* (2012).

⁹³¹ A la misma conclusión se llega en el derecho español, en donde el efecto retroactivo no es predicable respecto de las relaciones contractuales duraderas con prestaciones de tracto sucesivo que han sido consumadas, como en los contratos de arrendamiento, de agencia, de comisión mercantil, entre muchos otros. Sobre este punto, véase MALO (2016) p. 164.

2.2. *La liquidación de la relación contractual*

Frente a la posición que estima que las restituciones mutuas son consecuencia del efecto retroactivo de la resolución, se puede sostener que las restituciones son mejor comprendidas desde el principio general que prohíbe el enriquecimiento injustificado. Esta última posición, que ha sido escasamente desarrollada en nuestro medio, se plantea más acorde a la resolución entendida como una acción frente al incumplimiento; permitiendo explicar la vigencia de ciertas cláusulas contractuales que las partes introdujeron precisamente previendo la ruptura del contrato; y, al mismo tiempo, restringir el desequilibrio generalizado en las restituciones. Por tanto, se puede sostener que, a causa de la resolución (que extingue al contrato) se generaría una situación que exige la liquidación económica del mismo y en base a ella, si corresponde, de restitución de las prestaciones realizadas.

En este sentido, la restricción al efecto retroactivo de la resolución ha venido de la mano de casos en donde se mantienen algunas consecuencias post-contractuales del contrato resuelto (cobro de cláusulas penales y otras); otros casos en donde la restitución se ordena desde la destrucción del equilibrio contractual o sinalagma (usualmente en los contratos de tracto sucesivo); y finalmente, cuando la retroactividad produce un enriquecimiento sin causa. Revisaremos a continuación lo anterior.

En primer lugar, entender que la resolución provoca el aniquilamiento del contrato, conllevaría -erróneamente- la ineficacia de determinadas cláusulas contractuales que estipulan las partes con el objeto de regular los conflictos que pudieran surgir con la ejecución del mismo. A modo de ejemplo, la cláusula que otorga competencia a un árbitro para conocer las dificultades emanadas del vínculo contractual⁹³², o el cobro de una cláusula penal establecida por las partes como valuación anticipada de los perjuicios ocasionados precisamente a causa del incumplimiento del contrato. En estos y otros casos, siguiendo el postulado retroactivo y de la supuesta “aniquilación del contrato”, sería contradictorio estimar que, junto con la resolución del contrato, sería posible hacer valer la cláusula penal y/o la cláusula arbitral establecida por las partes.

Pues bien, nuestros tribunales superiores de justicia han tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos de resolución y cobro de cláusulas penales.

⁹³² BÉCAR (2010) p. 143.

Tratándose de un contrato de compraventa, donde además se exigía el pago de la cláusula penal establecida por las partes, en *Palacios con Inversiones Pingueral Ltda.*, la Corte Suprema falló estimando “[...] que tal aspecto ha sido correctamente resuelto por los jueces del fondo, al señalar acertadamente que en la especie no se trata de la nulidad del contrato, sino de su resolución como consecuencia del incumplimiento de obligaciones válidamente contraídas, por lo que existe plena complementariedad entre la resolución dispuesta y la multa solicitada y ordenada pagar, al descansar ambas sobre la misma hipótesis que ha sido debidamente acreditada, la infracción de los deberes emanados del contrato por parte de la promitente vendedora”⁹³³. En consecuencia, entendiendo que, tal como indica el razonamiento transcrito, no existiría equivalencia entre la nulidad del contrato y la resolución como consecuencia del incumplimiento de obligaciones válidamente contraídas, no existe incompatibilidad entre solicitar la resolución del contrato y el cobro de la cláusula penal válidamente establecida, limitando los efectos retroactivos de la resolución y del supuesto aniquilamiento del contrato.

Sin embargo, el principal punto de controversia del efecto retroactivo de la resolución recae en las restituciones mutuas. Una parte de la doctrina ha propuesto que no resulta posible hablar de retroactividad al acoger una demanda de resolución del contrato, sino que el fundamento de las restituciones es el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa y no necesariamente una exigencia de retroactividad⁹³⁴. Por ello, se ha indicado que, en definitiva, cuando un contrato es declarado resuelto, dicha resolución opera solo hacia el futuro (*ex nunc*), liberando a las partes de sus obligaciones, al extinguirse la obligatoriedad del mismo, quedando pendiente la liquidación económica del contrato por vía de las restituciones⁹³⁵.

