

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES¹

PRIMERA PARTE: CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Sumario:

- 1.- NOCIONES PRELIMINARES.
 - 1.1. Etimología y evolución del concepto de obligación.
 - 1.2. Derecho personal y obligación.
 - 1.3. Definición de obligación.
 - 1.4. Elementos de toda obligación.
- 2.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.
 - 2.1. Definición.
 - 2.2. Fuentes tradicionales.
 - 2.3. Fuentes no tradicionales.
 - 2.4. Críticas a la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones.
- 3.- CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES.
 - 3.1. Según su objeto.
 - 3.2. Según el sujeto.
 - 3.3. Según sus efectos.
- 4.- LAS OBLIGACIONES NATURALES.
 - 4.1. Concepto.
 - 4.2. Casos de obligaciones naturales.
 - 4.3. Efectos de las obligaciones naturales.
 - 4.4. Otros casos de obligaciones naturales.
- 5.- OBLIGACIONES SUJETAS A MODALIDAD.
 - 5.1. Generalidades.
 - 5.2. Las obligaciones condicionales.
 - 5.3. Las obligaciones a plazo.
 - 5.4. Las obligaciones modales.
- 6.- OBLIGACIONES DE ESPECIE O CUERPO CIERTO Y DE GÉNERO.
 - 6.1. Obligaciones de especie o cuerpo cierto.
 - 6.2. Obligaciones de género.
- 7.- OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE OBJETO.
 - 7.1. Obligaciones de simple objeto múltiple.
 - 7.2. Obligaciones alternativas.
 - 7.3. Obligaciones facultativas.
- 8.- OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS.
 - 8.1. Introducción.
 - 8.2. Obligaciones simplemente conjuntas.

¹ Fecha de la última modificación: 27 de enero de 2020.

- 8.3. Obligaciones solidarias.
- 8.4. Obligaciones indivisibles.

1.- NOCIONES PRELIMINARES.

1.1. Etimología y evolución del concepto de obligación.

Obligar proviene del latín *obligatio* y de ella *ob-ligare*. La partícula *ob*, significa "alrededor", "en torno", "a causa de", mientras que *ligare* significa atar, amarrar, encadenar, ligar. Ello, porque en la primera época del Derecho de la antigüedad, el deudor que no pagaba su deuda era amarrado o encadenado, a petición del acreedor, hasta que cumpliera su obligación. El deudor –refiere Boffi Boggero-, atado por el vínculo, era considerado como un criminal. Era una época en la que la falta de cumplimiento de la obligación era castigada cruelmente. La voz *nexum* proviene de *nectere*, que significa también anudar, pues se anudaban cuerdas o cadenas en el cuerpo del mal pagador.

En las civilizaciones más antiguas, como las que nacen en la parte oriental de la cuenca del Mediterráneo y en el norte de África, el deudor, usualmente, no comprometía su persona, sino que sus bienes. Sin embargo, con el tiempo, la condición del deudor se fue haciendo más compleja. Lo mismo puede observarse entre los pueblos que provenían de los indoeuropeos que se fueron asentando en la actual Europa occidental, en los que el tratamiento dado al deudor incumplidor fue más riguroso, pues su responsabilidad no sólo era patrimonial, sino que también corporal.

En el antiguo Egipto, según se refiere en "Los ocho Libros de Tot Trismegisto", el deudor daba seguridades sobre su hacienda, es decir sobre sus bienes, y jamás sobre su persona. Se refiere que Asiquis ideó un medio muy singular para obligar al deudor a cumplir con su obligación, que consistía en dar en prenda, como garantía de lo que tomaba prestado, el cadáver de su padre. Esto representaba un enorme compromiso para el deudor, tratándose de un pueblo donde era tan venerada la religión de los muertos.²

Entre los hititas, el deudor que no pagaba debía saldar su deuda trabajando para su acreedor, pero sin que por ello se transformara en su esclavo: "Al hombre libre que estaba pasando por la humillación de servir a quien había debido una cantidad de dinero, le quedaba la opción de solicitar que se le 'permitiera vivir' con la llegada del Año Nuevo. Esto significaba que el deudor contaba con una persona, por lo general un

² Cantú, César, *Historia Universal*, Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Sopena Argentina S.A., 8ª edición, 1965, p. 228.

familiar, que le iba a sustituir todo el tiempo que faltaba. Por eso el acreedor no le negaba la libertad, siempre que el cambio le interesara”.³

En la región de Mesopotamia, el Rey Shulgi (de la tercera dinastía de Ur, la legendaria ciudad sumeria ubicada en la desembocadura del río Éufrates, 2328-2220 a.C.), dicta un Código que incluye normas acerca de los deudores. En él, la protección de los bienes prima sobre la protección a las personas, y la servidumbre por deudas se aplica con rigor, incluso sobre la mujer y la prole del deudor. El Rey, sin embargo, trata de suprimirla mediante la organización de un crédito estatal.⁴

En el célebre Código de Hamurabi, Rey de Babilonia (2003-1916 a.C.), se permite que el deudor comprometa como garantía para su acreedor, la renta de la tierra, lo que trae consigo una ampliación continua del crédito, base del comercio. Se facilita el préstamo, gracias a la facultad concedida al deudor de liberarse mediante una dación en pago. El Estado, para impedir la usura, impone el registro de los contratos de préstamo; la tasa de interés baja al 33% y en las transacciones comerciales al 20%, e incluso aquél otorga cantidades en préstamo al 12,5% de interés.⁵ En éste Código, se expresa en su acápite 115: “Si un hombre encarcela a otro por deuda, y éste muere en casa del acreedor, no hay razón de más disputa”. Es decir, la viuda y los hijos ya no responden, entendiéndose extinguida la deuda. Se expresa también una curiosa norma, para el caso de que la mujer incurriera en adulterio: el marido tenía ciertos derechos sobre la mujer, como el de reducirla a servidumbre en casa de un acreedor exigente, como castigo a la infidelidad.⁶

Entre los pueblos indoeuropeos, en cambio, el trato dado a los deudores incumplidores era más cruel. En el caso de los arios, por ejemplo, el deudor era atado a una columna y de aquella terrible situación sólo lo libraba el pago, realizado por mandato de él o por un tercero. Mientras tanto, permanecía día y noche expuesto a las inclemencias del tiempo e incluso a los castigos que el acreedor podía inferirle con una vara. Básicamente, la idea consistía en que el deudor digno de rescate sería, en caso de no tener medios propios, liberado por quienes se solidarizaran con él. El indigno, pasaría por angustiosos momentos de hambre y sed. Incluso, después de muerto, el implacable acreedor extendía su mano para exigir el pago y permitir la sepultación del infausto deudor.⁷

³ Carter Scott, *Los Hititas*, Madrid, Edimat Libros S.A., 2003, p. 128.

⁴ Pirenne, Jacques, *Historia Universal. Las grandes corrientes de la Historia*, Barcelona, Editorial Éxito S.A., 1959, pp. 30 y 31.

⁵ Pirenne, Jacques, ob. cit., pp. 32-34.

⁶ *La Antigüedad: Egipto y Oriente Medio*, Barcelona, Salvat Editores S.A., dirección editorial Francesc Navarro, pp. 90-92.

⁷ Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, Nº 13, p. 22.

En el caso de Grecia, el problema de las deudas que pesaban sobre la población, llevó al legendario legislador Solón a promulgar, en el siglo VI a.C., la llamada "Sisactía" ("sacudir las cargas o deudas"), conjunto de leyes destinadas a corregir o al menos aliviar la servidumbre y esclavitud en la que muchos se hallaban en razón de sus deudas. Con ello, se evitó una posible guerra civil y se instauró un nuevo pacto entre el *demos* (el pueblo) y los sectores de la aristocracia. En efecto, antes de esta reforma legal, la condición de los deudores era muy apremiante. Quienes no podían pagar sus obligaciones, debían entregar sus tierras a sus acreedores, transformándose los primeros en siervos que cultivaban lo que antes les pertenecía, y obligándose además a entregar a sus acreedores la sexta parte de lo que produjeran. Los deudores que no podían pagar, eran finalmente transformados en esclavos. Lo mismo ocurría si el deudor había garantizado el pago con su libertad personal. Las leyes de la Sisactía dejaron sin efecto las deudas vigentes o en opinión de otros al menos aminoraron los intereses que aquellas devengaban. Los deudores anteriormente esclavizados quedaron liberados, reintegrándoseles sus tierras y prohibiéndose el uso de la libertad personal como garantía por las deudas futuras.

El Derecho romano primitivo establecía también un modo de ejecución sobre la persona del deudor, la "*legis actio per manum iniectionem*". Como refiere Guzmán Brito, operaba respecto de deudas por las cuales el deudor resultó condenado o aquellas que reconoció ante el magistrado. La deuda debía consistir en dinero. El procedimiento ya es conocido por la Ley de las XII Tablas. Se expresaba en ésta, en alusión al deudor: "Cíteselo ante el tribunal. Si no comparece, busca testigos y oblígalo. Si comparece y quiere escapar, échale mano. Si no puede comparecer por su edad o sus enfermedades, préstale un caballo, pero nunca una litera. Responde el rico por el rico; por el proletario, cualquiera. Confesada la deuda, pronunciada la sentencia, se le darán treinta días de plazo. Transcurrido éste, cójasele y condúzcasele a la presencia del juez. El tribunal se cierra a la puesta del sol. Si no cumple la sentencia, si nadie responde por él, el acreedor se lo llevará y lo atará con correas o con cadenas que pesen quince libras; menos de quince a discreción del acreedor. El prisionero vivirá de lo suyo. Si no, désele una libra de harina o más. Si no hay avenencia, retenedlo sesenta días en prisión; sin embargo, presentadlo en justicia durante tres días de mercado, y publicad allí el importe de la deuda. Al tercer día de mercado, si hay varios acreedores, éstos cortarán el cuerpo del deudor. Si el pedazo resulta mayor o menor, no son responsables de ello. Si quieren pueden venderlo al extranjero del otro lado del Tíber".⁸

⁸ Boffi Boggero, Luis María, ob. cit., Tomo 1, pp. 23 y 24.

La citada Ley de las XII Tablas, como se ha señalado, concedía al deudor un plazo de 30 días para pagar o extinguir la deuda de otro modo. Si no lo hacía, el acreedor podía iniciar la acción, para lo cual debe citar o conducir al ejecutado in iure y, aprehendiéndolo con su mano, recitar la siguiente fórmula: "Puesto que tú fuiste juzgado a pagar 10.000 sestercios, y no me has pagado, por este asunto yo pongo la mano sobre ti por un juicio de 10.000 sestercios". La *manus inectio* supone, de esta manera, una responsabilidad personal en el más estricto sentido de la palabra, es decir, una afectación del propio cuerpo del deudor al pago de la deuda, que se simboliza con la postura de la mano. El ejecutado no podía apartar de sí la mano, esto es, oponerse a la ejecución. Si el magistrado consideraba procedente la ejecución, pronunciaba una *addictio* en favor del acreedor, con lo cual le atribuía la persona del deudor.

Posteriormente, el deudor podía ser conducido a la casa del acreedor y atado o encadenado. Esta prisión privada no podía exceder de 60 días. Finalizado este plazo, el acreedor conducía al deudor al *comitium* durante tres días sucesivos de mercado y publicaba su condición de deudor ejecutado y el monto de lo debido. Si aun así nadie lo liberaba mediante el pago de la deuda, podía ser ejecutado o vendido como siervo. Si los acreedores eran varios, la ley los autorizaba para repartirse el cadáver.

En realidad, la condición del deudor podía estar sujeta a dos posibles situaciones. Una, denominada *nexus*, en la que el acreedor tenía derecho sobre la persona de su deudor. La otra, llamada *addictus*, resultaba más benigna, pues exigía la sustanciación de un juicio previo para configurar la primera condición. El primer procedimiento se usó desde los tiempos más remotos de Roma, y muy usualmente en contratos de mutuo, por los cuales los ricos prestaban dinero a los más pobres y admitían en garantía lo único que podían ofrecer los segundos, su persona física. Por ello, el *nexum* otorgaba el derecho llamado *manus injectio*, originalmente aplicado a los vencidos en la guerra, en virtud del cual el acreedor se erigía en amo de su deudor.⁹

Sin embargo, la dureza de las disposiciones mencionadas hizo que, de hecho, no tuvieran mucha aplicación, y que fueran reemplazadas en la práctica sirviéndose el acreedor del trabajo del deudor para pagar con su producto o estimación el monto de la deuda. Una *lex Poetelia Papiria* (quizá del año 326 a.C.)¹⁰, eliminó el *nexum*, prohibiendo el encarcelamiento del deudor, aunque no el trabajo personal como modo de pagar las deudas del ejecutado.¹¹

⁹ Boffi Boggero, Luis María, ob. cit., Tomo 1, p. 24.

¹⁰ Otros la sitúan en el año 313 o incluso en el 428 a.C.

¹¹ Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, 2ª edición, Santiago de Chile, LegalPublishing Thompson Reuters, 2013, pp. 124-128.

En términos similares se refiere al origen de la obligación Díez-Picazo: "El concepto de obligación (*obligatio*) procede del Derecho Romano. En las fuentes romanas la *obligatio* se define como *vinculum iuris quo necessitates adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*.¹² La *obligatio* ha sido, pues, originariamente un *vinculum*. Esta palabra ha ido perdiendo con los siglos su fuerza primitiva. Primitivamente, *vinculum* no es, como entre nosotros hoy, una situación puramente ideal. El *vinculum* es, en sentido genuino, una cadena. Por consiguiente, la *obligatio* es una situación de cautividad o de encadenamiento, en que una persona se encuentra respecto de otra. Gráficamente, puede decirse que el *obligatus* es una persona prisionera de otra. El poder que se tiene sobre un *obligatus* es un auténtico poder de naturaleza física o cuasifísica. El titular de este poder dispone de una acción (*manus iniectio*), de tal naturaleza y alcance que puede aprehender o encerrar al *obligatus* donde quiera que se encuentre y tomar venganza en él. Si el *obligatus* no da satisfacción al acreedor, éste puede venderlo como esclavo *trans Tiberim*¹³ o matarlo".¹⁴

Además, en Roma no existía un concepto genérico de obligación, como en nuestros días: "En el Derecho Romano las obligaciones son figuras típicas, admitidas y reguladas por el *Ius Civile*. El Derecho Romano no conoció una figura única, general y abstracta de *obligationes*, sino tipos singulares".¹⁵

A su vez, la obligación se entendía como un *vínculo personal*, lo que explicaba que no podía transferirse ni transmitirse, ni por el acreedor ni por el deudor: "La obligación romana posee un contenido y un carácter personal. Es la persona del deudor, en su entidad física, la que resulta vinculada. La *actio* que se atribuye al acreedor es, precisamente, una *actio in personam* porque se dirige contra la persona misma del deudor. Es una *actio in personam*, dice Biondi, porque constituye aquella actividad jurídica enderezada a posesionarse de la persona vinculada que no ha cumplido la prestación. En virtud de este carácter personal que la obligación tiene, ocurre que la misma solamente puede subsistir siempre que no haya variación de sus términos personales. De este perfil de la *obligatio* como vínculo personal se deriva su originaria intransmisibilidad, tanto desde el lado activo como desde el lado pasivo y lo mismo intervivos como por causa de muerte. La colocación de otra persona en el vínculo obligatorio hace que

¹² Su traducción sería, en términos aproximados, la siguiente: "vínculo jurídico por el cual algunos se hallan en la necesidad de pagar la cosa según el derecho de nuestra ciudad".

¹³ Es decir, más allá de los límites de la ciudad, formados en una época por el Río Tíber.

¹⁴ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, "Las Relaciones Obligatorias", 6ª edición, Pamplona, Thomson - Civitas, 2008, p. 66.

¹⁵ Díez-Picazo, Luis, ob. cit., p. 68.

la obligación sea ya algo distinto. Por consiguiente, ello sólo puede ser conseguido a través de una extinción de la primitiva obligación y de la creación de otra nueva (novación). El carácter personal de la *obligatio* romana impide la transferencia tanto de los créditos como de las deudas. Impide igualmente la posibilidad de constituir o de crear una obligación por otra o para otro. La regla *nemo alteri estipulare potest*¹⁶ se funda precisamente en la idea de que cada uno puede vincular a su propia persona, pero no a la de otro y, al mismo tiempo, que cada uno puede vincularse en favor de quien reciba la promesa o declaración, pero no en favor de un tercero".¹⁷

El concepto fue evolucionando en los tres sentidos:

i.- Progresivamente, la obligación ya no fue un derecho que se ejercía sobre la persona del deudor, obligarse ya no implicó comprometer la propia persona, sino que comprometer su fe, obligarse bajo palabra de honor. Se llegó en definitiva al concepto moderno, en el cual queda de manifiesto que se compromete el patrimonio del deudor. Cabe advertir, sin embargo, que en Chile, la prisión por deudas sólo expiró en el Siglo XIX, por Ley de fecha 23 de junio de 1868, "después de largas discusiones en el Congreso, y a pesar de las resistencias y arterías discurridas por los usureros y sus defensores".¹⁸ Sólo quedó subsistente para casos calificados.¹⁹

Hoy, no existe prisión por deudas, por regla general. El art. 7, N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, dispone que "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios."

ii.- Durante la Edad Media, refiere Díez-Picazo, la obligación "pierde en gran parte su original tipicidad y comienza a admitirse cualquier tipo de

¹⁶ Que puede traducirse como "Nadie puede estipular por otro". Hoy, en cambio, ello es perfectamente posible, conforme se establece en los arts. 1449 (estipulación por otro) y 1450 (promesa de hecho ajeno) del Código Civil.

¹⁷ Díez-Picazo, Luis, ob. cit., pp. 68 y 69.

¹⁸ Barros Arana, Diego, *Un decenio en la historia de Chile (1841-1851)*, tomo segundo, Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, Instituto de Historia, 2003, p. 25.

¹⁹ Señala la Ley: "Por cuanto el Congreso ha aprobado el siguiente proyecto de lei: 'Artículo único. La prisión por deudas sólo tendrá lugar en los casos siguientes:

1.º En los de quiebra culpable o fraudulenta;

2.º En los de penas que consisten en multas pecuniarias que estén sustituidas por prisión, según las leyes;

3.º Contra los administradores de rentas fiscales, municipales o de establecimientos de educación o de beneficencia creados o sostenidos por el Estado, o sujetos a la inmediata inspección del Gobierno; i

4.º Contra los tutores, curadores o ejecutores testamentarios, por lo que hace a la administración de los bienes que les está confiada en virtud de dichos cargos.

Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente lei'.

I por cuanto, oído el Consejo de Estado, he tenido a bien aprobarlo i sancionarlo; por tanto, promúlguese i llévese a efecto como lei de la República.- José Joaquín Pérez.- J. Blest Gana.-".

convenio. Incluso los pactos pueden crear una obligación (...) se trata de desligar la constitución de obligaciones de cualquier tipo de formalismos. La máxima según la cual de cualquier modo que el hombre quiera *obligarse* queda obligado, se consagra entre nosotros en el Ordenamiento de Alcalá (1348)".²⁰ El autor alude al Ordenamiento de Alcalá de Henares, que llegó a desterrar por completo el formalismo romano, por influjo del Derecho Canónico, ordenando la validez de la obligación o el contrato, cualquiera que fuese la manera que pareciera que alguno se quiso obligar con otro a celebrar contrato con él.²¹

iii.- En cuanto a la posibilidad de traspasar el crédito y la obligación correlativa y de estipular o prometer por otro, consigna Díez-Picazo: "Por último, se produce una clara patrimonialización y comercialización de la obligación. La obligación no será ya tanto un vínculo entre personas, como un instrumento de obtención de fines económicos. Esta patrimonialización conducirá a admitir la transferencia de los créditos y de las deudas y la posibilidad de crear obligaciones valiéndose de otra persona".²²

1.2. Derecho personal y obligación.

El Código Civil define el derecho personal, según se estudió, en el art. 578. Un derecho personal sólo puede reclamarse de quien ha contraído la correspondiente obligación. A todo derecho personal corresponde una obligación correlativa. Derecho personal y obligación no son sino una misma cosa, enfocada desde ángulos diferentes.

Desde el punto de vista activo, se denomina "derecho personal" o "crédito"; desde el punto de vista pasivo, "deuda" u "obligación".

1.3. Definición de la obligación.

Es un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una se encuentra para con la otra en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Nuestro Código no la define, pero señala sus caracteres jurídicos en el artículo 1438.

1.4. Elementos de toda obligación.

²⁰ Díez-Picazo, Luis, ob. cit., p. 69.

²¹ Nota incluida por De Buen, Demófilo, en la obra de Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, Tomo III, tercera edición española, ob. cit., p. 619.

²² Díez-Picazo, Luis, ob. cit., p. 70.