⁹³³ *Palacios con Inversiones Pingueral Ltda.* (2014). En el mismo sentido, e indicando que la pervivencia de la cláusula penal desmiente el efecto retroactivo de la misma, *Moena con Quidel y otro.* (2016). Analizando este punto, se discute la relación necesaria que debe existir entre las restituciones mutuas y el cobro de la multa, en especial, cuando la cláusula penal ha sido establecida como evaluación anticipada de todos los perjuicios derivados del incumplimiento. Así se indica que, por aplicación del principio de no acumulación de la pena y la prestación principal, debería descontarse de la evaluación económica anticipada de los perjuicios aquella que equivale al valor de la prestación. En dicho sentido, MEJÍAS (2016) pp. 299-300.

⁹³⁴ MEJÍAS (2016) p. 315.

⁹³⁵ PIZARRO (2010) p. 460.

Dicha concepción (liquidación económica del contrato) ha sido utilizada por la Corte Suprema. Así, frente a una demanda de resolución de un contrato de arrendamiento y cobro de cláusula penal, en *Moena con Quidel y otro* la Corte resolvió que “*lo que ocurre una vez declarada la resolución de un contrato es que afloran sus efectos, los que son diversos según la naturaleza de las obligaciones y si éstas fueron o no ejecutadas. Así la resolución operará como modo de extinguir si aún no se han ejecutado, como ocurre con aquella incumplida del demandante, pero respecto de otras procede la restitución, es en la especie el caso del precio, logrando así una necesaria liquidación económica del contrato*”⁹³⁶.

Dicha sentencia, a la vez que utiliza el término de liquidación económica del contrato, enfatiza la importancia de la reciprocidad como regla que disciplina las restituciones mutuas derivadas de la resolución. Frente al incumplimiento del demandado arrendador al no entregar la cosa objeto del contrato de arrendamiento, procede que este restituya el precio como efecto del término del contrato. En ese sentido, la Corte indicó que “*lo relevante es determinar cuándo comienza el período a partir del cual deben aplicarse las restituciones. Mientras perdure la reciprocidad, no hay lugar a restitución alguna, pero una vez quebrada procede aplicarla. [...] El arrendador, conforme está acreditado, nunca cumplió con su obligación de entrega de la cosa; es decir el incumplimiento fue al inicio y por toda la vida del contrato, nada puede reclamar entonces como prestación recíproca, debiendo restituir el precio como efecto del término del contrato, pues nada dio a cambio, rompiendo el sinalagma*”⁹³⁷. En ese caso, no sería necesario recurrir a las reglas de los contratos de tracto sucesivo, si se considera que no hubo cumplimientos sucesivos de las partes, sino que simplemente revisar cuándo existió el quiebre del equilibrio contractual, a causa del incumplimiento de una de ellas, y a partir de allí, disponer el efecto restitutorio, que en el caso fallado fue desde el origen contractual.

Según esta perspectiva de análisis, el fundamento de las restituciones mutuas está dado por la reciprocidad de las prestaciones existente en todo contrato bilateral y por la proscripción del enriquecimiento injustificado. Dicho concepto de reciprocidad de las prestaciones, en relación al sinalagma

⁹³⁶ *Moena con Quidel y otro* (2016). Fallo redactado por el abogado integrante Carlos Pizarro Wilson.

⁹³⁷ *Moena con Quidel y otro* (2016).

contractual, permite criticar fallos donde se conceden restituciones por rompimiento de la reciprocidad, pero se pasa por alto que estas provocan un enriquecimiento injustificado al no otorgarse de manera equitativa. Sucede lo anterior si, a modo simplemente enunciativo, se ordena la restitución del precio del contrato de compraventa por la resolución del mismo, pero no se compele al comprador, quien solicitó la resolución, a que restituya la especie mueble objeto del mismo contrato. El enriquecimiento injustificado del acreedor demandante es notorio: conserva el bien objeto del contrato y es restituido respecto del precio pagado por el mismo⁹³⁸.

Si bien, el concepto de liquidación económica del contrato no es utilizado mayoritariamente por nuestra jurisprudencia⁹³⁹, primando la visión del efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento, sí permite explicar apropiadamente determinadas situaciones que no resultan enteramente justificadas desde la retroactividad, y que son resueltas con mayor equidad por esta regla de liquidación contractual con base en el sinalagma, que analiza la destrucción del equilibrio contractual que se produce cuando una prestación no es correspondida patrimonialmente.