La obligación es un vínculo de derecho que supone dos sujetos y un objeto:

a) Vínculo jurídico: es una relación jurídica que liga a una persona con otra de un modo sancionado por el ordenamiento jurídico. La persona obligada no puede romper el vínculo y liberarse a voluntad, sino, en general, cumpliendo la prestación debida.

b) Elemento personal o subjetivo: se compone de dos sujetos entre los cuales rige la relación jurídica. Uno pasivo, obligado al cumplimiento del deber jurídico, "deudor" (del latín "debitori", "debitum", el que debe algo); y otro activo, titular del derecho personal o crédito, "acreedor" (del latín "credere", "creditum", creer, tener confianza, llamado así porque hace fe en el deudor, cuenta con su fidelidad en el cumplimiento de sus compromisos).

En Roma, se denominaba también a las partes de una relación obligacional como solvens (deudor) y accipiens (acreedor, el que recibe la prestación).

Acreedor y deudor pueden ser una o muchas personas (artículo 1438).

Deudor y acreedor deben ser personas determinadas, debe establecerse quien tiene derecho a reclamar el beneficio de la obligación y quien está en la necesidad jurídica de soportar el gravamen que impone. En todo caso, la determinación -particularmente del acreedor-, debe existir al momento de ejecutarse la obligación, y no necesariamente al nacer ésta (como ocurre tratándose de los títulos al portador, como acontece con el que reclama el pago de un boleto de lotería o del "Kino"; y en el caso de aquél que encuentra una especie perdida y reclama la recompensa ofrecida por su dueño). También puede ocurrir que la persona del deudor esté indeterminada, lo que acontece en una "obligación real",²³ esto es, en aquella obligación que sigue al dueño de la cosa (por ejemplo, los gastos comunes o las contribuciones, que debe pagar el actual propietario, sin importar que se hubieren devengado cuando el inmueble pertenecía a otro).

c) Objeto de la obligación: el deudor debe ejecutar en favor del acreedor una determinada prestación, positiva o negativa, una acción o una omisión. La prestación positiva puede ser un dar o un hacer; la negativa, un no hacer. Nada obsta, en todo caso, para que el deudor se obligue a varias prestaciones, y que éstas sean de dar, hacer o no hacer (obligaciones con pluralidad de objeto).

2.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

²³ La "obligación real" tiene dos alcances: uno, en cuanto permite al acreedor perseguir el pago en quien sea el dueño de la cosa al momento de interponer la respectiva demanda; el otro, en cuanto el obligado sólo compromete un bien determinado y no la totalidad de su patrimonio embargable.

2.1. Definición.

Podemos definir las obligaciones como los hechos o actos jurídicos que generan o producen las obligaciones, los antecedentes de donde éstas emanan.

2.2. Fuentes tradicionales.

Tres disposiciones conforman la "trilogía" de las fuentes de las obligaciones: arts. 1437 (obligaciones emanadas de las cinco fuentes), 2284 (obligaciones no convencionales) y 2314 (obligaciones derivadas de los delitos y cuasidelitos). A ellas podemos agregar el artículo 578, que al definir los derechos personales, deja en claro que los sujetos se obligan, ya por su voluntad (al celebrar un contrato), ya por disposición de la ley (tratándose de las demás fuentes).

De ellas se desprende la enumeración tradicional: contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley.

Contrato es la convención que crea obligaciones. Como acto jurídico, es bilateral (requiere la manifestación de dos o más voluntades para nacer), y como acto jurídico bilateral, es aquél que genera obligaciones. El artículo 1438 hace sinónimos a la convención y al contrato, pero la doctrina las distingue netamente. El objeto del contrato, son las obligaciones que genera; a su vez, el objeto de las obligaciones, es una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

Cuasicontrato es un hecho voluntario, lícito y no convencional, que impone obligaciones. No está definido por el Código, pero de los arts. 1437 y 2284, se desprende el concepto. Su diferencia fundamental respecto a los contratos, reside en el rol que juega la voluntad. El concurso de voluntades es de la esencia del contrato; el cuasicontrato, en cambio, excluye la idea de un concierto de voluntades. El artículo 2285 dispone que hay tres principales²⁴ cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

²⁴ Al decir la ley que son tres los "principales" cuasicontratos, queda en claro que hay otros. Así, por ejemplo, el art. 2238, en el depósito necesario, alude al depósito del que se hace cargo un "adulto" (entiéndase "menor adulto", atendido el art. 26), que "constituye un cuasicontrato que obliga al depositario sin la autorización de un representante legal". El precepto, entonces, altera la regla general acerca de la forma de actuar de los menores adultos, pues aquí éste se obliga, no obstante no haber sido autorizado ni haber actuado su representante legal. A juicio de algunos, también habría un cuasicontrato en la aceptación de una herencia o legado, dados los términos del art. 1437 del Código Civil. Como refiere Luis Claro Solar, para Pothier la vecindad de dos predios daba lugar a un cuasicontrato, que forma obligaciones recíprocas entre los vecinos, es decir, entre los propietarios o poseedores de predios contiguos, siendo la demarcación una simple obligación nacida de este cuasicontrato: *Explicaciones de*

Delito es un hecho ilícito, cometido con la intención de dañar. Lo que lo caracteriza es que se trata de un acto doloso.

Cuasidelito es un hecho ilícito culpable, cometido sin la intención de dañar. La culpa lo caracteriza.

La distinción entre delito y cuasidelito carece de importancia en el Derecho Civil, pues las consecuencias son idénticas: la reparación del daño, tomando en cuenta la entidad del perjuicio causado. Se castigan con una pena única: la indemnización de los perjuicios proporcionada al daño causado.

La ley es la última fuente de las obligaciones, en la clasificación tradicional. Son obligaciones legales, aquellas que no tienen otra fuente que la sola disposición de la ley (artículo 578). Tienen por ende un carácter excepcional. Es necesario un texto expreso de la ley que las establezca (artículo 2284).

2.3. Fuentes no tradicionales.

La doctrina, particularmente en Alemania, ha venido ocupándose de una nueva fuente de las obligaciones: **la declaración unilateral de voluntad**. Se trata de averiguar si una persona puede resultar obligada por su propia voluntad, sin que intervenga aún la voluntad de la persona en cuyo beneficio se contrae la obligación. La aceptación del beneficiario será indispensable para que nazca su derecho de crédito, porque a nadie puede imponerse un derecho contra su voluntad; pero tal aceptación no sería necesaria para la formación de la obligación. En nuestro Derecho, se ha dicho que tendría aplicación, por ejemplo, en las siguientes materias:

i.- En la formación del consentimiento: la sola oferta liga al autor y le obliga a esperar una contestación (art. 99 del Código de Comercio) y a indemnizar los gastos y perjuicios ocasionados al destinatario, a pesar de retractarse antes de la aceptación (art. 100 del Código de Comercio).

ii.- Otro caso encontramos en el art. 632, inc. 2º del Código Civil, en las normas de la ocupación, cuando el dueño de una cosa perdida, ofrece recompensa por su hallazgo²⁵.

iii.- En el artículo 2489 del mismo Código, tratándose de un crédito valista subordinado, cuando la subordinación emane de la sola voluntad del acreedor.

iv.- A juicio de algunos, el propio art. 1437 del Código Civil también contemplaría esta fuente de obligaciones, al aludir a "un hecho

Derecho Civil Chileno y Comparado, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1933, tomo IX, p. 100.

²⁵ Hay quienes han sostenido que la figura está contemplada en el art. 1437, cuando alude a "un hecho voluntario de la persona que se obliga".

voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado”.

En todos estos casos, como puede observarse, estamos ante un acto jurídico unilateral, en virtud del cual un individuo se “autoimpone” una obligación, por su sola declaración de voluntad, sin que por ahora, el acreedor respectivo manifieste la suya.

Para algunos, otra fuente sería **la reparación del enriquecimiento sin causa**, considerando la amplia recepción que tiene en nuestro Derecho civil, lo que queda de manifiesto, por ejemplo, en las siguientes materias:

i.- En la accesión, arts. 658; 663; 668; 669.

ii.- En las prestaciones mutuas, arts. 905 al 917.

iii.- En la nulidad de los actos de un incapaz y con igual criterio, en la nulidad del pago: arts. 1688; 1578.

iv.- En la lesión en la compraventa: arts. 1889; 1890, 1893.

v.- En la acción de reembolso del comunero contra la comunidad: art. 2307.

vi.- En la acción de restitución del pago de lo no debido: arts. 2295; 2297; y 2299.

vii.- En la obligación de indemnización por los responsables civiles por hechos de terceros: art. 2325.

Considerando la diversidad de materias en que puede operar la reparación del enriquecimiento sin causa, se ha concluido que se trata de uno de los principios fundamentales del Derecho civil.

2.4. Críticas a la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones.

Se dice que carece de base científica y que ha llegado al derecho moderno a través de una equivocada interpretación de las fuentes romanas. Se agrega que se aprecia claramente una diferencia entre el contrato y las demás fuentes de las obligaciones. En el contrato, es el concierto de las voluntades de los contratantes la causa generadora de la obligación. En las demás fuentes de las obligaciones, no es la voluntad la que genera la obligación. Esto es evidente en los delitos y cuasidelitos; la comisión del acto es voluntaria, pero no lo son sus consecuencias. Las obligaciones que emanan de estos hechos ilícitos, son impuestas por la ley. Del mismo origen es la obligación resultante de un cuasicontrato. La ley impone la obligación para impedir un enriquecimiento injusto. No es otro el motivo de que debe restituirse lo que indebidamente se recibió en pago o de cumplir por el interesado las obligaciones que, en su nombre, pero sin mediar mandato, contrajo el agente oficioso.

En suma, se dice que las fuentes de las obligaciones se reducen a dos: el contrato y la ley.

3.- CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES.

Tiene importancia, porque según su clase, producen diversos efectos. Las obligaciones pueden clasificarse atendiendo al objeto, al sujeto y a sus efectos.

3.1. Según su objeto.

a) Obligaciones positivas y negativas.

Las obligaciones positivas son aquellas en que el deudor debe efectuar una prestación, que consiste en un dar o en un hacer.

Las obligaciones negativas son aquellas que imponen un deber de abstención, un no hacer.

Esta clasificación tiene importancia para determinar cuándo el acreedor puede demandar perjuicios al deudor. En las obligaciones positivas, el deudor debe encontrarse en mora; en las obligaciones negativas, basta la contravención, debiéndose los perjuicios desde que el deudor, infringiendo su deber de abstención, ejecutó el hecho a que se había obligado a abstenerse (arts. 1538 y 1557).

b) Obligaciones de dar, hacer y no hacer: arts. 1438 y 1460.

b.1) Obligaciones de dar.

En un sentido tradicional, obligación de dar es la que tiene por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real. Por ende, la obligación de dar se origina en aquellos contratos que constituyen títulos traslativos de dominio (art. 703). Se cumplen tales contratos mediante la tradición.

La obligación de dar contiene la de entregar. En efecto, la obligación de transferir el dominio implica que debe ponerse la cosa a disposición del acreedor. Tanto en los muebles como en los inmuebles, se requiere la entrega material al adquirente: arts. 1548 y 1526 N° 2.

La entrega, sin embargo, puede ser autónoma de la obligación de dar, no siempre es una consecuencia de una obligación de dar, sea ello:

i.- Porque no implica cumplir con ninguna obligación, como en el caso de los contratos reales (pues la entrega es la que hace nacer el contrato, y no consiste por ende en el cumplimiento de una obligación derivada *del* contrato); o

ii.- Porque implica cumplir con una obligación de hacer, como ocurre en el contrato de arrendamiento. Por ello, la doctrina califica la obligación

de entregar como una obligación de hacer, puesto que consiste en la ejecución de un hecho.

En estos casos, quien recibe la cosa, sólo adquiere la mera tenencia (salvo en el caso del contrato de mutuo).

En nuestra legislación, sin embargo, se suelen confundir ambas obligaciones o conductas: así ocurre en los arts. 1443, 1793 y 2174 y a juicio de algunos en el 1824, aunque resulta discutible la confusión en este último caso.

b.2) Obligaciones de hacer.

La obligación de hacer tiene por objeto la ejecución de un hecho cualquiera, material o jurídico (art. 1554, inciso final).

b.3) Obligaciones de no hacer.

La obligación de no hacer consiste en que el deudor se abstenga de un hecho que, de otro modo, le sería lícito ejecutar (por ejemplo, la que se contrae conforme al pacto de no disponer de la cuarta de mejoras, artículo 1204 del Código Civil).

b.4) Importancia de esta clasificación.

Se puede apreciar en las siguientes materias:

i.- En el ámbito de la obligación de dar, si la cosa es una especie o cuerpo cierto, el deudor está obligado a conservarla hasta el momento de la entrega: arts. 1548 y 1549.

ii.- Varía la ejecución forzada de la obligación: son diversas las normas para el juicio ejecutivo, según se trate de obligaciones de dar (artículos 434 a 529 del Código de Procedimiento Civil) o de hacer o no hacer (artículos 530 a 544 del Código de Procedimiento Civil). En el Código Civil también difieren las normas sobre ejecución forzada de las obligaciones de hacer (art. 1553) y de no hacer (art. 1555). En cambio, la ejecución forzada de las obligaciones de dar no está regulada en el Código Civil.

iii.- En la calificación de muebles o inmuebles de los derechos y acciones correlativos. En las obligaciones de dar, los derechos y acciones tienen una u otra calidad según la cosa debida (art. 580); los derechos y acciones que emanan de obligaciones de hacer y de no hacer son siempre muebles (art. 581). Esta calificación tiene importancia para los efectos de determinar la competencia de los tribunales.

iv.- Sólo en las obligaciones de dar y hacer es preciso que el deudor esté en mora para que el acreedor tenga derecho a reclamar indemnización de perjuicios; en las obligaciones de no hacer, se deben los perjuicios desde que se infringen (art. 1557).

v.- Sólo en las obligaciones de dar, en las que dos personas se deban recíprocamente dinero u otras cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad, puede operar compensación legal. No así en las restantes obligaciones de dar ni en las obligaciones de hacer y no hacer (art. 1655 y siguientes).

vi.- En las obligaciones de dar, originadas de un contrato bilateral, no se puede demandar indemnización de perjuicios como pretensión principal, por regla general, sino que en forma complementaria. La petición principal debe ser demandar el cumplimiento de lo pactado o la resolución del contrato, y conjuntamente con una u otra, indemnización de perjuicios (artículo 1489 del Código Civil). Así ocurre, por ejemplo, en el caso de un contrato de compraventa, en el que el vendedor no ha cumplido su obligación de entregar la cosa o el comprador su obligación de pagar el precio. Con todo, fallos recientes de la Corte Suprema han acogido una interpretación en virtud de la cual podría deducirse directamente acción indemnizatoria, cuando el contrato ya expiró o se cumplió, pero imperfectamente. En las obligaciones de hacer y de no hacer, así como en el caso de un contrato unilateral, se puede demandar indemnización de perjuicios como pretensión principal (respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer, atendido lo dispuesto en los artículos 1553 y 1555 del Código Civil y respecto de los contratos unilaterales, porque a ellos no se les aplica el artículo 1489 del Código Civil). Revisaremos los pormenores de esta materia, al tratar de la indemnización de perjuicios, en el marco de los "Efectos de las obligaciones".

c) Obligaciones de especie o cuerpo cierto y de género.

c.1) Conceptos.

Se clasifican de esta forma, según la mayor o menor determinación del objeto debido.

Son obligaciones de especie o cuerpo cierto, aquellas en que se debe determinadamente un individuo de una clase o género también determinado.

Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado (art. 1508).

c.2) Interés de la clasificación:

i.- Son distintos los efectos y la forma de cumplirse. La obligación de dar una especie o cuerpo cierto debe cumplirse entregando exactamente la cosa debida, que el deudor debe conservar y cuidar hasta que se verifique la entrega (arts. 1548 y 1549). Tratándose de las obligaciones de género, el deudor las cumple entregando cualquier cosa del género, de una calidad a lo menos mediana. Por la misma razón, no está obligado a conservar la cosa originalmente adeudada, pudiendo disponer de la misma, siempre que subsistan otras para el cumplimiento de la obligación (arts. 1509 y 1510).

ii.- Las obligaciones de especie o cuerpo cierto se extinguen por la pérdida fortuita de la cosa debida (art. 1670); en las de género no ocurre tal: el género no perece.

d) Obligaciones de objeto singular y de objeto plural.

d.1) Conceptos.

El objeto de la obligación puede ser uno o múltiple. Las obligaciones de objeto plural pueden ser de simple objeto múltiple, alternativas y facultativas.

De simple objeto múltiple es aquella obligación en que se deben varias cosas. Son obligaciones alternativas aquellas en que se deben varias cosas, pero de tal manera que la ejecución de una exonera de la ejecución de las otras (art. 1499). Obligación facultativa es aquella en que se debe una cosa, pero se le concede al deudor la facultad de pagar con esa cosa o con otra que se designa (art. 1505).

d.2) Interés de la distinción entre obligaciones alternativas y facultativas:

i.- En las obligaciones alternativas se deben varias cosas, mientras que en las facultativas se debe una sola y en estricto rigor éstas últimas no son obligaciones de objeto plural.

ii.- En las obligaciones facultativas, el acreedor sólo puede reclamar el pago de la única cosa debida (art. 1506); en las obligaciones alternativas, el acreedor puede pedir una cosa determinada de las varias que se deben, cuando a él le corresponda la elección, aunque por regla general dicha elección es del deudor (art. 1501).

iii.- La pérdida fortuita de la cosa debida extingue la obligación facultativa (art. 1506); la obligación alternativa, en cambio, sólo se extingue ante la pérdida fortuita de todas las cosas debidas alternativamente (art. 1504). Todo lo anterior, cuando lo debido fueren especies o cuerpos ciertos.

3.2. Según el sujeto.

Se clasifican en obligaciones de sujeto único y de sujeto múltiple.

Normalmente, el vínculo jurídico que constituye la obligación, existe entre un solo acreedor y un solo deudor. Nada impide sin embargo que sean varios los acreedores y los deudores (art. 1438).

La pluralidad de acreedores y deudores exige analizar cómo concurren los deudores al cumplimiento de la prestación y de qué manera los acreedores pueden exigir dicho cumplimiento. Para ello, debemos precisar si la obligación de sujeto múltiple es simplemente conjunta, solidaria o indivisible.

La regla general en las obligaciones de sujeto múltiple es que sean simplemente conjuntas: cada acreedor sólo puede demandar su parte o cuota en el crédito y cada deudor sólo está obligado a pagar su parte o cuota en la deuda (arts. 1511, inc. 1º y 1526, inc. 1º). Si nada se estipula, la obligación de sujeto múltiple se divide, tanto desde el punto de vista de los acreedores como de los deudores, en cuotas iguales o "viriles". Por ello, se dice que bajo la apariencia de una obligación, existen varias, tantas como acreedores y deudores.

La regla general deja de aplicarse, cuando se dispone por la ley o por el testador o cuando se pacta por las partes que la obligación es solidaria o cuando conforme a su naturaleza, es indivisible. En ambos casos, cada acreedor tiene derecho a demandar el pago total de la obligación, y cada deudor está colocado en la necesidad de satisfacer íntegramente la prestación. Pero estas dos clases de obligaciones son diferentes: en la obligación solidaria el objeto es divisible, susceptible de ejecutarse parcialmente, pero por voluntad de las partes, por disposición testamentaria o por mandato de la ley, los deudores están obligados a cumplirla en su totalidad y los acreedores están facultados para exigir su íntegro cumplimiento. En cambio, tratándose de las obligaciones indivisibles, la causa que impide una prestación parcial es la naturaleza indivisible del objeto debido.

3.3. Según sus efectos.

a) Obligaciones civiles y naturales.²⁶

El art. 1470 distingue entre unas y otras.

Obligaciones civiles son aquellas que dan al acreedor acción contra el deudor, derecho a exigir su cumplimiento. Constituyen la regla general.

Obligaciones naturales son aquellas que no dan derecho a exigir su cumplimiento, no confieren acción al acreedor. Sin embargo, si el deudor las cumplió voluntariamente, el acreedor está autorizado por la ley para retener lo que el deudor le dio o pagó. Constituyen casos excepcionales.

b) Obligaciones principales y accesorias.

b.1) Conceptos.

²⁶ Algunos autores, clasifican las obligaciones en civiles y naturales atendiendo a la *eficacia de las obligaciones*, en lugar de sus efectos. En tal posición, Daniel Peñailillo Arévalo, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 149-179.

El art. 1442 clasifica de tal forma los contratos, pero la distinción puede extenderse a las obligaciones.

Obligación principal es la que tiene una existencia propia, puede subsistir por sí sola, independientemente de otra obligación.

Las obligaciones accesorias son aquellas que no pueden subsistir por sí solas y que suponen una obligación principal a la que acceden y garantizan. Se les denomina "*cauciones*" (artículo 46). Son obligaciones accesorias las derivadas de la fianza, la prenda, la hipoteca, la cláusula penal y la anticresis (art. 2435).

b.2) Importancia de la clasificación: se sintetiza en el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo que a su vez trae consigo:

i.- Que la validez de la obligación accesorias depende de la validez de la obligación principal (art. 1536).

ii.- Que la extinción de la obligación principal, extingue la obligación accesorias (arts. 2381 N° 3 y 2434).

c) Obligaciones puras y simples y sujetas a modalidad.