Una aplicación concreta de este razonamiento aparece cuando se recurre al principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, al que también se acude como freno al supuesto efecto retroactivo de la resolución del contrato. La Corte Suprema, en el caso *Pesquera Alcar S.A. con Universidad Católica del Norte*, utilizó ese planteamiento para resolver que “[...] finalmente, la atenta lectura del fallo impugnado es demostrativa del camino de razonamiento seguido por los sentenciadores para desechar la restitución del precio pedida por la demandante y en la que ahora insiste al recurrir de casación. Concretamente, los magistrados de la instancia se inclinaron por este rechazo teniendo en cuenta que, además de no haber resultado acreditado que el precio se hubiera enterado a cabalidad, el estado de avance en la prestación de los servicios convenidos –cumplida en gran

⁹³⁸ Un caso de este tipo, se puede observar en *González con Comercializadora S.A.* (2014). Si bien el fallo parece confundir los conceptos de indemnización por daño emergente y las restituciones producto de la resolución del contrato, en definitiva, el efecto es el mismo. El acreedor conserva la cosa “comprada” y es restituido respecto del precio pagado.

⁹³⁹ En contratos de construcción es usual que se pacten cláusulas que regulan los “efectos económicos de la terminación anticipada”, que, en cierta medida, se asimilan a la idea que está detrás del concepto de liquidación económica del contrato. En dicho sentido, ver, en sede arbitral, *Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago* (2012f).

parte—, habría significado que el mentado reintegro a favor de la actora importara su enriquecimiento sin causa”⁹⁴⁰.

En definitiva, la necesidad de disminuir los costos que supone la celebración de contratos y su —posible— incumplimiento, así como la necesaria protección de terceros ajenos al vínculo contractual, sumado a la inevitable dificultad intrínseca que supone la aplicación de la retroactividad, han llevado a prácticas jurisprudenciales que deniegan implícitamente el carácter retroactivo de la resolución; y que, extremando los términos, se acercan a una liquidación económica del contrato.

Dicha cuestión no resulta ajena al derecho comparado, en donde —por la escasa fe y las dificultades que provoca la aplicación del principio retroactivo— los jueces compensan la indemnización con la obligación de restitución, lo que implica en definitiva volver al *statu quo ante*⁹⁴¹.

En nuestro país, es ejemplo de lo aquí tratado, el caso *Constructora Monteverde Ltda. con I. Municipalidad de La Ligua*, en donde, frente a una demanda de resolución de un contrato de ejecución de una obra, y ante el incumplimiento de la municipalidad mandante al no tramitar la obtención de determinados permisos administrativos, la Corte Suprema, acogiendo la demanda de resolución y pronunciándose sobre las restituciones mutuas, resolvió, que “[...] En otras palabras, la parte incumplidora deberá satisfacer sus obligaciones, en naturaleza o por equivalencia, no obstante que se declare resuelto el contrato, por cuanto no se pueden comprometer los derechos de terceros, debiendo aplicar las disposiciones que mejor resguarden los intereses de todos los posibles afectados, lo cual en el caso de autos es dejar indemne al actor y a los terceros, recayendo la obligación de pagar las mayores obras ejecutadas por la Municipalidad que las aprobó y estaba en conocimiento que se requería efectuarlas”⁹⁴². Como se puede apreciar, la Corte desestimó la procedencia de las restituciones mutuas en razón de que, en definitiva, y protegiendo los intereses de terceros beneficiados por las obras ya realizadas, resultaba más eficiente considerar como daño indemnizable el costo de realización de dichas obras.

Una situación similar es posible observar en otro caso fallado por la Corte Suprema, relacionado al incumplimiento de un contrato de construcción de

⁹⁴⁰ *Pesquera Alcar S.A. con Universidad Católica del Norte* (2012).

⁹⁴¹ PALAZÓN (2014) p. 163.

⁹⁴² *Constructora Monteverde Ltda. Con I. Municipalidad de La Ligua* (2013).

una vivienda consistente en un desperfecto en las instalaciones eléctricas, en donde se resolvió el contrato y ordenó indemnizar un determinado monto, todo lo anterior, “*sin perjuicio de las restituciones que procedan entre las partes a raíz de la resolución de contrato que ha sido declarada*”⁹⁴³.