Son obligaciones puras y simples aquellas que producen los efectos normales, propios de toda obligación.

Las obligaciones sujetas a modalidad son aquellas que tienen un particular contenido que altera los efectos normales de toda obligación. Son modalidades la condición, el plazo, el modo, la solidaridad, la indivisibilidad, el carácter alternativo de las obligaciones, la cláusula penal, la representación, etc.

En un sentido más restringido, son obligaciones puras y simples las que producen sus efectos desde que se contraen, para siempre y sin limitaciones; y obligaciones sujetas a modalidad aquellas cuyos efectos regulares se alteran al pactarse ciertas cláusulas que afectan el nacimiento, el ejercicio o la extinción de la obligación.

d) Obligaciones reales y personales.

Esta clasificación se desprende del art. 2465 del Código Civil, que al consagrar el derecho de prenda general de todo acreedor, alude a "Toda obligación personal...". Tal es aquella en virtud de la cual, el obligado compromete la totalidad de su patrimonio embargable. Contrae una "obligación personal", por ejemplo, aquél que recibe en mutuo un préstamo o el comprador que debe el precio de un contrato de compraventa.

En cambio, "obligación real" (o sea, en razón de la cosa) es aquella en que el obligado sólo compromete determinados bienes, como acontece con el garante hipotecario o prendario, que no está personalmente obligado, y por ende, no se encuentra afecto al derecho

de prenda general del acreedor. En estos casos, quien otorga la caución real no es la misma persona que contrae la obligación personal, sino un tercero que garantiza el pago de una obligación ajena. Volveremos sobre esta clasificación, al tratar de los efectos de las obligaciones, y específicamente cuando aludamos al derecho a solicitar la ejecución forzada de la obligación.

e) Obligaciones de medios y de resultado.

e.1) Conceptos.

Esta distinción fue planteada por René Demogue. No todo deudor se obliga a lo mismo.

En algunos casos, el obligado se compromete a desplegar todas las conductas que razonablemente pueden exigírsele a cualquiera que esté en su situación, pero sin que pueda asegurar un determinado resultado. Tal ocurre con un médico que asume la responsabilidad de efectuar una intervención quirúrgica o un abogado que asume la representación de su cliente en un litigio. Entonces, nos encontramos ante obligaciones "de medios". Se las define como "aquellas en que el deudor asume el deber de observar una conducta diligente para alcanzar el resultado deseado por las partes, que cede en beneficio del acreedor. El deudor cumple su obligación, sea que se cumpla o no la prestación convenida, a condición de que su comportamiento haya sido prudente y diligente."²⁷

En cambio, la obligación "de resultado" supone que el obligado debe cumplir efectivamente con la prestación convenida. Así, por ejemplo, el arquitecto que se obliga a construir una casa y entregarla "llave en mano" en cierto plazo; o el transportista que se obliga a trasladar ciertas mercaderías a determinado lugar; o el vendedor que se obliga a entregar al comprador la cosa objeto del contrato. Se las ha definido como "aquellas en que el deudor se compromete a obtener la prestación deseada por el acreedor, de manera que si ese fin no se realiza el deudor incurre en incumplimiento."²⁸

e.2) las obligaciones de los profesionales suelen ser de medios.

Las obligaciones de medios corresponden a una clasificación aplicable especialmente a los profesionales. Contraen una obligación de medios cuando el deber profesional consiste en aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero sin asumir el deber de

²⁷ Marchant Bustamante, Helga, artículo "Nuevo enfoque de la obligación y de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado", en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo *Curso de Actualización Jurídica. Nuevas tendencias en el Derecho Civil*, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2004, p. 126.

²⁸ Ídem, p. 126.

proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte. Son de resultado, si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener.²⁹ La regla general, es que las obligaciones profesionales sean de medios. Estas obligaciones dan lugar a deberes de prudencia y diligencia, pues usualmente se exige del experto el empleo del cuidado debido para procurar el interés que se persigue. Pero la circunstancia de no obtener ese beneficio no supone incumplimiento de la obligación. El fin que pretende el acreedor de una obligación de medios es contingente, de modo que su frustración no puede ser tenida por incumplimiento. Del profesional se espera que adopte las medidas de seguridad que exige su actividad de acuerdo con los criterios generales de la responsabilidad por culpa. Atendido lo anterior, a falta de una convención que precise los deberes de quien se obliga a prestar un servicio, se afirma que el contenido de una obligación contractual de medios es equivalente a los deberes de prudencia y diligencia que rigen en sede extracontractual. En uno y otro caso, por regla general, estos deberes no tienen por antecedente una convención que los determine, sino que emanan de las exigencias de cuidado impuestas por el Derecho.³⁰

Excepcionalmente, sin embargo, las obligaciones que contrae un profesional pueden ser de resultado y no de medios. Ello ocurrirá, cuando de acuerdo con los estándares de la respectiva actividad, el acreedor tiene derecho a obtener el beneficio perseguido. Esto ocurrirá cuando el deudor debe controlar de tal modo el riesgo, que la experiencia enseña que el error se debe a su culpa.³¹ Así, por ejemplo, cuando se contrata a un abogado para que estudie los títulos de un inmueble y una vez aprobados por este profesional, redacte el contrato de compraventa y finalmente obtenga la inscripción respectiva en el Registro Conservatorio. Lo mismo ocurriría, se ha dicho, tratándose de un cirujano plástico, cuando estemos ante un procedimiento de cirugía estética (en cambio, si se trata de una cirugía plástica reconstructiva, la obligación es de medios).

e.3) La prueba de la diligencia en las obligaciones de medios y en las de resultado.

Las obligaciones de medios –señala E. Barros-, plantean preguntas respecto del alcance de las normas reguladoras de la prueba de los arts. 1698 y 1547 del Código Civil. Conforme a estas normas, probada la existencia de la obligación contractual por el acreedor, el deudor debe a su vez acreditar que las ha cumplido o que el incumplimiento obedece al caso fortuito o fuerza mayor. Y en caso contrario, su incumplimiento se

²⁹ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 658.

³⁰ Barros Bourie, Enrique, ob. cit., p. 658.

³¹ Barros Bourie, Enrique, ob. cit., p. 662.

presume culpable. Tales normas operan sin problemas respecto de las obligaciones de resultado, pero plantean dificultades de aplicación tratándose de obligaciones de medios. Así, en el caso de la responsabilidad médica, puede ocurrir que el paciente y víctima del daño argumente que un descuido erróneo, por una descuidada lectura de los respectivos exámenes, le impidió sanarse de una enfermedad que luego le ha provocado severos daños corporales. Conforme al art. 1698, el paciente deberá probar la existencia del contrato de prestación de servicios, lo que no será muy difícil, pues, aunque falten formalidades como un contrato escrito, se podrá acreditar el consentimiento a partir de actos de ejecución demostrativos de una voluntad tácita por parte del profesional. Probada la obligación, le corresponderá al médico acreditar su extinción, usualmente por haberla cumplido (es decir, por el pago, por la ejecución de la prestación debida). El médico probará como hechos extintivos de su obligación profesional las prestaciones médicas efectivamente realizadas y argumentará que no se le puede hacer responsable por el solo hecho de que el paciente no haya sanado, porque el médico tenía una obligación de medios. A falta de otra prueba proporcionada por el demandante, a partir de la cual pueda deducirse la negligencia del profesional, los actos de ejecución, debidamente probados por el médico, serán prueba suficiente de que él cumplió su obligación. De ahí que, una vez probados los actos de ejecución, la discusión relevante en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios recae en si tales actos de ejecución pueden ser considerados como el cumplimiento de lo debido. Y esta cuestión, inevitablemente, exige preguntarse si el profesional hizo prestación diligente o negligente de lo debido. En consecuencia, a pesar de lo dispuesto en el inc. 3º del art. 1547 del Código Civil, en cuanto a que "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", la pretensión del demandante sólo prosperará si logra que el juez tenga por probado que la conducta invocada por el médico como un acto extintivo de la obligación no ha observado los estándares de cuidado requeridos. En otras palabras, agrega E. Barros, la situación estratégica de las partes es análoga en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios a la de un juicio de responsabilidad extracontractual regido por el estatuto general de la culpa probada, porque en uno y otro caso, quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible acreditar la negligencia del demandado.³²

e.4) Naturaleza de la prestación en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado.

³² Barros Bourie, Enrique, ob. cit., pp. 659 y 660.

Lo anteriormente expuesto acerca de la prueba de la diligencia del deudor, afirma la doctrina, se explica por la naturaleza de la obligación de medios, donde la prestación debida no es un hecho preciso y determinado, como ocurre con las obligaciones de resultado. En el marco de la doctrina francesa, se sostiene que las obligaciones de medios son indeterminadas, porque no comprenden una prestación precisa, sino que exigen aplicar genéricamente el cuidado debido, de modo que para probarlas es necesario mostrar la diligencia exigible al deudor. En cambio, en las obligaciones de resultado la prestación está perfectamente determinada, lo debido es por completo inequívoco (el vendedor, por ejemplo, debe entregar una determinada cosa). Por el contrario, afirma Barros, la disputa central entre el acreedor y el deudor de una obligación de medios radica precisamente en si los actos alegados por el demandado como actos de ejecución de la obligación constituyen en efecto la conducta debida. Por ello, la cuestión de la diligencia debe dirimirse por la aplicación del art. 1698 y no conforme a la norma del inc. 3º del art. 1547. En conclusión, la prueba de la culpa no se plantea siempre de la misma manera en los distintos tipos de obligaciones. En las obligaciones de resultado, la culpa se presume. En las obligaciones de medios, usualmente debe ser probada. Por tal razón, no hay tampoco diferencias esenciales en la prueba de la infracción a un deber general de cuidado en sede extracontractual y la prueba de la negligencia en el cumplimiento de una obligación contractual de medios.³³

Excepcionalmente, sin embargo, las obligaciones que contrae un profesional pueden ser de resultado y no de medios. Ello ocurrirá, cuando de acuerdo con los estándares de la respectiva actividad, el acreedor tiene derecho a obtener el beneficio perseguido. Esto ocurrirá cuando el deudor debe controlar de tal modo el riesgo, que la experiencia enseña que el error se debe a su culpa.³⁴ Así, por ejemplo, cuando se contrata a un abogado para que estudie los títulos de un inmueble y una vez aprobados por este profesional, redacte el contrato de compraventa y finalmente obtenga la inscripción respectiva en el Registro Conservatorio. Lo mismo ocurriría, se ha dicho, tratándose de un cirujano plástico, cuando estemos ante un procedimiento de cirugía estética (en cambio, si se trata de una cirugía plástica reconstructiva, la obligación es de medios).

De lo expuesto, las principales diferencias entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, serían las siguientes:

i.- En las obligaciones de medios, el obligado no asegura al acreedor un resultado concreto, sin perjuicio de que debe llevar a cabo todos los actos que razonablemente permitirían conseguirlo. En las obligaciones

³³ Barros Bourie, Enrique, ob. cit., pp. 660 y 661.

³⁴ Barros Bourie, Enrique, ob. cit., p. 662.

de resultado, el deudor debe asegurar al acreedor la obtención del resultado que el último pretende, y de no ocurrir ello, se entenderá incumplimiento de la obligación.

ii.- Cuando el obligado es especialista en una ciencia o arte, usualmente su obligación se entenderá de medios y excepcionalmente de resultado.

iii.- En las obligaciones de medios, la culpa no se presume, de manera que debe probarse por el demandante (art. 1698). En las obligaciones de resultado, la culpa se presume, de manera que será el obligado quien deba desvirtuar tal presunción (art. 1547).

iv.- En las obligaciones de medios, la prestación debida no consiste en un hecho preciso y determinado, sin perjuicio de que deba cumplir la "conducta debida"; en cambio, en una obligación de resultado la prestación debida consiste en un hecho preciso y determinado, como por ejemplo pagar el mutuario cierta suma de dinero o entregar el vendedor cierta cosa mueble o inmueble.

4.- LAS OBLIGACIONES NATURALES.

4.1. Concepto.

De acuerdo al art. 1470, obligación natural es el vínculo jurídico entre personas determinadas, en cuya virtud una se encuentra en la necesidad de ejecutar en favor de la otra una determinada prestación, pero que no confiere al acreedor acción para demandar su cumplimiento, sino únicamente excepción para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ella.

Las obligaciones naturales son excepcionales, puesto que, por regla general, la obligación otorga al acreedor acción para exigir su cumplimiento. Por lo tanto, no hay obligación natural sino en virtud de un texto expreso de la ley.

Cabe diferenciar la obligación natural del deber moral. En la obligación natural se encuentran perfectamente determinados las partes y la cosa debida. En el deber moral, en cambio, hay completa indeterminación al respecto. Quien cumple un deber moral, cuya prestación fija la conciencia individual, realiza una liberalidad, hace una donación desde el punto de vista jurídico. El que cumple una obligación, sea civil o natural, verifica un pago.

4.2. Casos de obligaciones naturales.

a) Aspectos generales.

Si examinamos la enumeración del art. 1470, se observa que las consignadas en los números 1 y 3 son obligaciones que proceden de

actos que adolecen de nulidad. Son obligaciones civiles defectuosas por omisión de los requisitos de forma del acto que las origina, atendida su naturaleza, o de las normas que aseguran la protección de los incapaces.

A su vez, las obligaciones consignadas en los números 2 y 4 del mismo precepto, nacieron perfectas, pero circunstancias posteriores les restaron eficacia.

En los casos de los números 1 y 3, pudo existir una obligación civil y se frustró; en los casos de los números 2 y 4, existió una obligación civil y degeneró.

Sintetizando, siguiendo a Alessandri, "sólo hay obligación natural donde existió o pudo existir una obligación civil".³⁵

¿Es taxativa la enumeración del art. 1470? No hay acuerdo en la doctrina. Mientras que para algunos es taxativa (Claro Solar), para otros

³⁵ Esta concepción de la obligación natural, -expresa Peñailillo- que aparece vinculada a la obligación civil, al parecer fue la que primó en Roma. En la doctrina francesa, Aubry y Rau se consideran sus mejores expositores. Así concebida la obligación natural, tiene ciertamente una aplicación restringida. **No se concibe una obligación natural cada vez que hay un imperativo de equidad o conciencia, sino sólo cuando hubo o pudo haber una obligación civil.** Los detractores de esta concepción de las obligaciones naturales, señalan que ella es otra manifestación del dogma de la autonomía de la voluntad. Se tolera el nacimiento de una obligación natural, porque ha habido consentimiento o voluntad de obligarse. La voluntad juega un rol preponderante en relación con los demás elementos del acto jurídico. Si falta la voluntad, no hay nada; si faltan los otros elementos, pero hay voluntad, se admite la existencia de obligación natural. Se agrega que esta tesis restringe las obligaciones naturales al campo de los contratos, puesto que sólo se les concibe a partir de la existencia del consentimiento (Mazeaud, Henry, León y Jean). Esta objeción, sin embargo, no tiene asidero en lo que respecta al Código Civil chileno, pues en el N° 3 del artículo 1470, la obligación natural emana de un testamento (aunque sí hubo manifestación de voluntad del testador). La otra concepción que explica las obligaciones naturales, las concibe como **un deber moral**. Tal es la doctrina moderna (pero no la de nuestro Código, que sigue la primera concepción). **Para esta concepción moderna, se ve una obligación natural cada vez que hay un deber moral entre dos personas.** Pero se trata de **deberes específicos**, que surgen entre los individuos por circunstancias en las que se encuentran implicados y aceptados como tales por la generalidad de la sociedad. Así entendidas las obligaciones naturales, su campo de aplicación se amplía. Además, esta concepción entrega a los jueces la facultad de ir determinando, en los casos concretos, la existencia de obligaciones de esta especie. Desde otro ángulo, esta concepción constituye otra manifestación de la tendencia, no exenta de polémica subraya Peñailillo, a moralizar las actuaciones civiles, con la ayuda de los tribunales, a quienes se entrega poder discrecional. El artículo 1275° del Código Civil peruano recoge esta concepción de obligación natural: **"Improcedencia de la repetición.** No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito. / Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar": Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., pp. 151-154.

no lo es, y habrá una obligación natural cada vez que la ley señale efectos que son propios de estas obligaciones.

Algunos señalan como razones de texto que demostrarían que se trata de una enumeración taxativa, el inciso final del art. 1470, en relación con el art. 2296. En esta última norma, a propósito del cuasicontrato del pago de lo no debido, se indica que "No se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural de las enumeradas en el artículo 1470". La referencia al art. 1470 indicaría, para quienes postulan esta doctrina, que no existirían otros casos de obligaciones naturales.

Meza Barros señala, aludiendo al citado art. 2296, que "Al parecer, el propósito del legislador fue dar a la enumeración el carácter de taxativa (...), Pero, por sus frutos los conoceréis; y lo cierto es que, en otros casos que se verán, se producen, a lo menos, los efectos fundamentales que la ley atribuye a las obligaciones naturales".³⁶

b) Primer grupo de obligaciones naturales: obligaciones nulas.

b.1) **"Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos"** (art. 1470, N° 1): se trata de obligaciones contraídas por ciertas personas relativamente incapaces, con infracción de las formalidades establecidas por la ley, destinadas a su protección.

Deben descartarse las obligaciones contraídas por los absolutamente incapaces, pues el art. 1447 establece que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales.

Se excluyen, asimismo, las obligaciones que adolecen de nulidad relativa por error, fuerza o dolo y las contraídas por personas afectas a las incapacidades especiales a que alude el último inciso del art. 1447. En estos casos, mientras la nulidad no se declare, habrá obligación civil, y cuando se declare, no habrá ni obligación civil ni natural.³⁷

Nótese que el numeral, si bien alude a personas incapaces, les exige al menos tener el "suficiente juicio y discernimiento". La expresión "juicio" admite varios significados, siendo el primero de ellos, conforme el Diccionario de la Lengua, la facultad del alma por la que el hombre puede distinguir entre el bien y el mal y lo verdadero y lo falso. Por "discernimiento", a su vez, se entiende algo similar: distinguir algo de otra cosa. Ahora bien, dado que entre ambas palabras existe una conjunción, parecería lógico entender que no aludirían a lo mismo (como sí lo entiende Claro Solar, según veremos seguidamente). Por ello,

³⁶ Meza Barros, Ramón, Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones, 8ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, N° 53, pp. 45 y 46.

³⁷ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 155.

creemos que el término "juicio" quiere aludir más bien a una persona juiciosa, entendida en el Diccionario como aquél "que procede con madurez y cordura".

Se ha discutido en la doctrina si los actos del disipador interdicto, están o no incluidos en el N° 1 del art. 1470. Para una parte de la doctrina, no lo están, puesto que el pródigo, es una persona que ha demostrado no tener suficiente juicio y discernimiento; sus actos de dilapidación manifiestan una falta total de prudencia; "Dilapidar dinero en forma desproporcionada a los haberes, denota, precisamente, falta de juicio, que es falta de un equilibrio mental medio".³⁸ En consecuencia, derogada por la Ley N° 18.802 la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal, el N° 1 del art. 1470 quedaría circunscrito exclusivamente a los menores adultos. En apoyo de esta tesis, podríamos agregar que el disipador si bien puede tener suficiente discernimiento, no ha demostrado haber actuado con la suficiente madurez y cordura, y, por ende, no completaría a su respecto la exigencia legal del numeral.

Sin embargo, algunos autores incluyen también a los actos de los disipadores interdictos, entre aquellos que pueden generar obligaciones naturales. En esta línea, Luis Claro Solar, Vial del Río y David Stitchkin. Claro Solar no ve inconveniente para que los disipadores interdictos, si contraen obligaciones sin la intervención de su curador, queden obligados solo naturalmente, como lo estaría un menor adulto. Agrega que "No nos parece aceptable considerar excluidas las obligaciones del pródigo, porque precisamente, según se dice, está en interdicción por no tener juicio ni discernimiento para la administración de sus bienes; pues la interdicción se decreta por disipación, por hechos repetidos del interdicto que manifiesten una falta total de prudencia, como el juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos. Tener juicio suficiente y discernimiento en el sentido que indica el artículo 1470, significa tener inteligencia suficiente y estar en posesión de las facultades necesarias para apreciar la declaración de voluntad que ha de dar origen a la obligación. El pródigo, a diferencia del demente, no pierde con la interdicción, ni su inteligencia ni su voluntad."³⁹ Vial del Río considera que tras la reforma del año 1989, que otorgó plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, "hoy día, cuando

³⁸ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 5ª edición actualizada, Tomo I, p. 354. En la misma posición, Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, 8ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, N° 56, p. 47; y Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho Civil*, Tomo IV, "De las Obligaciones", Volumen 1, Santiago de Chile, Roberts y Cía Ltda., Editores, 1958, N° 42, p. 69.