La revisión de los fallos recién descritos permite comprender que, si bien el principio de la retroactividad prima a nivel jurisprudencial como efecto de la resolución y fundamento de las restituciones, aquello no obsta a que, en determinados casos, este no se aplique en toda su extensión y pureza, resultando los efectos de la resolución mejor comprendidos como una liquidación económica del vínculo contractual. De dicha concepción se deriva la relación fundamental que existe entre restituciones mutuas e indemnización de perjuicios⁹⁴⁴, cuestión que trataremos en extenso en el siguiente capítulo.

Por último, no resulta menos relevante mencionar que en el Derecho Uniforme, el principio que parece primar es el de la no retroactividad de los efectos de la resolución. Así, en la CISG, sección V, relativa a los efectos de la resolución, se expresa en el artículo 81 que “*la resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución*”. Asimismo, en el numeral 2° de dicho

⁹⁴³ Dicho caso corresponde a *Lucero con Same Madrid y Madrid y Compañía Limitada* (2013), en el que, al igual que en el anterior, gran parte del problema que conlleva la regla de la retroactividad está dada por la imposibilidad de restituir ciertas prestaciones. El trasfondo de dicho fallo es que, en definitiva, si bien el incumplimiento del deudor reviste la gravedad necesaria para resolver el contrato, resulta más eficiente para las partes que el acreedor conserve las prestaciones realizadas por el deudor incumplidor; y que, por otro lado, este conserve el precio pagado por dichas prestaciones e indemnice el menor valor que significa que la vivienda construida tenga dicho desperfecto; y que, de paso, resulta suficiente para repararla. Así, pareciera que detrás del razonamiento de la Corte, existe un fuerte argumento de eficiencia económica y de protección de los intereses de las partes.

⁹⁴⁴ La Corte Suprema se ha pronunciado en forma enfática sobre la diferencia existente entre las restituciones mutuas derivadas de la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios que puede ser concedida junto a dicha resolución. En dicho sentido, se ha indicado en *Miranda con Figueroa* (2015), que “[...] *la restitución del precio pagado por la actora no constituye una indemnización de perjuicios, sino sólo el derecho que tiene dicha parte a ser restituida al status jurídico que tenía antes de convenir, tal como ordena el artículo 1487*”.

artículo, se regulan las restituciones derivadas de la resolución, haciendo especial énfasis en que la resolución deberá hacerse en forma simultánea y prevaleciendo la necesaria reciprocidad de dichas restituciones. Expresa dicho numeral: “*la parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente*”⁹⁴⁵.

Situación similar se observa en los PECL, en donde, además de regular en términos similares a la CISG, que la resolución no afectará las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a los derechos y obligaciones que se hubieran generado hasta el momento de la resolución⁹⁴⁶, se expresa, en su artículo 9:309, que si una parte hubiera llevado a cabo una prestación que no pueda devolverse, y por la que no hubiera recibido pago u otra contraprestación, tiene derecho a recibir un importe razonable acorde con el valor de la prestación. Es decir, se regula una especie de restitución por equivalencia; lo que, una vez más, nos lleva a la estrecha relación entre resolución e indemnización de daños.

En definitiva, aun cuando los tribunales recurren al efecto retroactivo para fundar las restituciones mutuas generadas por la resolución, ellos limitan la retroactividad para dar pleno vigor a la intención de las partes en la aplicación y cobro de las cláusulas penales y otras debidamente acordadas. En otros casos, se limita el efecto retroactivo al momento del quiebre del equilibrio contractual (que coincidirá con el incumplimiento del deudor en los contratos de tracto sucesivo); y finalmente, cuando darle vigor a la retroactividad atentaría contra el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

3. Efecto respecto de terceros

El efecto de la resolución respecto de terceros se debe analizar, en razón de la ubicación del artículo 1489 CC Ch, a propósito de las obligaciones condicionales⁹⁴⁷. El remedio resolutorio aparece tratado en el citado artículo a propósito de aquellas, lo que se vincula, como ya indicamos, directamente

⁹⁴⁵ Artículo 81 CISG.

⁹⁴⁶ Artículo 9:305 PECL.