³⁹ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Décimo, De las Obligaciones, Santiago, Editorial Nascimento, 1936, pp. 45 y 46.

existen sólo dos incapaces relativos, parece prácticamente imposible que el legislador hubiera conservado esa referencia amplia y genérica a las personas con juicio y discernimiento suficientes si hubiera pensado que sólo se encontraban en tal condición los menores adultos y no el pródigo; en tal caso, lo razonable hubiera sido decir en el número 1 del artículo 1470 que son naturales las obligaciones contraídas por los menores adultos.”⁴⁰ Stitchkin señala que no siendo el disipador un enajenado mental, sino un individuo que administra sus bienes en forma imprudente, no puede excluirse del número 1 del artículo 1470. A pesar de la imprudencia exhibida por él, tiene suficiente juicio y discernimiento.⁴¹

Cabe consignar que la obligación natural puede transformarse en una obligación civil, mediante la ratificación de la nulidad relativa o por su saneamiento por el tiempo.

Se discute a su vez en la doctrina si es necesario declarar la nulidad por sentencia judicial, para estar ante una obligación natural.

Algunos sostienen que tal declaración es indispensable para que exista obligación natural. Argumentan que la nulidad no produce efectos sino en virtud de su declaración por sentencia ejecutoriada (arts. 1684 y 1687), de manera que mientras el acto no se declare nulo debe reputarse válido, y por tanto, quien paga una obligación que no se ha declarado nula, paga una obligación civil. Se argumenta también que hay casos en los que, siendo anulable el acto por incapacidad relativa, permanecerá válido, porque la nulidad no podrá ser alegada, como ocurre en la hipótesis prevista en el art. 1685, cuando de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato.⁴² En tal caso, ni el incapaz (ni sus herederos ni cesionarios) ni el capaz que contrató con él podrán pedir la nulidad del contrato.

Existirían por lo tanto tres etapas para esta doctrina:

- i.- Antes de la declaración de nulidad, la obligación es civil, aunque expuesta al peligro de rescindirse;
- ii.- Declarada la nulidad, la obligación se convierte en natural; esta situación es obviamente irreversible, pues ya no cabe saneamiento, ni por ratificación ni por el tiempo;
- iii.- Saneada la nulidad (que no se declaró) por ratificación o por el tiempo, la obligación es civil (En esta línea, Arturo Alessandri, Fernando Fueyo, Hugo Tapia, David Stitchkin).⁴³

⁴⁰ Vial del Río, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*, Santiago de Chile, Universidad Andrés Bello, 2003, p. 186.

⁴¹ Citado por Ramos Pazos, René, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 41.

⁴² Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., pp. 157 y 158.

⁴³ Fueyo Laneri, Fernando, ob. cit., N° 44, p. 70.

Para otro sector de la doctrina (Ramón Meza Barros, Luis Claro Solar, René Abeliuk, René Ramos Pazos) la declaración de nulidad no sería necesaria, existiendo la obligación natural desde que se contrae con el vicio. Meza Barros señala los siguientes argumentos:

i.- El art. 1471 dispone que la sentencia que absuelve "al naturalmente obligado" (se asume por ende que el demandado era deudor de una obligación natural) no extingue la obligación natural. De este modo, demandado el que contrajo la obligación nula y desechada la demanda - precisamente porque la obligación adolece de nulidad-, la obligación natural subsiste. La sentencia es inocua; antes y después de dictada, existe una obligación natural.

ii.- El art. 2375 N° 1 dispone que el fiador que paga tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado, menos cuando la obligación principal es puramente natural "y no se ha validado por la ratificación o por el lapso de tiempo". Antes, por ende, de que se sanee (por la ratificación o por la prescripción) o se declare la nulidad, la obligación es considerada como natural (pues de haberse saneado, la obligación sería civil y el fiador que paga tendría acción de reembolso; y de haberse declarado la nulidad, el acreedor no habría tenido acción contra el fiador y por ende éste, al no poder ser compelido al pago, tampoco tendría acción de reembolso).

iii.- Si la declaración de nulidad fuese necesaria, nunca el saneamiento daría lugar a una obligación civil. Para que el saneamiento tenga lugar, y el acto que se sanee del vicio de que adolece, es preciso que no se haya declarado la nulidad. El acto no puede sanearse si fue declarado nulo por sentencia ejecutoriada.⁴⁴ Opera aquí el mismo argumento que se desprende del art. 2375 N° 1.

Se distinguen entonces tres situaciones para la segunda doctrina:

i.- Antes de declararse la nulidad, la obligación existe como natural por el solo hecho de adolecer de un vicio que la hace rescindible;

ii.- Si la nulidad se sana por la ratificación o por el lapso de tiempo (o sea, por la prescripción), la obligación se convierte en civil;

iii.- Declarada la nulidad, la obligación sigue siendo natural, porque la sentencia que la declara no extingue la obligación natural.

René Ramos Pazos adhiere a la segunda doctrina, señalando que el art. 1470 N° 1 no habla de obligaciones nulas, empleando además la expresión "Las contraídas...", lo que demostraría que la obligación se contrajo como natural.⁴⁵

La jurisprudencia se ha inclinado por la segunda corriente.⁴⁶

Peñailillo plantea el siguiente ejemplo, según cada una de las partes del contrato invoca una u otra doctrina: A es menor adulto y vende (y

⁴⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 58, pp. 48 y 49.

⁴⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 42.

⁴⁶ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 158.

entrega) a B una cosa, sin la autorización de su representante legal. Luego, A demanda la nulidad relativa del contrato por incapacidad relativa y pide que B le restituya la cosa. Se declara la nulidad, pero B sostiene que no restituye, porque la obligación de A era natural y la cumplió, y cumplida, puede retener (aduce B entonces la segunda doctrina, en virtud de la cual la obligación es natural desde el momento en que se celebró el contrato). A (sosteniendo la primera doctrina), afirma que sólo hay obligación natural desde que se declara la nulidad del contrato, de modo que cuando entregó la cosa la obligación era civil. Por ende, deben aplicarse las reglas de la nulidad, y concretamente, la de restituirse las partes al estado anterior (art. 1687).⁴⁷

b.2) **“Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida”** (art. 1470, N° 3): se trata de obligaciones nulas por omisión de requisitos formales establecidos en consideración al acto mismo. Son obligaciones absolutamente nulas.

En relación a este numeral, cabe recordar el distingo que se ha planteado entre solemnidades exigidas para la *existencia* del acto jurídico, y aquellas exigidas para su *validez*. No hay duda que las solemnidades cuya omisión puede originar una obligación natural sólo son las segundas. En efecto, de omitirse una solemnidad indispensable para la existencia del acto jurídico, mal puede nacer obligación alguna, ni siquiera natural, pues no hay acto jurídico del cual emane. Señala al efecto Vial del Río: “es indudable que las solemnidades a que se refiere el número 3° del artículo 1470 son aquellas requeridas para la validez de un acto, lo que justifica que no obstante la declaración de nulidad por la omisión de una solemnidad de esta clase, el legislador considere que la obligación que ese acto engendró y que en estricto rigor deba estimarse extinguida por la mencionada declaración de nulidad, subsista como natural para el solo efecto de legitimar el pago que hiciera el deudor. La omisión de una solemnidad requerida para la existencia de un acto impide que el acto produzca efectos, por lo que mal podría nacer una obligación de un acto inexistente. Por ello, en caso que una persona, atribuyéndose la calidad de deudor de una obligación que no llegó a nacer porque le faltaba al acto una solemnidad requerida para su existencia, pague al supuesto acreedor, siempre podrá repetir lo pagado ya que nunca existió una obligación que pudiera servir de fundamento a dicho pago y sin que tampoco la ley pueda fingirla”.⁴⁸ Menciona este autor, a modo de ejemplo del último caso, la “celebración” de una compraventa de un bien raíz, pero sin que el consentimiento se manifieste por intermedio de una escritura pública. En tal caso, no hay

⁴⁷ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., pp. 158 y 159.

⁴⁸ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 188.

en verdad compraventa, y menos obligación natural cuyo pago pueda retenerse.

En todo caso, no hay obligación natural si el acto adolece de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita o por haber sido ejecutado o celebrado por un absolutamente incapaz. No basta entonces con cualquier causal de nulidad absoluta.

Como en el caso anterior, para algunos no sería necesaria la declaración de nulidad del acto jurídico.

En cuanto al alcance de la expresión "actos" que emplea el N° 3 del art. 1470, se concluye por una parte de la doctrina que no estaría restringida a los actos jurídicos unilaterales, abarcando también los bilaterales, pues el texto es genérico y no distingue (Luis Claro Solar, Ramón Meza Barros). Por lo demás, en ocasiones, la ley emplea sólo la voz "actos" (por ejemplo, artículos 10, 11, 49, 138, 140, 142, 1445, 1447, 2467, 2468). En cambio, en otras ocasiones, se emplea la frase "actos y contratos" (por ejemplo, 161, 1453, 1469, 1681, 1701, 1706, 1709), caso en el cual no hay duda que la primera de estas palabras alude a los actos jurídicos unilaterales.⁴⁹

Con todo, el punto no es unánime. En un fallo de enero de 1988, de la Corte Pedro Aguirre Cerda (hoy San Miguel), se afirma que la alusión es a los actos unilaterales, porque a juicio de la Corte, en esa acepción restringida se ha entendido siempre la expresión "actos", quedando excluidos los contratos, actos bilaterales. René Ramos Pazos también está por la tesis de restringir el caso sólo a los actos jurídicos unilaterales, fundamentando su opinión en los siguientes argumentos:

i.- Normalmente, la expresión "actos" se emplea para referirse a los actos unilaterales;

ii.- El ejemplo que pone el Código también corresponde a un acto unilateral y según el Mensaje, los ejemplos "ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones";

iii.- Hay una razón histórica: la norma fue tomada de Pothier, quien, a su vez, la había tomado de la tradición romana; también fue tomada del proyecto de García Goyena. Estos autores entendían el ejemplo referido sólo a los actos unilaterales; y

iv.- Sería injusto aplicar la norma a los actos bilaterales, como se puede apreciar con el siguiente ejemplo: si se vende un bien raíz por un instrumento privado, el comprador no podría obtener la tradición de la cosa, porque el Conservador no inscribiría el título y tampoco podría obtener la restitución del precio (por tratarse de una obligación natural). Este último argumento le parece definitivo a Ramos Pazos.⁵⁰

En nuestra opinión, la segunda doctrina parece ser la correcta, y agregamos otro argumento: aceptar una hipótesis como la que

⁴⁹ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 159.

⁵⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 43.

ejemplifica Ramos Pazos, implicaría amparar un enriquecimiento sin causa o injusto, lo que pugna con uno de los principios fundamentales del Código Civil. Además, en el campo de la compraventa, en realidad estaríamos ante un acto inexistente, que jamás podría generar una obligación natural. Esta sólo podría nacer de un acto existente aún cuando nulo.

La jurisprudencia no ha sido uniforme.⁵¹

c) Segundo grupo de obligaciones naturales: obligaciones civiles “desvirtuadas” o “degeneradas”.

Se trata de obligaciones que, habiendo nacido como civiles o perfectas, circunstancias posteriores hacen que se desvirtúen o degeneren en obligaciones naturales.

c.1) **“Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción”** (art. 1470, Nº 2): cabe consignar que, si la prescripción deja subsistente una obligación natural, en definitiva, extingue acciones, antes que obligaciones.

Podría estimarse que el Código quiso expresar que la obligación se extingue como “civil”, pero subsiste como natural.

Se plantea nuevamente la discusión acerca de si es necesario una sentencia judicial que **declare prescrita la obligación** o más bien la acción, o si, por el contrario, **la obligación civil se convertirá en natural desde que concurren los requisitos de la prescripción, aunque ésta no se haya declarado.**

Si se concluye que siempre se requiere dictar sentencia que declare prescrita una obligación, quien paga antes de tal declaración judicial, paga una obligación civil y no natural, pues sólo tendrá este último carácter después de dictada y ejecutoriada la sentencia. René Ramos Pazos opta por esta doctrina, señalando que, de seguir la tesis contraria, se confunden dos instituciones: la renuncia de la prescripción y el cumplimiento de una obligación natural. Cita al efecto a Hugo Tapia, quien afirma: “la lógica nos está evidenciando que el deudor que paga una obligación sin hacer valer la excepción de prescripción que la ley le otorga, no está pagando una obligación natural, sino renunciando a la prescripción”.⁵² Una opinión similar sustenta Fernando Fueyo.⁵³

Si se opta por la segunda posición, el deudor que paga una obligación respecto de la cual no se ha alegado prescripción alguna, pero potencialmente ya podría alegarse, no ejecuta una liberalidad, sino

⁵¹ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 160.

⁵² Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 45, quien a su vez cita a Tapia Arqueros, Hugo, *De las Obligaciones Naturales*, Memoria, Universidad de Concepción, 1941.

⁵³ Fueyo Laneri, Fernando, ob. cit., Nº 48, p. 72.

que paga una obligación natural, renunciando a una excepción perentoria, como es precisamente la de prescripción. En esta posición, Meza Barros: "Una vez más pensamos que no es necesaria una declaración judicial y que la obligación civil se convertirá en natural desde que concurren los requisitos de la prescripción y tiene el deudor derecho a oponerla. De acuerdo con el art. 2514, la prescripción liberatoria 'exige solamente cierto lapso de tiempo', durante el cual no se hayan ejercitado las acciones correspondientes. Transcurrido el plazo y cumplidos los requisitos legales, el deudor habrá adquirido una excepción perentoria para oponer a la demanda del acreedor. Si renuncia a dicha excepción y paga la deuda, no ejecuta una liberalidad, sino que cumple una obligación natural".⁵⁴

c.2) **"Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba"** (art. 1470, Nº 4): se trata de obligaciones que nacieron perfectas, pero demandado el deudor, el acreedor no logró acreditar su existencia. Debemos precisar que el rechazo de la demanda ha de ser por razón de prueba y no por otra causa. Así, por ejemplo, cuando la obligación se originó en un contrato consensual, y su monto excede de dos unidades tributarias mensuales, y el acreedor no puede probar la existencia de aquella, al no disponer de otra prueba que la de testigos, excluida por la ley en tal hipótesis. Con todo, si se paga dicha obligación, no obstante haberse desconocido en juicio por falta de prueba, se paga una obligación natural.

4.3. Efectos de las obligaciones naturales.

a) Autorizan al acreedor para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Se trata del principal efecto. El principio fundamental en juego es el siguiente: el cumplimiento de una obligación natural no es un acto de liberalidad, sino un pago. La obligación natural sirve de causa eficaz al pago, que por lo mismo no puede reputarse indebido: arts. 2296 y 2297.

El pago debe reunir ciertos requisitos específicos, señalados en el inciso final del art. 1470: "Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes". Dos son entonces estos requisitos: que el pago sea hecho "voluntariamente" y por quien tenía "la libre administración de sus bienes". Los revisaremos a continuación.

i.- Debe ser voluntario: debe hacerse libre y espontáneamente. La voluntad del deudor no debe adolecer de un vicio del consentimiento y

⁵⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., Nº 64, p. 52.

en especial de la fuerza. Algunos pretenden que, además, el pago debería hacerse a sabiendas, con conocimiento de causa, con la conciencia que se satisface una obligación natural que el acreedor no tiene derecho a demandar. Por tanto, si el pago se efectuó en la creencia equivocada del deudor que el acreedor tenía acción para exigirlo, habría derecho a repetir lo pagado (Claro Solar; Barros Errázuriz; Abeliuk Manasevich, Fueyo Laneri⁵⁵). En tal caso, podría invocarse error para exigir la restitución de lo pagado. Refiere sobre el particular Claro Solar: "El pago debe ser hecho *voluntariamente*. ¿Cuál es el sentido de la palabra *voluntariamente*? Esta palabra es empleada por Pothier para explicar el efecto de las obligaciones naturales, y él la emplea en el sentido de *con conocimiento de causa, a sabiendas*. Paga voluntariamente el que paga sabiendo que no se halla obligado civilmente y teniendo, en consecuencia, la voluntad de hacer libremente el pago de una obligación natural, para descargar su conciencia; el que paga libre y espontáneamente una obligación que sabe que no se le puede exigir por el acreedor. Por eso el art. 2296, concordando con el art. 1470, dice que no puede repetirse lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural. El pago debe ser hecho, por lo tanto, libre y espontáneamente para solucionar la obligación natural que liga al deudor en conciencia; no para pagar una deuda a que el que paga se crea obligado civilmente y que paga porque cree que se le puede exigir el pago".⁵⁶ En la misma línea, Fueyo Laneri señala que este primer requisito contiene dos aspectos: uno general y otro específico. El general, se refiere a que la voluntad de quien paga no debe estar viciada. El específico, se refiere a que el que paga lo hace "a sabiendas de la situación jurídica existente, conociéndose la falta de exigibilidad de la obligación y la irrevocabilidad del pago que se efectúe. En otros términos, en posesión del hecho de que se está cumpliendo un deber moral en forma irrevocable". Ahora bien, frente a las dificultades que puede suscitar un "arrepentimiento" del deudor que después de pagar alega haber desconocido que la obligación era natural, Fueyo agrega que debiera operar una presunción de conocimiento de tal circunstancia, desde el momento que fue hecho de propia y libre iniciativa.⁵⁷ El punto es interesante, pues ante una controversia, la carga probatoria pesaría sobre el deudor que pretende obtener la restitución de lo pagado, presumiéndose que al pagar, lo hizo a sabiendas de que la obligación ya era natural. La exigencia de que el pago sea hecho con conocimiento de estar ante una obligación natural, consigna Peñailillo, se fundaría también en la supuesta semejanza que existiría entre el inciso final del art. 1470 y el art. 1695, que define la "ratificación" (más bien

⁵⁵ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo I, p. 364.

⁵⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., pp. 60 y 61.

⁵⁷ Fueyo Laneri, Fernando, ob. cit., N° 52, p. 79.

confirmación) tácita de un acto que adolece de nulidad relativa: "La ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada". En el contexto del art. 1695, quien ratifica, lo hace con la conciencia de que el acto adolecía del vicio de nulidad, pero en lugar de demandarla, opta por sanearla. Lo mismo debiera entenderse del inc. final del art. 1470. Las expresiones "voluntaria" (art. 1695) y "voluntariamente" (art. 1470), debieran entenderse en tal sentido, de conocimiento de la nulidad relativa o del carácter natural de la obligación, respectivamente. Se agrega que el art. 2296 permite retener al acreedor lo que se le ha pagado "para" cumplir una obligación natural.⁵⁸ Otro efecto que se derivaría del carácter "voluntario" del pago, señala Peñailillo, consiste en que el acreedor de una obligación natural no puede disfrutar del denominado "derecho de retención", negándose a restituir al deudor bienes de su propiedad, pues en tal caso nos encontraríamos ante una compulsión al pago.⁵⁹

Otros estiman que tal criterio, sin embargo, es inadmisibles, atendido el texto del art. 2297, en cuanto este artículo no plantea dicha exigencia. Como expresa Meza Barros, "El error en que el deudor incurra -un error de derecho- no justifica la repetición de lo pagado. El art. 2297 autoriza para repetir lo pagado por un error de derecho, pero siempre que el pago no tenga por fundamento una obligación natural".⁶⁰ Daniel Peñailillo Arévalo también considera que no puede desprenderse del art. 1470 la exigencia de que el pago sea hecho con conocimiento de estar el deudor ante una obligación natural. En primer término, señala este autor, el texto del inc. final del art. 1470 "no da mayor base para extender tanto el sentido de la 'voluntariedad', que ya llega a importar todo un requisito nuevo. Por el contrario, el art. 2297 traduce más bien la idea opuesta (...) ese precepto prescinde -para impedir la repetición- de la falta de conciencia del deudor. Por último, el fundamento de la obligación natural tampoco se compadece con esa exigencia; lo que se pretende con ella es que si en equidad corresponde pagar, se pueda retener prescindiendo del ánimo del que paga. El orden jurídico quedará complacido y le basta con observar que una cuenta -que él estimaba preferible no compeler a pagar- en la realidad quedó saldada".⁶¹

ii.- Debe hacerse por quien tenga la libre administración de sus bienes: por regla general, el pago (en el caso de las obligaciones de dar) importa una enajenación, y por tanto, quien paga debe tener la facultad de disponer del objeto del pago. Y quien puede disponer, por regla general ha de ser también plenamente capaz. Expresa al efecto Claro Solar: "... si la obligación natural proviene de la incapacidad para

⁵⁸ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 171.

⁵⁹ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 171.

⁶⁰ Meza Barros, Ramón, ob. cit., Nº 69, p. 54.

⁶¹ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., pp. 171 y 172.

obligarse del deudor que celebró el acto o contrato de que procede esa obligación sin llenar los requisitos legales necesarios para salvar su incapacidad, no podría ser válido el pago que adolece del mismo defecto. La ley no habla de libre disposición sino de libre administración. Mas por *libre administración* debe entenderse que la ley ha querido expresar, *libre disposición de bienes*, que lleva envuelta la facultad de enajenar; es decir, el pago debe ser hecho por una persona de capacidad plena y a quien no está prohibida la enajenación de sus bienes".⁶² Por ello, tratándose de la obligación contraída por un menor adulto, será necesario que el pago se verifique al alcanzar la mayoría de edad o en su defecto, que el menor cuente con la debida autorización de su representante legal. A su vez, la cosa pagada no deberá estar sujeta a prohibición o a un embargo. Se refrenda lo anterior por el art. 2262 del Código Civil, en las normas del juego y de la apuesta: "Lo pagado por personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrá repetirse en todo caso por los respectivos padres de familia, tutores o curadores".

iii.- Debe cumplir con los demás requisitos generales del pago: pago íntegro y conforme al tenor de lo pactado.

b) Las obligaciones naturales pueden ser novadas.

Una obligación natural puede reemplazarse por una obligación civil o viceversa (la novación no sería sino un pago con obligaciones): art. 1630.

Sin embargo, la obligación natural no puede ser compensada legalmente, puesto que la compensación legal exige que las obligaciones recíprocas que se extinguen hasta concurrencia de la menor, "sean actualmente exigibles" (art. 1656, regla 3ª). Nada impide, sin embargo, que opere una compensación convencional.

c) Las obligaciones naturales pueden ser caucionadas: arts. 1472 y 2338.

La ley sólo se pone en el caso que la caución se constituya por un tercero ("garante"). Si se otorga por el propio deudor, del mismo modo que no hay acción para exigir el cumplimiento de la obligación principal, tampoco podrá el acreedor hacer efectiva la garantía. Constituidas por un tercero, éste, en algunos casos, estará civilmente obligado. En otros, según veremos, sólo contraerá una obligación natural.

i.- Particularidades de la fianza de obligaciones naturales: no goza el fiador de los beneficios de excusión y de reembolso.

Por el beneficio de excusión, el fiador tiene derecho para que el acreedor, antes de proceder contra él, persiga la deuda en los bienes del

⁶² Claro Solar, Luis, ob. cit., p. 61.

principal deudor. Tratándose de obligaciones naturales afianzadas, es lógico que el fiador carezca del beneficio, porque la obligación caucionada no confiere derecho al acreedor para perseguir su cumplimiento: art. 2358 N° 3.

Por el beneficio de reembolso, el fiador que paga tiene derecho a que se le reintegre lo pagado, con intereses y gastos y a que se le indemnicen los perjuicios (art. 2375). El fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor (art. 1610 N° 3) y éste, en las obligaciones naturales, carece de acción contra el deudor.

ii.- Situación de los terceros que caucionan una obligación natural.

Generalmente, se sostiene que las obligaciones accesorias de los terceros son obligaciones civiles perfectas y que por tal razón, pueden ser perseguidos por el acreedor, aunque éste carezca de acción contra el deudor.

Sin embargo, algunos (Meza Barros entre ellos), estiman que la cuestión no puede resolverse en términos tan categóricos. Se recuerda que en todos los casos de obligaciones naturales, el deudor dispone de una excepción perentoria para oponer al acreedor: nulidad, prescripción, cosa juzgada.

Para decidir la situación de los terceros garantes, habrá que investigar si por su parte éstos disponen de alguna de las mencionadas excepciones, para enervar la acción del acreedor.⁶³

En el caso del número 1 del art. 1470, no puede invocarse por el tercero la nulidad relativa, pues sólo está establecida en favor del incapaz (arts. 1684 y 2354). Por lo tanto, la obligación de los terceros garantes de una obligación contraída por relativamente incapaces a los que se aplica el N° 1 del art. 1470, es una obligación civil perfecta.

En el caso del N° 2 del art. 1470, si la caución se constituyó después de consumada la prescripción, su constitución importará una renuncia tácita de la prescripción por el tercero (art. 2518). La obligación del tercero será civil. Pero si la caución se constituyó simultáneamente con la obligación principal, la primera será también natural, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal (artículo 2516).

En el caso del N° 3 del art. 1470, el tercero podrá invocar la nulidad, puesto que si es absoluta, puede ser alegada por todo aquel que tenga interés en ella (art. 1683). Entonces, la obligación accesorias del tercero también será natural.

En el caso del N° 4 del artículo 1470, habría que distinguir, según si la caución fue constituida por el tercero antes o después del juicio:

i.- Si la caución se otorgó *antes* del juicio, habría que formular un subdistingo: si el tercero no ha sido parte en dicho juicio, no podrá invocar en su favor la sentencia que favorece al deudor principal, dado

⁶³ Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 77, pp. 57-59.

el efecto relativo de los fallos judiciales, por regla general (art. 3º del Código Civil). En este caso, la obligación del tercero sería civil. A *contrario sensu*, si dicho tercero fue demandado conjuntamente con el deudor, la sentencia que rechaza la acción del acreedor también lo amparará, de manera que para él la obligación será igualmente natural.

ii.- A su vez, refiere Meza Barros que si el tercero otorgó la caución *después* que la sentencia desestimó la obligación por falta de prueba, operaría la misma solución planteada para las obligaciones naturales del Nº 2 del art. 1470, cuando la caución se otorga por el tercero una vez cumplida o declarada la prescripción: habrá una renuncia por parte del tercero a la prescripción o a los efectos de la sentencia. Su obligación, por ende, será civil.⁶⁴

d) *La sentencia que rechaza la demanda contra el naturalmente obligado no extingue la obligación natural*: art. 1471.

La obligación natural no resulta afectada por el fallo que absuelve al deudor en razón de haber estado prescrita la deuda, o por no haber logrado el acreedor probar su crédito, o porque es nula por incapacidad relativa del menor adulto o por vicios de forma del acto.

Si el deudor paga, su renuncia a la cosa juzgada no supone una liberalidad, sino el cumplimiento de una obligación natural. La sentencia es inocua. No hay cosa juzgada en materia de obligaciones naturales.

4.4. Otros casos de obligaciones naturales.

En la doctrina, se han señalado otros casos, distintos de los indicados en el art. 1470:

a) *Juego lícito con predominio del esfuerzo intelectual*.

La ley distingue entre juegos lícitos y juegos ilícitos o de azar. A su vez, entre los primeros, se distingue entre aquellos en los que predomina el esfuerzo físico (por ejemplo, carreras de caballos), los que producen acción, son verdaderas obligaciones civiles, siempre y cuando no infrinjan las leyes y ordenanzas de policía local; y aquellos en que predomina el esfuerzo o destreza intelectual (arts. 2260 y 2263). En este caso, se producirían los efectos de toda obligación natural.

b) *Multa en los esponsales* (arts. 98 y 99).

Se produciría también aquí el efecto fundamental de las obligaciones naturales: la ley niega el derecho a demandar la multa, pero pagada, autoriza a retener lo pagado (art. 99). Al respecto, se dice que no hay obligación natural, porque la ley expresamente establece que los esponsales no producen obligación alguna (art. 98); siendo el

⁶⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., Nº 77, pp. 58 y 59.

derecho a retener lo pagado una sanción al esposo que faltó a un deber moral.

c) *Pago de intereses no estipulados en el mutuo*: art. 2208.

Lo anterior es válido en el ámbito del contrato de mutuo, regido por el CC., pero distinta es la norma en las operaciones de crédito de dinero, reguladas por la Ley N° 18.010. En estas, se presume el pago de intereses, siendo necesario pacto expreso para excluirlos. Por lo tanto, en el ámbito de la última ley, quien paga intereses no estipulados paga una obligación civil (art. 12 de la Ley N° 18.010: la gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero).

d) *Pago por un objeto o causa ilícitos*: art. 1468.

Se dice sin embargo que no se trata de una obligación natural, sino de una sanción por haber actuado conociendo la ilicitud del objeto o de la causa.

e) *Heredero que goza de beneficio de inventario y que sin embargo paga más de lo que recibe en herencia* (art. 1247).

f) *El deudor que goza de beneficio de competencia y paga deudas mayores al monto que se obliga* (art. 1625).

En estos dos últimos casos, sin embargo, se dice que hay verdaderas obligaciones civiles y una renuncia del heredero o deudor a las limitaciones de su responsabilidad.

5.-) OBLIGACIONES SUJETAS A MODALIDAD.

5.1. Generalidades.

Cabe formular dos reglas generales al respecto:

a) Primera regla general: normalmente, las obligaciones son puras y simples y las modalidades son excepcionales. Por regla general, las modalidades no se presumen, requiriéndose una declaración expresa de voluntad. Sin embargo, en ciertos casos, la ley subentiende la existencia de modalidades:

i.- Condición resolutoria tácita (art. 1489);

ii.- Compraventa de cosa que no existe pero se espera que exista (art. 1813): condición suspensiva;

iii.- Fideicomiso (art. 738): condición suspensiva.

b) Segunda regla general: puede señalarse que todos los actos, en principio, admiten modalidades. Excepcionalmente, no las admiten:

i.- El contrato de matrimonio (art. 102);

ii.- El testamento, en cuanto no puede sujetarse la legítima rigurosa a una modalidad o gravamen (art. 1192);

iii.- La aceptación o repudiación de las asignaciones (art. 1227);

- iv.- La aceptación o renuncia a los gananciales de la sociedad conyugal (aplicando por analogía el art. 1227 en relación al art. 956, inc. 1º)⁶⁵;
- v.- No se puede constituir un usufructo bajo una condición o un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio (art. 768).
- vi.- La promesa de no disponer de la cuarta de mejoras, no admite modalidades (art. 1204).
- vii.- El reconocimiento de un hijo es un acto puro y simple (art. 189, inc. 2º).
- viii.- El pacto por el cual los cónyuges sustituyen el régimen patrimonial vigente es puro y simple (art. 1723, último inciso).
- ix.- Las capitulaciones matrimoniales celebradas en el acto del matrimonio (artículos 1715, inciso 2º y 1723, último inciso).

5.2. Las obligaciones condicionales.

a) Concepto de obligación condicional.

Se encuentra en el art. 1473, que la define en los siguientes términos: "Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no".

A su vez, el art. 1070, inc. 2º, define lo que se entiende por asignación condicional: "Asignación condicional es, en el testamento, 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". El inciso 3º agrega que "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".

Recordemos que condición es un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho.

b) Clasificación de las condiciones.

b.1) Expresas y tácitas.

Condiciones expresas son aquellas establecidas en virtud de una cláusula formal. Constituyen la regla general.

Condiciones tácitas son aquellas que se subentienden sin necesidad de una declaración de voluntad explícita. Las condiciones sólo cabe subentenderlas en los casos señalados por la ley.

b.2) Positivas y negativas (art. 1474).

⁶⁵ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, 3ª edición Actualizada con la Ley Nº 19.585 sobre nuevo Régimen de Filiación y Ley Nº 16.620 sobre Adopción, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, Tomo I, p. 272.

Las positivas consisten en acontecer una cosa; las negativas en que no acontezca una cosa.

b.3) *Determinadas e indeterminadas.*

Las determinadas son aquellas en las que se sabe cuando el hecho puede suceder (te doy \$ 1.000.000.-, si apruebas tu examen de grado, que darás el 15 de mayo próximo); en las indeterminadas, se ignora si el hecho ha de ocurrir y cuando (te dono un departamento, si te casas).

b.4) *Posibles o lícitas e imposibles o ilícitas* (art. 1475).

Las últimas se clasifican a su vez en físicamente imposibles, moralmente imposibles e ininteligibles.

Si el hecho es físicamente imposible, vale decir si no ocurrirá el hecho, no hay incertidumbre y por tanto no hay condición.

Si el hecho es moralmente imposible, no podrá verificarse el hecho o si se verifica será contrario a derecho: tampoco hay condición reconocida por el ordenamiento jurídico.

Para precisar los efectos de la imposibilidad, debemos distinguir entre condiciones positivas o negativas, suspensivas o resolutorias.

1. La condición positiva y suspensiva que es física o moralmente imposible o concebida en términos ininteligibles, se reputa fallida: art. 1480, incisos 1º, 2º y 3º. El derecho, por ende, no llega a nacer (condición suspensiva físicamente imposible: te daré \$ 1.000.000.-, si haces llover con la sola fuerza de tu mente; te daré \$ 100.000.000.-, si viajas al planeta Marte y vuelves en 30 días; condición moralmente imposible: o si das muerte a X).

2. La condición positiva y resolutoria física o moralmente imposible o ininteligible, se tiene por no escrita, la obligación es pura y simple: art. 1480, inc. 4º. Esto significa que el derecho, que ha nacido, en verdad no se extinguirá (condición resolutoria físicamente imposible: te doy por este acto \$ 1.000.000.-, pero deberás devolverme esa suma, si mi perro comienza a hablar; te doy \$ 100.000.000.-, pero si viajas al planeta Marte y vuelves en el plazo de 30 días, me deberás devolver tal suma; condición resolutoria moralmente imposible: te doy por este acto \$ 100.000.000.-, pero me deberás devolver esa suma, si das muerte a X).

3. La condición negativa y suspensiva, cuando es físicamente imposible, se tiene por no escrita la condición: art. 1476, la obligación es pura y simple. El derecho nace puro y simple y por ende puede reclamarse (te daré \$ 1.000.000.-, si Pedro no da a luz un niño; te daré \$ 100.000.000.-, siempre y cuando no viajes al planeta Marte y vuelvas en el plazo de 30 días).

4. La condición negativa y suspensiva moralmente imposible o concebida en términos ininteligibles, se tendrá por fallida, pues vicia la disposición: arts. 1476 y 1480, inc. 2º. Por ejemplo, te daré \$ 5.000.000.-, si no das muerte a X. Nada puede reclamarse por el

acreedor condicional, pues se trata de abstenerse de la comisión de un hecho ilícito.

5. La condición negativa y resolutoria física o moralmente imposible o ininteligible, se tiene por no escrita, la obligación es pura y simple (te doy \$ 100.000.000.-, pero si no viajas al planeta Marte y vuelves antes de un mes, me devolverás esa suma; te doy \$ 100.000.000.-, pero si no das muerte a Pedro antes de un año, me devolverás esa suma).

En síntesis:

i.- En los casos 1 y 4, no hay obligación (porque la condición se reputa o tiene por fallida) y nada puede reclamarse por el pretendido acreedor.

ii.- En los casos 2, 3 y 5, se consolida el derecho del acreedor, pues no hay condición (se tiene por no escrita la condición), la obligación es pura y simple y por ende debe cumplirse por el deudor.

b.5) *Potestativas, casuales y mixtas*: art. 1477.

Condiciones potestativas son aquellas que dependen de un hecho o de la voluntad del deudor o del acreedor. Se dividen en simplemente potestativas y pura o meramente potestativas.

Es simplemente potestativa la condición que depende de un hecho voluntario de una de las partes (art. 1478, inc. 2º): por ejemplo, del acreedor, cuando una persona le dice a otro que si le acompaña a tal ciudad, le pagará el pasaje; o del deudor, cuando una persona le dice a la otra que si la primera viaja a tal ciudad, le dejará su casa en comodato a la segunda.

Es pura o meramente potestativa la condición que depende no de un hecho, sino de la sola voluntad del acreedor o del deudor (art. 1477).

En el caso de la simplemente potestativa, la condición depende de que se realice un hecho voluntario; en el caso de la pura o meramente potestativa, la condición queda entregada a la sola voluntad de una de las partes.

No hay duda que las condiciones simplemente potestativas son perfectamente válidas. En cuanto a las mera o puramente potestativas, debemos hacer algunas precisiones. En esta materia, debemos tener presente el art. 1478. Esta disposición deja en claro que es válida la obligación sujeta a una condición pura o meramente potestativa suspensiva o resolutoria del acreedor (por ejemplo, la promesa unilateral de venta: te vendo mi casa en \$ 50.000.000.-, si te agrada). Tratándose del deudor, debemos distinguir:

* Condición meramente potestativa resolutoria del deudor: es válida (por ejemplo, en las donaciones revocables, en que depende de la sola voluntad del donante dejar sin efecto la donación);

* Condición meramente potestativa suspensiva del deudor: es nula (por ejemplo, te donaré, \$ 1.000.000.-, si quiero). En este último caso, la ley estima que no existe seriedad en la voluntad, y, por ende, que no hay obligación.

Condición casual es la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso: te entrego en comodato mi casa de Viña del Mar por cinco años, pero si mi hermano Carlos vuelve de Europa y me pide habitarla, deberás restituirme de inmediato dicho inmueble; o, te presto mi automóvil, pero si llueve, me lo devuelves de inmediato.

Condición mixta es la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso. René Ramos Pazos indica que 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. Este mismo autor proporciona los siguientes ejemplos de condición mixta: 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 María⁶⁶

b.6) *Condiciones suspensivas y resolutorias*: art. 1479.

La condición suspensiva subordina a un hecho futuro e incierto la existencia de la obligación: se ignora si el derecho correlativo llegará a existir.

La condición resolutoria subordina al hecho futuro e incierto la extinción de la obligación. Esta nació, pero está expuesta a extinguirse en el evento que se verifique la condición.

En el fondo, se sostiene que sólo hay una especie de condición, la suspensiva, ya sea porque suspende el nacimiento de la obligación y derecho correlativo, ya sea porque suspende la extinción del derecho y obligación correlativa.

Además, cabe tener presente que la condición, que para una parte es suspensiva, para la otra es resolutoria. Si una persona es titular de un derecho expuesto a extinguirse si se verifica una condición, para ella la condición es resolutoria de su derecho; pero para la persona que adquiera tal derecho a consecuencia de perderlo la primera, la condición será suspensiva.

c) Estado en que pueden encontrarse las condiciones y modo de cumplirlas.

c.1) Estado en que pueden encontrarse las condiciones.

La condición, sea suspensiva o resolutoria, positiva o negativa, puede encontrarse en uno de los siguientes estados: pendiente, cumplida o fallida.

Está pendiente, mientras no se ha verificado el suceso constitutivo de la condición y se ignora si se verificará.

⁶⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 136.

Está cumplida, cuando se ha verificado el hecho que la constituye (si la condición es positiva) o no se ha verificado (si la condición es negativa).

Está fallida, si no se verifica el acontecimiento (siendo positiva la condición) o se verifica (siendo negativa).

i.- Pendiente la condición, distinguimos:

+ Si es suspensiva: se mantiene en suspenso la adquisición del derecho;

+ Si es resolutoria: se mantiene en suspenso la extinción de un derecho.

ii.- Cumplida la condición, distinguimos:

+ Si es suspensiva: nacerá el derecho;

+ Si es resolutoria: se extinguirá el derecho.

* Fallida la condición, distinguimos:

+ Si es suspensiva: el derecho no llegó a nacer;

+ Si es resolutoria: el derecho se consolida definitivamente.

iii.- Cuándo se entiende cumplida o fallida la condición. El art. 1482 se pone en dos situaciones: "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".

Cabe distinguir entonces si la condición es positiva o negativa y si se fijó o estipuló o no un plazo para su cumplimiento:

+ Si la condición es positiva y se ha fijado un plazo: algo debe ocurrir, dentro de un cierto plazo.

Se considerará cumplida: si el acontecimiento sucede dentro del plazo;

Se considerará fallida: si transcurre el plazo sin que se verifique el acontecimiento.

+ Si la condición es negativa y se ha fijado un plazo: algo no debe ocurrir, dentro de un cierto plazo.

Se considerará cumplida: si no se realiza el acontecimiento dentro del plazo fijado.

Se considerará fallida: si el hecho se verifica en el plazo.

+ Si la condición es positiva y no se ha fijado un plazo: algo debe ocurrir, pero no se fija plazo para ello.

Se considerará cumplida: en cualquier tiempo en que el hecho se verifique, que no pase de 10 años, en opinión de algunos (aplicando el art. 962, inc. 3º, relativo a las asignaciones por causa de muerte condicionales y el artículo 2511, relativo a la prescripción extraordinaria) o que no pase de 5 años, a juicio de otros (aplicando el art. 739, en el fideicomiso). René Ramos Pazos adhiere a la primera doctrina, recordando que la aplicación del artículo 739 se desprendía del Mensaje

del Código Civil, al señalar que las condiciones suspensivas y resolutorias, "en general, se reputan fallidas si tardan más de 30 años en cumplirse". Ahora bien, ese plazo de 30 años, era el originario del artículo 739, el que después bajó a 15 años, coincidiendo en ambos casos con el plazo de la prescripción extraordinaria (que comenzó en 30 años y luego se rebajó también a 15 años). El problema se produjo cuando los 15 años para cumplir la condición en el fideicomiso bajaron a 5, mientras que los 15 años de la prescripción extraordinaria bajaron a 10, rompiéndose de esta forma la igualdad en los plazos entre el fideicomiso y la prescripción extraordinaria. Por ende, concluye Ramos Pazos, "No merece duda que el plazo de caducidad de las condiciones es de 10 años, pues ése 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."⁶⁷

Curiosamente, Ramos Pazos no refuerza su argumentación aludiendo al artículo 962, inc. 3º, que, a nuestro juicio, sería la regla más directamente vinculada con la materia que nos ocupa.