⁹⁴⁷ FUEYO (2004) p. 298.

con su efecto restitutorio o retroactivo. Con todo, respecto a los terceros, el CC Ch establece un límite al efecto retroactivo de la resolución en los artículos 1490 y 1491 CC Ch, los que analizan, esencialmente, el conocimiento del tercero sobre la condición pendiente. Así, los efectos de la resolución respecto de terceros se construyen de un balance entre el efecto retroactivo de la resolución y la protección de la confianza del tercero que ha adquirido la cosa⁹⁴⁸. Ahora bien, la justificación del límite al efecto retroactivo no es pacífica. Para algunos autores, la regulación del asunto ha merecido decir que “nuestro Código cuenta entre sus grandes méritos que, salvo algunos ripsos de menor cuantía, se caracteriza por la excelente redacción de sus disposiciones, pero tal cualidad la perdió en los arts. 1490 y 1491, que pasamos a estudiar. A través de los distintos Proyectos del Código se notan las vacilaciones de Bello entre la aplicación lisa y llana de la retroactividad, solución que dio en un comienzo de su tarea, y la protección de los intereses de los terceros”⁹⁴⁹. Por otra parte, otros autores ven con sospecha que el efecto retroactivo de la resolución afecte a terceros, pues ello dificulta el tráfico comercial⁹⁵⁰.

Los artículos 1490 y 1491 CC Ch establecen que, solo cumpliéndose ciertos requisitos, tendrá derecho el demandante a dirigirse contra un tercero que actualmente sea dueño o poseedor del bien sobre el que ha tratado el contrato incumplido. El asunto consiste en determinar cuándo, fruto de la resolución, una parte puede reivindicar contra un tercero la cosa que se ha enajenado con justificación en el contrato incumplido. En este sentido, el acreedor condicional tiene derecho a reivindicarla en contra del adquirente, porque por la resolución, el dominio o posesión del deudor condicional vuelve a él como si nunca hubiera dejado de tenerlo⁹⁵¹. Para determinar la procedencia de la acción contra el tercero, el CC Ch distingue entre bienes muebles e inmuebles.

Respecto a los bienes muebles, el artículo 1490 CC Ch señala que, si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe. La norma en cuestión supone una remisión al

⁹⁴⁸ PEÑAILILLO (2003) p. 453.

⁹⁴⁹ ABELJUK (2008) p. 539.

⁹⁵⁰ MEJÍAS (2016) pp. 288-294.

⁹⁵¹ ABELJUK (2008) p. 541.

artículo 706 CC Ch, que define qué es la buena fe posesoria, siendo especialmente relevante la relativo a los títulos translaticios de dominio. Así, si el tercero tiene la consciencia de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad para enajenarla, y de que no hubiese mediado fraude o vicio en el contrato, no procederá la acción reivindicatoria contra el tercero; los efectos de la resolución no le afectarán.

Luego, el artículo 1491 del CC Ch señala que el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o 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. Pese a que la norma no lo señale expresamente, el requisito de que la “condición conste en el título” se relaciona con la buena fe del tercero adquirente. El tercero no debía conocer la condición. Respecto al requisito de que dicha “condición” conste en el título, existe una antigua discusión que, empero, ha sido solucionada por la doctrina. En efecto, la pregunta versaba sobre si la condición debía contar expresamente o si podía estar implícita como un elemento de la naturaleza⁹⁵². De seguir la primera postura, solo las condiciones ordinarias y el pacto comisorio calificado darían derecho al acreedor para dirigirse contra el tercero. En cambio, si se acepta la segunda posición, la condición resolutoria tácita podría calificar como una que permite dirigirse contra un tercero. Hoy, la doctrina señala que no existen dudas: la condición resolutoria tácita cabe dentro del artículo 1491 del CC Ch⁹⁵³.

Finalmente, respecto de los inmuebles, una de las cuestiones que han sido discutidas es si la condición debe constar en el título o en la inscripción. Al respecto, Peñailillo señala que basta con que conste en el título⁹⁵⁴.

De esta manera, la posibilidad de que la resolución afecte al tercero gira sobre si este conoció o no la condición. Como explica Mejías, el CC Ch permite privar del efecto de la resolución solo a aquellas enajenaciones en las que el adquirente sabía o debía saber el derecho resoluble de su causante, es decir, vincula la adquisición a la buena fe subjetiva para determinar si esta se consolida⁹⁵⁵. Por el contrario, una regla general que no evalúa la

⁹⁵² ABELIUK (2008) p. 545.

⁹⁵³ ABELIUK (2008) p. 545; MEJÍAS (2016) p. 290.

⁹⁵⁴ PEÑAILILLO (2003) p. 466.

⁹⁵⁵ MEJÍAS (2016) p. 288.

buena fe del tercero, es la regla de reivindicación dentro de los efectos de la nulidad (art. 1689 CC Ch).

Ahora bien, una de las cuestiones discutidas sobre la regulación del efecto resolutorio respecto de terceros es cómo se prueba y califica la mala fe del tercero, sobre todo si la buena fe se presume (art. 707 CC Ch). Para algunos, la mala fe se probaría analizando si el adquirente empleo una diligencia media al intentar informarse sobre la existencia de una condición o plazo pendiente⁹⁵⁶; cuestión que podría tener sentido en tanto es difícil probar una consciencia de ilicitud, es decir, una mala fe subjetiva. Con todo, el asunto es resistido por parte de la doctrina pues mala fe y negligencia denotan cuestiones distintas⁹⁵⁷.

Luego, la pregunta que surge es si la sola constancia de la condición en el título prueba la mala fe del tercero. La respuesta no es pacífica, puesto que parte de la doctrina clásica opina que “el hecho de constar la condición no implica que realmente la haya conocido realmente el tercero poseedor”, mientras que la jurisprudencia reciente se ha mostrado reticente a aceptar dicha postura⁹⁵⁸. En efecto, en *Inmobiliaria Piamonte Lobos con Central Hidroeléctrica El Melado*, acogiendo un recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema señaló que “*el artículo 1491 del Código Civil establece que en el evento que quien deba un inmueble bajo condición lo enajene no podrá resolverse la enajenación sino cuando la condición constaba en el título respectivo. Es la especie, la sociedad adquirente y demandada de reivindicación no podía sino conocer la condición resolutoria en atención a que el pago del precio se encontraba aún pendiente al momento de efectuarse el aporte en sociedad del inmueble reivindicado. Se cumple así con el supuesto previsto en la norma del artículo 1491 del Código Civil. Debiera, en consecuencia, accederse a la restitución del inmueble por la vía de la acción reivindicatoria, dado que al resolverse la compraventa celebrada entre el demandante y la sociedad Inmobiliaria e Inversiones El Melado S.A., el primero queda habilitado si constaba la condición a ejercer la acción reivindicatoria (sic) contra el tercero poseedor inscrito*”⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ FUEYO (1958) p. 141; PEÑAILILLO (2003) pp. 455-462.

⁹⁵⁷ MEJÍAS (2016) p. 291.

⁹⁵⁸ ABELIUK (2008) p. 547.

⁹⁵⁹ *Inmobiliaria Piamonte Lobos con Central Hidroeléctrica El Melado* (2016).

Pese a que el requisito de “constancia en el título” lo exige el artículo 1491 CC Ch respecto de la enajenación de bienes inmuebles, la Corte Suprema ha empleado este requisito como un criterio evaluativo de la buena fe posesoria al tratar disputas sobre el efecto resolutorio contra terceros, sobre bienes muebles. Esto ha ocurrido específicamente en contratos de compraventa de acciones. Con todo, la posición de la Corte Suprema no ha sido clara, pues en ocasiones ha señalado que la constancia de la condición en el título basta para probar la mala fe del tercero, mientras que en otras ha concluido lo contrario. Así, en *Pedro Martínez con Rosa Zúñiga*, la Corte Suprema señaló que “atendidos los términos en que adquirió la demandada señora Zúñiga, ninguno de ellos puede alegar desconocimiento acerca de la existencia de la condición resolutoria pendiente envuelta en el contrato de compraventa celebrado el 15 de abril de 2004. Surge, entonces, para el demandado señor Ringle –en su carácter de tercer adquirente en virtud del contrato celebrado con fecha 12 de julio de 2006–, la extinción de su derecho de propiedad de las acciones adquiridas y el deber de restituirlas pues, como se viene diciendo, del tenor en que se pactó la obligación de pagar el precio por las acciones adquiridas su causante, queda de manifiesto que no pudo menos que saber que pendía la condición resolutoria correspondiente”⁹⁶⁰. En contra de esta afirmación, en *Octavio Córdova con Standard Gold* la Corte Suprema, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, ratificó que “la demandada Standard Gold S.A., incurrió en el incumplimiento contractual invocado, al no pagar los saldos de precios adeudados, resolvieron acoger la acción resolutoria ejercida. Respecto de la reivindicación resuelven su rechazo, en atención a lo dispuesto por los artículos 1876 y 1491 del Código Civil, al estimar que para que el actor pueda reivindicar contra la demandada Callsir International S.A. debió probar que ésta había perdido la buena fe, la que conforme a la ley se presume, lo que no aconteció en la especie”⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ *Martínez con Zúñiga* (2010), sentencia citada por MEJÍAS (2016) p. 293.

⁹⁶¹ *Córdova con Gold* (2010), sentencia citada por MEJÍAS (2016) p. 292.