Se considerará fallida: en cualquier tiempo en que se tenga la certeza que el acontecimiento no ocurrirá o cuando pasen 10 o 5 años (según la doctrina que sigamos) sin que se verifique.

+ Si la condición es negativa y no se ha fijado un plazo: algo no debe ocurrir, pero no se indica en qué plazo.

Se considerará cumplida: en cualquier tiempo en que se tenga la certidumbre que no se verificará el acontecimiento o cuando transcurran 10 o 5 años sin que se haya verificado.

Se considerará fallida: en cualquier momento en que el acontecimiento se verifique, dentro de los 5 o 10 años.

Cabe hacer hincapié que, en todas las situaciones anteriores, la condición debe fallar por causas ajenas a la voluntad del obligado; vale decir, debe fallar sin culpa o dolo del deudor. De lo contrario, la condición se tendrá por cumplida: art. 1481, inc. 2º: "Con todo, si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida".

c.2) Modo de cumplir las condiciones.

En cuanto al modo de cumplir las condiciones, los arts. 1483 y 1484 establecen reglas en apariencia contradictorias. En efecto, el art. 1483 dispone que debe estarse a la intención de las partes; y el art. 1484 parece dar a entender que debe estarse al tenor literal de lo convenido. La regla del art. 1483 es una aplicación de las normas de

⁶⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 135.

interpretación de los contratos, contenidas en los arts. 1560 a 1566. Se privilegia la intención, lo que realmente quisieron los contratantes. Ahora bien, establecida esa intención, el art. 1484 dispone que la condición debe cumplirse literalmente, con lo que quiere decir que no se acepta un cumplimiento por equivalencia. No hay pues tal contradicción.

A su vez, el art. 1485, inc. 1º, establece que debe verificarse íntegramente la condición. Así, por ejemplo, si el testador deja un legado de \$100.000.000.- a Juan, quien es médico, siempre que sirva de voluntario en "Médicos Sin Fronteras" por tres años, después de la muerte del causante, el asignatario debe cumplir el plazo íntegramente antes de reclamar el pago del legado.

d) Efectos de las condiciones suspensivas.

d.1) *Efectos de la condición suspensiva pendiente.*

d.1.1) Mientras no se cumpla la condición suspensiva, el derecho y la obligación correlativa aún no nacen.

En efecto, a lo más se puede afirmar que el derecho del acreedor existe en germen, es un derecho "en verde" o "embrionario", de lo que resultan las siguientes consecuencias:

i.- El acreedor no puede demandar el cumplimiento de la obligación. Dispone el art. 1485, inc. 1º: "No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente".

ii.- El deudor no está obligado a cumplir la obligación, y si lo hiciere, tiene derecho de repetir lo pagado. Consigna el art. 1485, inc. 2º: "Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido". Aquí estamos ante un pago que carece de causa, pues la obligación aún no ha nacido; en todo caso, si la condición se cumplió después del pago, cesa el derecho de repetir.

iii.- No corre en contra del acreedor plazo de prescripción alguna, puesto que éste se cuenta desde que la obligación se hizo exigible: "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. / Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible" (art. 2514).

Sin embargo, aunque no existe obligación, sí hay un germen de derecho, que queda de manifiesto en varias circunstancias:

i.- Pendiente la condición, el acreedor puede impetrar providencias conservativas necesarias. Establece el art. 1492, inc. 3º: "El acreedor podrá impetrar durante dicho intervalo [entre la celebración del contrato condicional y el cumplimiento de la condición] las providencias conservativas necesarias". Tienen la misma facultad el asignatario condicional, art. 1078; y el fideicomisario, art. 761.

ii.- En caso de fallecimiento de alguna de las partes, distinguimos:
1. Si fallece el acreedor condicional, su derecho en germen se transmite a sus herederos; del mismo modo, si fallece el deudor condicional, su obligación condicional se transmite 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" (art. 1492, inc. 1º).

La regla anterior, en lo que respecta al fallecimiento del *acreedor condicional*, no se aplica sin embargo en los siguientes casos:

i) A las asignaciones testamentarias (art. 1078; art. 1492, inc. 2º);

ii) A las donaciones entre vivos (art. 1492, inc. 2º);

iii) Ni en el caso que fallezca el fideicomisario (artículo 738).

Estos actos son *intuitu personae*; además, el asignatario debe ser capaz de suceder y para serlo debe existir al tiempo de abrirse la sucesión y al cumplirse la condición. La misma regla se aplica a las donaciones entre vivos (arts. 962 y 1390, respectivamente).

2. Si fallece el deudor: la obligación condicional que proviene de un testamento o donación entre vivos es transmisible a los herederos del deudor. Además, en este caso, el acreedor puede impetrar el beneficio de separación (art. 1379).

d.2.2) ¿Quién soporta el riesgo de la pérdida de la cosa debida (cuando es una especie o cuerpo cierto), pendiente la condición?

Debemos distinguir si la pérdida es fortuita o culpable y si es total o parcial:

i.- Pérdida total fortuita. Señala el art. 1486, inc. 1º, primera parte: "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación". Se extingue la convención, tanto la obligación condicional del deudor como el derecho recíproco del acreedor; por ello, se dice que el riesgo es de cargo del deudor, porque soporta la pérdida de la cosa debida sin compensación. En cambio, si el contrato fuere puro y simple, el riesgo será de cargo del acreedor, no del deudor (artículos 1550 y 1820).

ii.- Pérdida parcial y fortuita. Indica el art. 1486, inc. 2º, parte inicial: "Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio". El riesgo debe soportarlo el acreedor, quien está obligado a recibir la cosa en el estado en que se encuentre, sin derecho a rebaja en el precio. Como contrapartida, hace suyos los aumentos y mejoras, sin pagar un precio adicional.

iii.- Pérdida total e imputable al deudor. Establece el art. 1486, inc. 1º, segunda parte: "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece (...) por culpa del deudor, el deudor es obligado al

precio, y a la indemnización de perjuicios". La obligación subsiste, pero cambia de objeto: se debe el precio de la cosa perdida y la indemnización de los perjuicios.

iv.- Pérdida parcial e imputable al deudor. Regula esta situación el art. 1486, inc. 2º, segunda parte: "... salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios". El acreedor por tanto tiene derecho a optar entre:

1º Pedir que se resuelva el contrato (el Código Civil erróneamente alude a la "rescisión" del contrato); o

2º Pedir que se le entregue la cosa en el estado en que se encuentre.

En ambos casos, con derecho a que se le indemnicen los perjuicios.

El art. 1820 aplica las reglas anteriores al contrato de compraventa.

En todo caso, debemos aclarar que es necesario que la condición se cumpla; si falla, no hay contrato ni problema de los riesgos, pues en tal caso, la pérdida pertenecerá al dueño, al frustrado vendedor (en cambio, si el contrato no fuere condicional, la pérdida deberá soportarla el comprador).

d.2) *Efectos de la condición suspensiva fallida.*

Si en definitiva falla la condición suspensiva, el derecho no llega a nacer, se extingue el germen de derecho del acreedor. Tal es la consecuencia *principal*.

Junto con la anterior, pueden producirse otras *posibles* consecuencias:

i.- Quedarán sin efecto las medidas conservativas;

ii.- Puede el deudor repetir lo pagado pendiente la condición;

iii.- Las enajenaciones que el deudor hubiere realizado de las cosas que debía, se consolidan definitivamente.

d.3) *Efectos de la condición suspensiva cumplida:* el germen de derecho se transforma en un derecho perfecto. Nace el derecho y la obligación correlativa.

Cabe indicar que la condición opera retroactivamente: los efectos de la condición cumplida se retrotraen, salvo excepciones, al tiempo en que se contrajo la obligación condicional. En consecuencia, cumplida la condición suspensiva, se entenderá que el derecho del acreedor habrá nacido desde que se contrajo la obligación, como si hubiera sido una convención pura y simple.

Por el contrario, fallida la condición suspensiva, se reputa que el acreedor no tuvo derecho alguno, y que sobre el deudor condicional

nunca pesó obligación alguna. Lo mismo cabe decir de la condición resolutoria.

La ley aplica el principio de la retroactividad en los siguientes aspectos:

i.- La transmisión del derecho y de la obligación condicionales, no se explican sino por el efecto retroactivo de la condición cumplida. De otra manera, ¿cómo podría transmitirse a los herederos del acreedor un derecho del que carecía el causante? y ¿por qué entonces los herederos del deudor deben cumplir una obligación que no pesaba sobre el causante?

ii.- El mismo principio opera generalmente, cada vez que la ley subordina los efectos de un acto a circunstancias posteriores a su celebración. Así, en el caso del art. 2413 (hipoteca); art. 77 (derechos eventuales del que está por nacer).

Cabe considerar, sin embargo, algunas excepciones al principio de la retroactividad:

i.- Respecto de los frutos, art. 1488: no pertenecerán al acreedor, salvo disposición expresa en contrario (el mismo principio se establece en el art. 1816, en la compraventa, cuando ésta se celebra sujeta a condición);

ii.- Respecto de las enajenaciones efectuadas en el tiempo intermedio (entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la condición): arts. 1490 y 1491. La condición cumplida únicamente afecta a los terceros de mala fe. Es decir, la condición no opera retroactivamente en perjuicio de los terceros de buena fe. Se entiende que el tercero estaba de mala fe, cuando conocía la existencia de la condición resolutoria pendiente (que pesaba sobre quien le enajenó) y que al mismo tiempo era suspensiva pendiente (en favor del acreedor de quien enajenó).

e) La condición resolutoria.

Distinguimos tres formas que puede asumir la condición resolutoria: la condición resolutoria ordinaria; la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio.

e.1) Condición resolutoria ordinaria.

Es la que consiste en un hecho cualquiera, futuro e incierto, **que no sea** el incumplimiento de una obligación, del que pende la extinción de un derecho (por ejemplo, cuando en una compraventa se incorpora el pacto de retroventa, art. 1881; o cuando se estipula en un contrato de compraventa de 10.000 acciones de Entel que el contrato se resolverá o quedará sin efecto si en el plazo de 30 días, contados desde su celebración, el valor por acción cotizado en la Bolsa de Comercio, disminuyese al final de dicho período en más de un 25%).

Produce sus efectos de pleno derecho, por el solo ministerio de la ley. El derecho se extingue *ipso iure* por el cumplimiento de la condición: art. 1479. No es necesario, entonces, pedir al tribunal que declare la resolución del contrato, pues ella se produjo en el momento mismo en que se cumplió la condición resolutoria ordinaria. Ello explica que el artículo 1487 establezca que "Cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición".

En consecuencia, toda persona que tenga interés en ello puede alegar que ha operado la resolución del contrato y puede oponerse a toda persona, parte o terceros, con las limitaciones de los arts. 1490 y 1491.

Cabe advertir que el cumplimiento de una condición resolutoria ordinaria no autoriza al acreedor para demandar indemnización de perjuicios, pues como se dijo, no hubo de por medio incumplimiento de obligaciones (no hubo mora de una obligación positiva ni contravención de una obligación negativa), de manera que nada cabe reprocharle al deudor (salvo si se hubiere estipulado una pena, para el caso de incurrir en mora en la restitución).

e.2) *Condición resolutoria tácita.*

e.2.1) Concepto de condición resolutoria tácita.

Consiste en no cumplirse lo pactado en un contrato bilateral. El hecho futuro e incierto es el incumplimiento de una obligación. Es una condición negativa y simplemente potestativa. Se le llama "tácita", porque se subentiende en todo contrato bilateral, no es necesario pactarla: art. 1489.

e.2.2) Fundamento de la condición resolutoria tácita.

Se fundamenta en el principio de la equidad de las prestaciones: si una parte no cumple con su obligación, la otra que cumplió con la suya o está llana a cumplirla sin estar en mora, puede demandar la resolución del contrato, con la indemnización pertinente.

e.2.3) Aplicación de la condición resolutoria tácita.

Del tenor del art. 1489, parece desprenderse que la condición resolutoria tácita sólo opera en los contratos bilaterales. La doctrina nacional y extranjera no tiene una opinión unánime al respecto. Alessandri sigue la conclusión apuntada, mientras que Claro Solar sostiene que operaría en todo contrato a título oneroso. El Código Civil la contemplaría en todo caso a propósito del comodato (art. 2177) y la prenda (art. 2396), ambos contratos unilaterales.

Abeliuk no admite la posibilidad de que la resolución en general y la condición resolutoria tácita en particular, puedan operar en los contratos unilaterales. Expresa que en el caso de los contratos unilaterales, pueden operar el término anticipado o caducidad o el derecho legal de retención, pero no la resolución: "En general, la

resolución no puede tener lugar en los contratos unilaterales, y normalmente se traducirá en una anticipación en el cumplimiento de la obligación, una especie de caducidad del plazo por el incumplimiento. Y así, en el comodato si el comodatario infringe su obligación de emplear la cosa de acuerdo al contrato o su uso ordinario, el comodante puede exigir la restitución anticipada e inmediata de ella, aunque se haya estipulado plazo para la devolución (Art. 2177); igualmente, si el acreedor prendario abusa de la cosa dada en prenda, el deudor puede pedir su inmediata restitución (Art. 2396, inciso final). Se trata, pues, de obligaciones accesorias cuya infracción permite exigir el cumplimiento inmediato, más no la resolución (...) Tampoco si el contrato unilateral llega a ser sinalagmático imperfecto, tendrá aplicación la resolución, porque en tal caso el acreedor debe indemnizaciones, y el deudor querrá retener la cosa que las ha producido y no devolverla como ocurriría con la resolución. Para el primer objeto la ley le otorga el derecho legal de retención".⁶⁸

e.2.4) Efectos de la condición resolutoria tácita.

i.- ¿Qué se puede pedir por el contratante diligente?

El contratante diligente puede pedir, a su arbitrio:

- i) La resolución del contrato (y la respectiva indemnización compensatoria y moratoria); o
- ii) El cumplimiento del contrato (más la indemnización moratoria).

En uno y otro caso, puede además pedir que se le indemnicen los perjuicios en la forma indicada.

ii.- ¿Cómo se ejerce la opción por el contratante diligente?

La condición resolutoria tácita, a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, no opera de pleno derecho. No produce la primera, de pleno derecho, la resolución del contrato. En efecto, el derecho de pedir la resolución del contrato es un beneficio que la ley otorga al contratante diligente: dueño es de renunciar a él para optar en cambio por exigir el fiel cumplimiento del contrato. Por lo demás, si el contratante diligente puede exigir el cumplimiento del contrato es precisamente porque este se encuentra vigente, no ha operado su resolución por el solo incumplimiento.

La opción que otorga el art. 1489 debe hacerse por medio de una demanda judicial. En efecto, si el contratante diligente opta por pedir la resolución del contrato, debe interponer una acción resolutoria. Así se desprende de diversas disposiciones: arts. 1489, 1873, 1874, 1878 y 1879.

iii.- ¿Cuál es el presupuesto de la acción resolutoria?

No basta, sin embargo, para demandar, el solo incumplimiento del contrato. Debe tratarse de un incumplimiento imputable, es decir, que el

⁶⁸ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., p. 512.

demandado se encuentre en mora de cumplir. En efecto, requisito necesario para exigir la indemnización de perjuicios, es que el deudor esté en mora, si la obligación es positiva (art. 1557). Así queda de manifiesto en los arts. 1826, 1873 (ambos en la compraventa) y 2101 (en la sociedad). Si la obligación es negativa, basta la sola contravención.

En cambio, si el incumplimiento no fuere imputable al deudor, la acción resolutoria no podrá prosperar. Recordemos que no será imputable al deudor el incumplimiento cuando éste se deba al caso fortuito o a la fuerza mayor, o cuando el deudor acredite que su conducta no fue culpable.

iv.- ¿Qué contratante puede deducir la acción resolutoria?

El que demanda debe ser el contratante *diligente*, el que ha cumplido o está llano a cumplir con su obligación. De lo contrario, la contraparte no estaría en mora: arts. 1552 y 1826, y el demandado podría oponer la excepción de contrato no cumplido, es decir, alegar que la mora (del demandante) purga la mora (del demandado). Profundizaremos sobre este punto en el estudio de la mora, dentro de los requisitos de la indemnización de perjuicios en materia contractual.

v.- ¿Qué incumplimiento faculta al contratante diligente para deducir la acción resolutoria?

¿Cualquier incumplimiento, por insignificante que fuere, faculta al contratante diligente para demandar la resolución del contrato? Tradicionalmente, se ha respondido que sí: basta –se afirma– cualquier incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, para pedir la resolución⁶⁹. Carece de importancia la magnitud de la infracción y la importancia de la obligación infringida. Excepcionalmente, la ley considera la magnitud de la infracción en los siguientes casos, aunque debe consignarse que en el primero y en el tercero en rigor no hay *resolución*, sino *terminación* del contrato:

i) En el arrendamiento (arts. 1939, “... grave y culpable deterioro”; 1972 “La negligencia grave” (...) “... en casos graves”; y 1979 “... en casos graves”);⁷⁰

ii) En la compraventa (cuando se trata de una cosa que no existía al momento de la celebración del contrato: artículo 1814 “Si faltaba una

⁶⁹ En tal sentido, Alessandri Rodríguez, Arturo, *Curso de Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*, Santiago, Editorial Nascimento, 1941, p. 76; Somarriva Undurraga, Manuel, *Las Obligaciones y Los Contratos ante la Jurisprudencia*, 2ª edición actualizada por Ramón Domínguez Benavente, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, pp. 12 y 13. Cita abundante jurisprudencia.

⁷⁰ Según veremos, en el caso de un contrato de arrendamiento no hay “resolución”, sino “terminación” del contrato, pues las partes no pueden volver atrás en los efectos derivados de éste.

parte considerable..."⁷¹; en la evicción parcial, artículo 1852 inc. final: "... la parte evicta es tal, que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella..."; y tratándose de los vicios redhibitorios, artículo 1868, *interpretado a contrario sensu*); y

iii) En el usufructo (art. 809: "... por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave" (...)) "El juez, según la gravedad del caso...".⁷²

De esta manera, dos serían los principales argumentos en que se funda esta primera doctrina:

i) Argumento "de la no distinción": el legislador no distinguiría en el artículo 1489 entre obligaciones principales o secundarias, o más importantes y menos importantes.

ii) Argumento "a contrario sensu": si el legislador considera la magnitud de la infracción en ciertos casos como los recién indicados, es porque, por regla general, tal exigencia no debe cumplirse.

Con todo, algunos han planteado la conveniencia de hacer un distingo, entre las **obligaciones principales** del contrato, cuyo incumplimiento facultaría, razonablemente, para demandar la resolución del mismo, y aquellas **obligaciones más bien secundarias**, que no lo autorizarían. Luis Claro Solar señala al efecto: "No habiéndose referido (el artículo 1489) determinadamente a la totalidad de las obligaciones principales que nacen del contrato, sino **a lo pactado**, puede ocurrir que la inejecución de las obligaciones principales sea sólo parcial, o que se refiera a obligaciones accesorias, habiéndose cumplido las obligaciones principales que esencialmente constituyen el contrato. ¿Podría esta inejecución parcial de los compromisos contraídos por una de las partes, autorizar a la otra para demandar la resolución, para que fuera declarada por el juez? Ateniéndose al tenor de la ley habría que decidir que la resolución puede ser pronunciada porque la ley no exige la inejecución total; pero en una materia regida más bien por la equidad que por el rigor del derecho, esta solución podría ser demasiado absoluta, puesto que algunas de las obligaciones comprendidas en lo pactado por los contratantes pueden no tener sino un efecto relativo e insignificante y su inejecución no causar al otro contratante perjuicios apreciables (...) Esta solución está fundada evidentemente en el **principio de equidad** que sirve de fundamento a la condición resolutoria que la ley subentiende en los contratos sinalagmáticos; y a

⁷¹ El art. 1814 contiene una doble excepción, en relación al art. 1489: por una parte, sólo faculta para demandar la resolución del contrato cuando falte una parte considerable del objeto vendido; y por otra, al demandar la resolución, sólo podrá pedirse indemnización de perjuicios en el evento de que el vendedor haya estado de mala fe al momento de vender.

⁷² Aquí tampoco se "resuelve", sino que más bien "termina" el derecho real de usufructo, por la misma razón indicada a propósito del arrendamiento.

la buena fe con que éstos deben ser ejecutados. No nos parece, por eso, admisible la opinión que no admite distinción alguna entre la inejecución total o parcial, ni entre la inejecución total o parcial de una obligación principal y de una obligación accesoria o secundaria; y creemos que para declarar la resolución el juez debe determinar si no se ha cumplido **lo pactado**, es decir, lo que constituye el contrato en sí mismo y ante las estipulaciones de las partes que no habrían seguramente contratado si no había de ejecutarse por el demandado lo que éste quedó obligado a prestar”.⁷³

En la doctrina francesa, Josserand sostiene una opinión semejante a la de Claro Solar: “La resolución del contrato, aun cuando constituya una sanción inherente a la ley contractual, no es en modo alguno de orden público, sino interpretativa de la voluntad de las partes (...) No es una inejecución cualquiera la que abre al acreedor el derecho de perseguir la resolución del contrato; es necesario también que la infracción sea suficientemente grave para que, en la idea de las partes, tenga que desempeñar el papel de condición resolutoria. La *inejecución parcial* no siempre se tomará, pues, en consideración; sin duda, teóricamente, la resolución es concebible por mínima que fuere la infracción y aun cuando no correspondiera más que a la centésima parte de la prestación total; pero, prácticamente, cuando menos considerable sea la suma que se deba, más difícilmente dará derecho a la demanda del acreedor; el tribunal juzgará soberanamente respecto a la voluntad probable de las partes, en el momento del contrato; su apreciación, de puro hecho, escapa al control de la Corte Suprema”.⁷⁴

Rodríguez Grez discrepa de Claro Solar y se inclina por la primera doctrina, conforme a los siguientes argumentos:

- i) El art. 1489 no distingue entre obligaciones relevantes y secundarias. Se refiere sólo al incumplimiento de “lo pactado”, expresión que comprende todas las obligaciones asumidas y no sólo una parte de ellas.
- ii) El pago, conforme al art. 1591, debe ser íntegro. Si se admitiera la resolución del contrato sólo si se ha dejado de cumplir una parte sustancial de lo debido, se estaría obligando al acreedor a admitir un pago parcial, por ínfimo que sea aquello que queda pendiente.
- iii) En el Derecho chileno, el Juez no tiene facultades para modificar lo convenido por las partes, atendido el principio de intangibilidad de los contratos consagrado en el art. 1545 del Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en Francia, en donde el Juez puede conceder al deudor un plazo para cumplir la obligación y evitar la resolución.

⁷³ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Décimo, De las Obligaciones, Santiago, Editorial Nascimento, 1936, pp. 190-193.

⁷⁴ Josserand, Louis, *Teoría General de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Parlamento Ltda., 2008, Nº 375, p. 210.

iv) El objeto de la obligación no puede fraccionarse arbitrariamente, dando a una parte del mismo mayor significación que a otra parte. Ello contraviene el art. 1460.

v) Las razones aducidas por quienes propugnan la posición contraria adolecen de errores manifiestos. En efecto, la equidad que sirve de fundamento a la condición resolutoria tácita no puede invocarse sólo en favor del deudor, ya que es tan justo que el acreedor exija todo lo que se le deba, como que el deudor honre su palabra en la forma en que ella fue comprometida.

vi) Finalmente, no puede olvidarse que la resolución, tratándose de la llamada condición resolutoria tácita, debe declararse por sentencia judicial ejecutoriada y que puede el deudor enervarla pagando en la secuela del juicio. Por ende, si se pronuncia la resolución en razón de una obligación insignificante que no ha sido satisfecha por el deudor después de ser requerido judicialmente, forzoso es concluir que se trata de un contratante contumaz, que opta por la resolución en lugar de perseverar en el contrato.⁷⁵

Por otra parte, el juez no puede señalar al contratante en mora un plazo para el cumplimiento.⁷⁶ De acuerdo al art. 1494, sólo puede hacerlo en los casos especiales señalados por la ley (por ejemplo, art. 904, restitución de la cosa en las prestaciones mutuas).

e.2.5) Cuándo se produce la resolución, tratándose de la condición resolutoria tácita.

En cuanto al momento en que se produce la resolución, puesto que como decíamos esta no opera de pleno derecho, el contrato queda resuelto **desde que la sentencia que lo declara queda ejecutoriada.**

Sin embargo, en la doctrina nacional se han formulado dos opiniones, acerca de la posibilidad o no de que el deudor pueda pagar la obligación, después de ser notificado de la acción resolutoria que el acreedor deduce en su contra. Una doctrina, que denominaremos "tradicional", postula que el deudor puede pagar durante la secuela del juicio. Otra doctrina, que llamaremos "moderna", sostiene en cambio

⁷⁵ Rodríguez Grez, Pablo, *Extinción No Convencional de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 228 y 229.

⁷⁶ El art. 1489 tiene su fuente en el art. 1184 del Código Civil francés, que a diferencia del nuestro, contempla en su parte final la facultad del Juez para darle un plazo postrero al deudor para el cumplimiento de su obligación: "La condición resolutoria se sobreentiende siempre en los contratos sinalagmáticos, en el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual no ha sido cumplida la obligación, puede elegir entre obligar a la otra al cumplimiento de la convención, cuando ello es posible, o pedir la resolución con la indemnización de daños y perjuicios. La resolución debe ser pedida ante los Tribunales, y éstos pueden conceder al demandado un plazo, según las circunstancias".

que lo anterior no es posible: emplazado que sea el deudor, ya no podrá pagar lo debido.

Revisaremos a continuación los argumentos expuestos por ambas doctrinas.

e.2.5.1) Doctrina "tradicional", que admite la posibilidad de que el deudor pague durante el transcurso del juicio.

La doctrina tradicional ha señalado que el demandado podrá pagar, en primera instancia, hasta que **se cite a las partes a oír sentencia**, y en segunda instancia, **hasta la vista de la causa**.

Dispone el art. 310 del Código de Procedimiento Civil: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción **y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito**, podrán oponerse 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. / Si se formulan en primera instancia, después de recibida la causa a prueba, se tramitarán como incidentes, que pueden recibirse a prueba, si el tribunal lo estima necesario, y se reservará su resolución para definitiva. / Si se deducen en segunda, se seguirá igual procedimiento, pero en tal caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia".

Consecuencia de lo anterior, es que el demandado puede cumplir el contrato mientras no haya cosa juzgada; es decir, el demandado puede enervar la acción resolutoria, ejecutando la obligación cuyo incumplimiento motivó la demanda. Para ello, deberá oponer la excepción de pago en la oportunidad procesal correspondiente. Si fuere necesario, el demandado deberá pagar por consignación.

Tal como enfatiza un fallo de la Corte de Valparaíso de mayo de 1899 y otro fallo de la Corte de Santiago de septiembre de 1912, el art. 1874 corrobora que el comprador puede enervar la acción resolutoria pagando durante el juicio. Del precepto se desprende que primero se demanda por el vendedor y después opera el pago por el comprador. En efecto, el derecho del vendedor a la demanda alternativa nace después del incumplimiento del comprador, y si a éste se le otorga la facultad de pagar el precio, es para que pueda hacerlo antes de la sentencia de término. La disposición señalada carecería de objeto si el comprador no pudiera purgar la mora sin el consentimiento del vendedor antes de que se declare resuelto el contrato de venta.

Por otra parte, originando la demanda de resolución de la venta por falta de pago de precio un juicio declarativo de lato conocimiento, **no sería lógico suponer que el comprador quedara en peor condición que el demandado en juicio ejecutivo**, en el cual, no obstante tratarse del cumplimiento de lo juzgado o de hacer efectivas obligaciones acreditadas por títulos que traen aparejada ejecución,

puede el ejecutado poner término al juicio y rescatar los bienes embargados hasta el momento del remate pagando el capital adeudado, intereses y costas.

La misma opinión sustenta Alessandri: "... puesto que el contrato subsiste hasta el momento en que la resolución se produce, y ya que ésta sólo se produce en virtud de sentencia judicial, hay que convenir que las obligaciones que el contrato engendra pueden cumplirse hasta el momento de la resolución; y la parte contra quien la demanda resolutoria va dirigida puede enervarla cumpliendo sus obligaciones durante la secuela del juicio. La causa de la demanda es el incumplimiento de las obligaciones, y éstas subsisten hasta que la sentencia declara resuelto el contrato, de manera que pueden cumplirse hasta ese momento, y cumplidas, desaparece la causa de la demanda".⁷⁷

En un fallo de fecha 14 de enero de 2010, de la Corte Suprema, autos Rol N° 5.431-2008, revocando el criterio de la Corte de Apelaciones de Santiago, se reitera la tesis que permite pagar durante la secuela del juicio, afirmándose en la sentencia: "...dado que la parte demandante, esgrimiendo su calidad de contratante diligente, señala el incumplimiento de la contraria y ha optado por impetrar la resolución del contrato de compraventa al que toca la litis, se hace necesario determinar si, por la oportunidad en la que han sido efectuadas, las dos consignaciones enteradas por la demandada en la cuenta corriente judicial durante la secuela del pleito, han sido idóneas para producir el efecto que les pretende asignar dicho litigante, esto es, el de enervar la acción resolutoria dirigida en su contra. SEXTO: Que, como se ha reseñado, los jueces de grado consideraron que esos pagos realizados por la demandada una vez trabada la litis, no han tenido la capacidad de debilitar la acción incoada en autos, puesto que han operado una vez que el actor ha hecho su opción de entre las alternativas que le proporciona la norma del artículo 1489 del Código Civil, eligiendo la resolución del contrato de compraventa materia del juicio. En otras palabras, los sentenciadores han tenido por inoportunas las consignaciones de la parte demandada, en atención a que se efectuaron una vez que la demandante, en su calidad de contratante cumplidor, ya eligió de entre las opciones que el legislador le proporciona, habiendo escogido la resolución del contrato; lo que no le permitiría a la contraria cumplir con el deber contractual pendiente. SÉPTIMO: Que la motivación de la sentencia impugnada a la que se ha hecho alusión en el acápite precedente, se traduce en que para los jueces del grado la resolución derivada del ejercicio de la acción que proporciona lo dispuesto en el artículo 1489 del Código de Bello para hacer operar los efectos de la

⁷⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., pp. 199 y 200.

condición resolutoria tácita, aplica de pleno derecho, esto es, sin necesidad de una decisión jurisdiccional que la declara, tal como ocurre con la condición resolutoria ordinaria y con el pacto comisorio calificado, en los cuales la resolución opera desde que se hace realidad la hipótesis prevista para la resolución. OCTAVO: Que contrariamente a lo sostenido por los sentenciadores, la resolución impetrada con arreglo a lo prevenido en el inciso segundo del artículo 1489 del Código Civil no opera de pleno derecho, sino que requiere de una sentencia judicial que la declare, así sea que para que ello ocurra sea menester que el contratante cumplidor demande impetrandolo la resolución, ergo, habiendo dejado de lado la posibilidad de instar por el cumplimiento del contrato incumplido. Esto es así, precisamente porque el claro tenor del precepto en referencia lo establece al otorgar al acreedor el derecho a escoger entre pedir la resolución o el cumplimiento del contrato. Esta alternativa a la que queda sujeta la petición que en el caso de condición resolutoria tácita se concede al contratante diligente, conduce de modo ineluctable a concluir que la resolución requiere de una sentencia judicial que se pronuncie sobre aquella solicitud. De este modo, si para que tenga lugar la resolución, el acreedor debe solicitarla, para lo cual, a su vez, debe haber optado conforme a la facultad que le señala la ley, quiere decir que la resolución no opera de pleno derecho sólo por acaecer el evento de la condición (...) DÉCIMO: De lo que hasta aquí se lleva dicho, se desprende que mientras no exista una decisión jurisdiccional que declare la resolución demandada, el deudor puede cumplir con lo debido durante el curso del juicio incoado para obtener la resolución, hasta antes que se pronuncie sentencia respectiva. Así, dado que la resolución no ha tenido lugar mientras no exista una sentencia que la declare, ha de entenderse que lo que se encuentra de lado del acreedor que deduzca una demanda impetrándola es precisamente el derecho a pedirla, empero una vez que haya ejercitado su acción, habrá de estarse al destino de ella, supeditado a lo que ocurra en el proceso con el proceder de la contraria, quien puede detenerla o neutralizarla, pagando. UNDÉCIMO: (...) en tanto no se hubiere dictado sentencia, el contrato de compraventa de la litis subsistía, por lo que la demandada de autos podía enervar la acción resolutoria enderezada en su contra, pagando lo adeudado. Entenderlo de otra manera, sería igual a considerar que la sentencia tiene el carácter de una mera declaración de certeza y, según ya se ha visto, ello no es así. DUODÉCIMO: Que, por consiguiente, tratándose de una acción que podía enervarse mediante el pago de la deuda, procede dar aplicación a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1600 del Código Civil, tal como lo solicitó la demandada durante la substanciación del juicio, al abonar en la cuenta corriente judicial, previo a la dictación de la sentencia, el capital

adeudado, sumando un adicional por concepto de intereses, a los que cabría añadir las costas del juicio, en su caso”.⁷⁸

Adicionalmente, cabe considerar lo dispuesto en el art. 1879 del Código Civil, referido al *pacto comisorio calificado*: el precepto, admite la posibilidad de que el comprador pueda pagar el precio de la compraventa después de notificársele la demanda del vendedor. Pues bien, si el comprador puede pagar incluso cuando se estipuló el aludido pacto comisorio calificado, con mayor razón podría hacerlo, si no se convino tal pacto.

Finalmente, el inciso final del art. 1600, expresa: “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. En este caso la suficiencia del pago será calificada por dicho tribunal en el mismo juicio”. Podría entenderse que en la parte de la norma que señala “...si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda...”, se recogerían las dos posibles hipótesis del art. 1489. Es decir, demandar lo pactado, o demandar la resolución. En el segundo caso, el precepto admite la posibilidad de que el demandado pueda enervar la acción “mediante el pago de la deuda”.

Sintetizando los argumentos de la doctrina “tradicional”, podemos señalar los siguientes:

- i.- La condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho. El solo incumplimiento por el deudor no resuelve el contrato. Para que tal ocurra, es necesario que una sentencia judicial declare la resolución del contrato y que dicho fallo quede firme y ejecutoriado.
- ii.- Se desprende del tenor del art. 310 del Código de Procedimiento Civil que el deudor estaría facultado para pagar lo que debe durante el transcurso del juicio.
- iii.- Igual facultad se desprendería del tenor del art. 1874 del Código Civil.
- iv.- No resultaría razonable negarle al deudor la facultad de pagar durante el juicio, que debe tramitarse conforme al procedimiento ordinario, si consideramos que en las normas del procedimiento ejecutivo, el ejecutado tiene dicha facultad.
- v.- El inc. final del art. 1600 del Código Civil, facultaría también al deudor para enervar la acción resolutoria, mediante el pago de la deuda.

⁷⁸ Cfr. en nuestra página www.juanandresorrego.cl, “Criterios jurisprudenciales – Obligaciones en general y contratos en particular”, sentencia N° 3.

e.2.5.2) Doctrina "moderna", que no admite la posibilidad de que el deudor pague durante el transcurso del juicio.

La facultad del demandado de pagar durante el transcurso del juicio, es criticada en la doctrina más reciente, afirmándose que con ella se destruye el derecho de opción del contratante diligente, ya que, si el demandado puede obligarle a darse por satisfecho con el cumplimiento de la obligación, la facultad de optar desaparece.

René Ramos Pazos, adhiere a esta crítica, señalando que el deudor no tiene la facultad de enervar la acción resolutoria, conforme a los siguientes argumentos:

i.- "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";

ii.- "El argumento del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil no tiene el alcance que quienes están por la opinión contraria le dan. Ciertamente 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";

iii.- "Todo contrato es ley para las partes contratantes (artículo 1545). Por ello, las partes deben cumplir sus obligaciones en la forma y oportunidad convenidas".⁷⁹

A pesar de que los argumentos de Ramos Pazos son plausibles, él mismo admite que tropiezan con un escollo: tratándose del pacto comisorio calificado, que estudiaremos enseguida, el comprador puede pagar el precio de la compraventa dentro del plazo de 24 horas, contado desde la notificación de la demanda, plazo que no tendría el deudor, cuando se trata de la condición resolutoria tácita. Efectivamente, no resulta lógico que el demandado tenga la facultad de enervar la acción del acreedor, cuando se había pactado que el incumplimiento resolvería el contrato de compraventa *ipso facto*, y carezca de ese derecho, cuando las partes nada habían estipulado ante un eventual incumplimiento, y el contratante diligente optó por pedir la resolución del contrato. Como el mismo Ramos Pazos señala, "...si en el pacto comisorio calificado (...) la ley todavía da al deudor la oportunidad de

⁷⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 173.

pagar dentro de las 24 horas desde que se le notifique la demanda, con buena lógica debería entenderse, a fortiori, que en el caso de la simple condición resolutoria tácita, también puede pagar fuera de plazo.”⁸⁰

Sin embargo, lo recién expuesto no le parece al citado autor un argumento suficiente para cambiar de opinión. En efecto, “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”.⁸¹

Daniel Peñailillo expone una opinión similar, afirmando que, si bien la resolución no opera de pleno derecho por la sola interposición de la acción resolutoria, una vez interpuesta ésta, el deudor ya no puede pagar: “Estimamos que, obedeciendo al art. 1489, la opción la tiene el cumplidor, el cual la ejercita al interponer la demanda. Desde entonces, el deudor ya no puede pagar. Pero el contrato no se resuelve al demandar; es necesaria la sentencia, en la que se declarará (si fuere el caso) que la opción del actor estuvo ajustada a derecho. Nótese que no porque el actor presente una demanda al tribunal ha de estar todo conforme; debe oírse a la contraria, por si sostiene que la demanda es improcedente porque él cumplió, o que el actor tampoco ha cumplido, etc. Entonces, el fallo declarará si están o no reunidas todas las exigencias para la resolución y, si es así, constatando todos los supuestos, declarará que el contrato está resuelto. Esta solución, que nos parece justa y lógica, no encuentra tropiezo legal alguno, antes bien, se ajusta al texto del art. 1489, que confiere la opción al cumplidor. Resta hacerse cargo del citado art. 310 del CPC. Podría objetarse que esta solución contradice al art. 310. Pero no es así. Lo que el art. 310 dispone es que la excepción de pago puede oponerse en cualquier estado del juicio, no que se pueda pagar en cualquier estado del juicio (...) puede oponer (el deudor) la excepción de pago durante todo el litigio, pero no significa que pueda pagar después de la demanda, porque entonces la opción, como se dijo, la tendría él, lo que es contrario al texto legal; él es el incumplidor, y habiéndose optado por la resolución por quien tenía la opción, ya no es tiempo de que pague”.⁸²

Cabe preguntarse qué ocurre si después de interpuesta la acción resolutoria, las partes litigantes llegan a un avenimiento durante el juicio, de manera que el contrato subsista. Tal situación no debilita en nuestro concepto la tesis de Ramos Pazos y de Peñailillo, pues si el

⁸⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 174.

⁸¹ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 174.

⁸² Pañailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 417 y 418.

contrato subsiste, es gracias a que el acreedor o contratante diligente consiente en ello. Será siempre la voluntad de éste la que ha de fijar el destino del contrato.

Esta segunda doctrina, también ha tenido recepción en algunas sentencias recientes. Así, por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 17 de abril de 2017, autos Rol N° 109-2017, y sentencia de la Corte Suprema de fecha 15 de mayo de 2014, autos Rol N° 291-2013.⁸³

e.2.6) Diferencias entre la condición resolutoria ordinaria y la condición resolutoria tácita.

De lo expuesto, podemos destacar las siguientes diferencias:

i.- La condición resolutoria tácita no se pacta, pues se entiende "envuelta" en todo contrato bilateral. La condición resolutoria ordinaria debe estipularse en el contrato.

ii.- La condición resolutoria ordinaria puede operar en contratos bilaterales o unilaterales (aunque en éstos últimos, más bien sería una causal de término anticipado del contrato y no de resolución propiamente tal, habida cuenta de la imposibilidad de que las partes se retrotraigan al estado anterior al del contrato). La condición resolutoria tácita sólo opera en contratos bilaterales (si se pactare en uno unilateral, ya no sería "tácita", sino expresa, es decir ordinaria).

iii.- La condición resolutoria ordinaria consiste en cualquier hecho futuro e incierto, que no sea el incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes; la condición resolutoria tácita consiste precisamente en no cumplirse lo pactado por alguna de las partes.

iv.- La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho, mientras que la condición resolutoria tácita no resuelve ipso iure el contrato, sino que da derecho a pedir judicialmente su resolución.

v.- La condición resolutoria ordinaria hace que indefectiblemente se resuelva el contrato. No ocurre tal cosa tratándose de una condición resolutoria tácita, pues el contrato sólo se resolverá si el contratante diligente opta por demandar la resolución en lugar del cumplimiento forzado. Y aún en el caso que opte por pedir lo primero, la acción podrá enervarse por el demandado, según sostiene parte de la doctrina.

vi.- Todo interesado puede valerse de la condición resolutoria ordinaria, sea una de las partes del contrato o un tercero; la condición resolutoria tácita sólo puede invocarla una de las partes del contrato, a saber, el contratante diligente, quien está en su derecho a optar por renunciar a la resolución y pedir en cambio el cumplimiento del contrato.

vii.- La condición resolutoria ordinaria no da derecho a indemnización de perjuicios, porque no puede imputarse a culpa o dolo de las partes; la condición resolutoria tácita puede dar origen a indemnización de

⁸³ Cfr. en nuestra página www.juanandresorrego.cl, "Criterios jurisprudenciales - Obligaciones en general y contratos en particular", sentencias números 11 y 26.

perjuicios. En la primera no hay mora o contravención. En la segunda, sí las hay.

e.3) *El pacto comisorio.*

e.3.1) Concepto.

Conforme al art. 1877 del Código Civil, "por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta."

Se afirma que se trata de la condición de no cumplirse por una de las partes lo pactado, expresamente estipulada.

En otras palabras, es la condición resolutoria tácita, expresada en el contrato.

e.3.2) Clasificación.

i.- **Pacto comisorio simple:** es aquel en que lisa y llanamente se estipula que se resolverá el contrato, en caso de no cumplirse lo pactado. En los contratos bilaterales, esta estipulación es ociosa. Su utilidad aparece en los contratos unilaterales (por ejemplo, cláusula de "aceleración" de la deuda, en el mutuo, ante el no pago de una o más cuotas).

Cabe tener presente que la estipulación del pacto comisorio deja al contratante diligente en libertad para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios (arts. 1878 y 1873).

Lo anterior implica que mediante el pacto comisorio no se produce de pleno derecho la resolución del contrato. En otras palabras, los efectos del pacto comisorio simple son los mismos de la condición resolutoria tácita.

ii.- **Pacto comisorio calificado:** es aquel en que se estipula que si no se cumple lo pactado se resolverá ipso facto el contrato, o de pleno derecho. Aquí, a pesar de lo anterior, tratándose de la compraventa y cuando el comprador no ha pagado el precio de la misma, tampoco se entiende que el acreedor (o sea, el vendedor) haya renunciado a su derecho a pedir el cumplimiento del contrato, si le conviene. Se trata de una estipulación que cede en beneficio del acreedor. De lo dicho, se desprende que en realidad el pacto comisorio calificado tampoco origina *ipso iure* la resolución del contrato, en el caso indicado (compraventa y obligación del comprador de pagar el precio). Para que el contrato se resuelva, el acreedor deberá interponer la pertinente demanda. Por la misma razón, el deudor puede cumplir el contrato aún después de notificada la demanda. Dispone el artículo 1879: "Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda".

En tal evento, el pago debe cumplir dos requisitos:

1º Debe hacerse en el plazo fatal de 24 horas de notificada la demanda del acreedor; siendo un plazo de horas y no de días, si por ejemplo la demanda se notifica un martes a las 15.00 horas, el demandado debe pagar a más tardar el miércoles, a las 15.00 horas. No corresponde aplicar el artículo 48, en cuanto establece que el plazo expira a la medianoche, pues ello ocurre si el plazo fuere "de días, meses o años", y no "de horas".⁸⁴

2º El pago debe reunir los requisitos legales: debe ser íntegro y de acuerdo a lo pactado.

Ahora bien, cabe preguntarse cuándo se produce la resolución, si el demandado no paga dentro del plazo señalado. Como expresa Daniel Pañailillo, hay tres alternativas posibles:

i) Al quedar ejecutoriada la sentencia que declara la resolución (de operar ésta, la diferencia entre el pacto comisorio simple y el calificado residiría sólo en la abreviación en este último del plazo para pagar, si se estima que en el simple se puede pagar durante todo el juicio);

ii) Al transcurrir las 24 horas contadas desde la notificación de la demanda, de manera que la sentencia, al declarar la resolución, se retrotraerá a ese momento; y

iii) Al producirse el incumplimiento, caso en el cual la sentencia, al declarar la resolución, se retrotraerá aún más atrás en el pasado, a un momento previo al inicio del juicio.

Ha predominado la opinión que sostiene que la alternativa aplicable es la segunda.⁸⁵

Se ha planteado en la doctrina si el plazo de 24 horas es renunciable. Para algunos (Alessandri), el plazo sería irrenunciable, porque la ley autoriza al deudor para enervar la acción pagando en el plazo fatal indicado. Para otros (Meza Barros), el plazo sería renunciable: si la ley no prohíbe su renuncia, no se justifica una derogación del precepto general que atribuye al contrato legítimamente celebrado, el carácter de una verdadera ley particular para los contratantes. Adicionalmente, cabe tener presente el artículo 12 del Código Civil, que permite renunciar aquellos derechos que miran al sólo interés individual del renunciante y siempre y cuando la renuncia no esté prohibida por la ley.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, es posible concluir que el pacto comisorio calificado no extingue ipso facto el contrato de compraventa, en el evento de no pagarse el precio por el comprador, por dos razones fundamentales:

i.- Porque el vendedor conserva su derecho para optar, a su arbitrio, entre demandar el pago del precio o la resolución del contrato.

⁸⁴ Pañailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 423.

⁸⁵ Pañailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 423.

ii.- Porque habiendo optado por demandar la resolución del contrato, el comprador demandando podrá enervar la acción resolutoria, en el plazo de 24 horas contados desde la notificación de la demanda.

e.3.3) Ámbito de aplicación del pacto comisorio.

Nada impide que se estipule en todo contrato. Está reglamentado en la compraventa sólo por razones históricas. El pacto comisorio simple produce en los demás contratos en los que se estipule, los mismos efectos que en la compraventa: los efectos de la condición resolutoria tácita. Se plantean dudas sin embargo, a propósito del pacto comisorio calificado. El problema tendría dos aspectos fundamentales:

i.- El pacto comisorio calificado, tratándose del contrato de compraventa y en la hipótesis de no haberse pagado el precio por el comprador, no priva al contratante diligente de exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato. De otro modo, el contrato quedaría a merced del deudor (el comprador). Este, en todo caso, podría enervar la acción, pagando en el plazo de 24 horas;

ii.- En otros contratos, distintos a la compraventa, o en la propia compraventa, pero cuando se trata de obligaciones distintas a la de pagar el precio, no hay posibilidad de pedir el cumplimiento del contrato en el caso de haber estipulado pacto comisorio calificado, porque dicho contrato se resolvió *ipso facto*, cuando se produjo el incumplimiento; a su vez, la parte que infringió su obligación no tendría oportunidad para enervar la acción resolutoria. La regla del art. 1879, sólo sería aplicable a la compraventa (así, la Corte Suprema falló que no cabía aplicarla tratándose de un contrato de arrendamiento)⁸⁶.

Esto quiere decir que fuera del caso especialísimo de la compraventa, cuando se pida su resolución por no pago del precio, en los demás casos, o sea cuando opera la resolución de la compraventa por otra causa o cuando se estipule el pacto comisorio calificado en otros contratos, como el de arrendamiento, el pacto comisorio calificado producirá los mismos efectos de la condición resolutoria ordinaria, vale decir, el contrato quedará inmediatamente resuelto, por el incumplimiento de uno de los contratantes.

e.3.4) Diferencias entre el pacto comisorio calificado estipulado en la compraventa por el no pago del precio, que llamaremos *tipificado*, por estar regulado en el art. 1879, y el pacto comisorio calificado pactado en la misma compraventa por el incumplimiento de otras obligaciones o convenido en otro contrato, que denominaremos *no tipificado*, pues no está regulado expresamente en la ley.

De lo que hemos expuesto, podemos destacar las siguientes diferencias:

⁸⁶ Véase nuestra obra *Contrato de Arrendamiento*, Metropolitana Editores, Santiago, 2ª edición, 2011, pp. 70 y ss.

- i.- En el *tipificado*, no se resuelve el contrato de compraventa *ipso facto*, en el evento de que el comprador no pague el precio en el plazo convenido. En el *no tipificado*, se resuelve *ipso facto*, el contrato de compraventa u otro contrato en que se hubiere convenido el pacto, en el evento de que cualquiera de las partes no cumpla con alguna de sus obligaciones.
- ii.- En el *tipificado*, el vendedor puede optar por demandar el pago del precio o la resolución, y en este último caso, el comprador aún puede enervar la acción resolutoria pagando dentro de las 24 horas contadas desde la notificación de la demanda. En el *no tipificado*, no existe tal opción, pues producido el incumplimiento, el contrato quedó resuelto *ipso facto*.
- iii.- El *tipificado*, opera sólo para el caso de que el comprador no pague el precio de la compraventa. El no tipificado, puede operar ante el incumplimiento de cualquiera otra obligación de la compraventa (por ejemplo, si el vendedor no entrega la cosa en el plazo o en el lugar convenidos) o a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones derivadas de cualquier otro contrato.

e.4) *Efectos de la condición resolutoria.*

Como cuestión inicial, cabe indicar que los efectos son los mismos para cualquier clase de condición resolutoria.

En segundo lugar, al igual que tratándose de la condición suspensiva, hay que distinguir si la condición resolutoria se encuentra pendiente, fallida o cumplida:

e.4.1) Efectos de la condición resolutoria pendiente.

La condición resolutoria no afecta a la adquisición del derecho. La obligación produce sus efectos como si fuere pura y simple. Pero existe la incertidumbre acerca de si ese derecho vivirá permanentemente o se extinguirá al verificarse la condición. Así, por ejemplo, se celebra un contrato de compraventa de un inmueble, y se paga parte del precio al contado, estipulándose que el saldo, será pagado en el plazo de tres meses. Mientras no se efectúe dicho pago, hay una condición resolutoria pendiente, lo que no impide que el dominio, de todos modos, se radique en el patrimonio del comprador. Consecuencias de lo anterior:

- i.- El acreedor puede demandar el inmediato cumplimiento de la obligación (o sea, el comprador puede exigirle al vendedor que cumpla su obligación de entregar la cosa vendida).
- ii.- Si el título es traslativo de dominio, puede verificarse la tradición y el adquirente será dueño de la cosa o derecho, aunque sujeta al peligro de extinguirse o perderse (el comprador podrá inscribir a su nombre el inmueble, pero su inscripción está expuesta al peligro de ser cancelada).

e.4.2) Efectos de la condición resolutoria fallida.

Se consolidan definitivamente los derechos emanados del acto jurídico. La condición se considera como no escrita y se reputa el acto como puro y simple, desde su celebración (tal ocurrirá, cuando el comprador, en el ejemplo, pague el saldo de precio, desapareciendo entonces la amenaza de extinguirse su dominio; su inscripción ya no podrá cancelarse).

e.4.3) Efectos de la condición resolutoria cumplida.

Se extingue el derecho para uno, desaparece la obligación para el otro (art. 1567 N° 9). La condición resolutoria cumplida opera retroactivamente. Así, la resolución de un contrato de compraventa por falta de pago del precio, aniquila el contrato, éste se reputa no haber existido jamás, y las partes tendrán derecho -en principio-, a que se les restituya al mismo estado en que se encontrarían si no hubiesen contratado (por ende, se ordenará por el juez la cancelación de la inscripción que se había efectuado a nombre del comprador).

Para estudiar los efectos de la condición resolutoria cumplida, debemos distinguir entre aquellos que se producen entre las partes y respecto a los terceros.

e.4.3.1) Efectos de la condición resolutoria cumplida, entre las partes.

i.- Restitución de las cosas recibidas bajo condición.

Establece el art. 1487: "Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta a favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere".

Así, por ejemplo, si se resuelve un contrato de compraventa, el comprador deberá restituir la cosa y el vendedor a su vez deberá restituir el precio o la parte del precio que se le hubiere pagado. Es decir, cada parte deberá restituir lo que hubiera recibido de la otra bajo condición resolutoria.

Como expresa Jossierand, "el contrato desaparece en el pasado lo mismo que para el porvenir; procede pues volver sobre las prestaciones efectuadas; por ejemplo, el comprador debe restituir al vendedor la cosa que le había sido entregada y que posee en adelante sin causa jurídica. El *statu quo ante* debe ser restablecido, y si es preciso, el tribunal, para alcanzar plenamente este resultado, puede condenar al deudor que no cumplió a *daños y perjuicios* con respecto al demandante".⁸⁷

Ahora bien, declarada la resolución, será el juez quien fijará el plazo para la restitución de la cosa, pues no existe norma en la ley.

¿Cuál es el alcance de la segunda parte del artículo 1487?

El supuesto en que se pone la norma en esta parte es el siguiente: que la condición resolutoria "haya sido puesta a favor del acreedor

⁸⁷ Jossierand. Louis, *Teoría General de las Obligaciones*, ob. cit., N° 379, p. 212.

exclusivamente". Y agrega: "en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla". Es decir, el acreedor o contratante diligente, puede renunciar a su derecho a demandar la resolución del contrato. Lo que es coherente con lo que dispone a su vez el art. 1489, en cuanto dicho contratante no está obligado a demandar la resolución, pues tiene otra alternativa, cual es demandar el cumplimiento de lo pactado.

Lo anterior, en el entendido que nos encontremos ante una condición resolutoria tácita o ante un pacto comisorio simple o ante el calificado contemplado en la segunda parte del art. 1879 (resolución por no pago del precio en la compraventa). En todos estos casos, el acreedor deberá demandar la resolución, o, si lo prefiere, renunciar a ello y optar por demandar el cumplimiento de lo pactado.

Claro Solar, refiriéndose a esta norma, señala: "Siendo la regla general, la resolución retroactiva, *ex tunc*⁸⁸ debe presumirse, si no resulta clara la intención contraria de las partes. De su misma naturaleza depende que ponga las cosas en el mismo estado que estarían si las partes no hubieran contratado. Las partes pueden, por lo demás, arreglar, como ellas lo deseen, los efectos de la resolución del contrato, con respecto a las restituciones que recíprocamente tengan que hacerse y su convención es una ley entre ellas; así como renunciar a la condición resolutoria y sus efectos".⁸⁹

Ahora bien, ¿Se aplica la norma a la condición resolutoria ordinaria o al pacto comisorio calificado (en otros casos distintos al contemplado en la segunda parte del art. 1879)? Pareciera que no, pues la única manera de que el contratante pueda renunciar a demandar la resolución del contrato, es que éste ya no esté resuelto. En efecto, si el contrato ya se resolvió, ¿a qué podría renunciar el contratante? Por lo demás, los propios términos de la segunda parte del art. 1487 parecieran dejar en claro que no opera tratándose, al menos, de una condición resolutoria ordinaria, pues en lugar de emplear la expresión "contratante", alude al "acreedor" y al "deudor". Es decir, pareciera ponerse en una hipótesis de incumplimiento, situación que, como sabemos, es ajena a la condición resolutoria ordinaria.

A nuestro juicio, la única posibilidad de que el art. 1487 se aplique a la condición resolutoria ordinaria, es que el contratante interesado consienta en modificar el contrato bilateral antes de que se cumpla la

⁸⁸ Expresión latina que significa "a partir de entonces". Los efectos de la resolución se retrotraen, de manera que se producen a partir del momento mismo en que se celebró el contrato que ahora se resuelve, como si éste nunca hubiere existido. En cambio, si el contrato termina para el porvenir, a partir de la sentencia, pero sin efecto retroactivo, sino que reconociéndose que produjo dicho contrato todos sus efectos, la expresión que corresponde es la de *ex nunc*, es decir "a partir de ahora".

⁸⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo décimo, I, N° 144, p. 153.

condición, eliminándola, de manera que el contrato quede como uno puro y simple.

De cualquier manera, como la incertidumbre acerca de si la resolución se producirá o no puede ser perjudicial para los intereses del deudor, éste tiene derecho a exigir al acreedor que declare su determinación, es decir, si el contratante diligente demandará o no la resolución.

En relación al pacto de retroventa (que importa, como dijimos, una condición resolutoria del contrato de compraventa), la restitución sólo podrá reclamarse al comprador, transcurridos los plazos señalados en el art. 1885.

ii.- No procede la restitución de los frutos, por regla general.

Dispone el art. 1488: "Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario".

El principio de la retroactividad consagrado en el art. 1487, sufre aquí una importante limitación: no se deben restituir los frutos percibidos pendiente la condición (así también ocurre, según vimos, tratándose de la condición suspensiva cumplida). En concepto del legislador, el deudor adquirió condicionalmente la cosa fructuaria, pero se hizo dueño de los frutos pura y simplemente. En el mismo sentido, los arts. 1078, 1338 N° 1. En consecuencia, se requiere de un texto legal expreso o una explícita declaración de voluntad para que se deban los frutos percibidos pendiente la condición (así, en la compraventa, art. 1875, resolución del contrato por no pago del precio).

Sintetizando este punto, observamos:

i) La regla general, del art. 1487, establece que las partes deben retrotraerse al estado previo del momento en que celebraron el contrato o se defirió la asignación sujeta a la condición resolutoria;

ii) Dicha regla general, se altera en el art. 1488, en lo concerniente a los frutos, pues no se restituyen, o sea, respecto a ellos, no hay efecto retroactivo.

iii) Pero si la compraventa se resuelve por el no pago del precio, se aplica la regla general del art. 1487, conforme lo dispone el artículo 1875, debiendo el comprador restituir:

- Todos los frutos, si ninguna parte del precio se pagó; o
- En la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada.

e.4.3.2) Efectos de la condición resolutoria cumplida, respecto de terceros.

Se plantea el problema cuando en el tiempo que media entre la celebración del contrato sujeto a condición y el cumplimiento de dicha condición, el deudor enajenó la cosa o constituyó sobre ella un

gravamen (hipoteca, prenda, usufructo). Cumplida entonces la condición: ¿Qué ocurre con tales enajenaciones y gravámenes?

Surge en este caso un conflicto de intereses entre el acreedor condicional a quien debe restituirse la cosa y los terceros en cuyo favor se ha constituido un derecho.

Desde el punto de vista del acreedor, puede sostenerse que el deudor no podía transferir más derechos de los que tenía y que la enajenación y los gravámenes deben caducar verificada la condición resolutoria.

Desde el punto de vista del tercero, debe reconocerse que el contrato que celebró con el deudor es válido y que éste podía enajenar o gravar la cosa; además, el tercero es poseedor de la cosa.

¿Cuál de estos intereses debe prevalecer? Los artículos 1490 y 1491 resuelven el conflicto.

El principio fundamental es que la resolución no afecta a terceros de buena fe. Esta consiste aquí en el desconocimiento por los terceros de la existencia de la condición.

Para juzgar la buena o mala fe de los terceros, la ley hace una marcada diferencia entre bienes muebles e inmuebles:

i.- Bienes muebles.

Dispone el art. 1490: "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 buena fe se presume (art. 707) y quien intente la acción contra los terceros deberá probar la mala fe de éstos (se aplica entonces la regla general de la buena fe).

Sugiere el art. 1490 que el acreedor de una cosa mueble a plazo o bajo condición puede "reivindicarla" contra terceros de mala fe, cumplido el plazo o verificada la condición.

Las expresiones del art. 1490 no son afortunadas sin embargo. En efecto, el acreedor no puede reivindicar, porque no es ni ha sido dueño; no puede reivindicar el acreedor puro y simple y menos puede hacerlo el condicional.

La ley ha querido referirse al que tiene un derecho de dominio limitado por un plazo o una condición, idea que se habría expresado mejor refiriéndose la ley al poseedor condicional en vez de al deudor. Se concluye entonces que el art. 1490 ganaría en claridad y corrección si dijere "el que posee una cosa mueble" en lugar de "el que debe una cosa mueble".

En todo caso, de acuerdo al art. 1490, si por ejemplo en una compraventa en la que se pagará el precio a plazo, y vencido éste el precio no se paga, operando el efecto retroactivo de la condición cumplida, el comprador se entiende que nunca ha sido dueño, sino sólo poseedor a plazo o condicional, correspondiendo interponer la acción

reivindicatoria al vendedor, en el evento que el comprador hubiere enajenado la cosa a un tercero (si no enajenó, la restitución de la cosa operará a consecuencia de la propia acción resolutoria, en el marco de las prestaciones mutuas).

Para que el problema que trata el art. 1490 se plantee es necesario que la cosa mueble "se enajene". En este artículo, la palabra "enajenación" debemos entenderla sólo en su acepción restringida de transferencia total o parcial del dominio, y no en su sentido amplio de constitución de cualquier derecho real sobre la cosa.

En efecto, el art. 1490 es inaplicable a la prenda: arts. 2396, 2406 y 2391. La prenda se extingue si se resuelve el derecho del constituyente de la misma, esté o no de buena fe el acreedor prendario, sin perjuicio de otros derechos que éste puede ejercer, conforme lo establecen las dos disposiciones citadas (fundamentalmente, pedir primero que se reemplace la prenda o en su defecto, el pago anticipado de la obligación).

Tampoco se aplica el art. 1490 a los derechos de usufructo y uso (y menos al derecho de habitación, que recae en inmuebles), que también se extinguen por la resolución del derecho del constituyente: arts. 806 y 812.

ii.- Bienes inmuebles.

Establece el art. 1491: "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública".

La regla es diferente a la del artículo 1490. La condición debe haber constado en el título respectivo. Varía aquí el régimen de la prueba de la buena o mala fe, estableciendo la ley una presunción de derecho: el tercero se presume de mala fe cuando la condición consta en el título respectivo, y de buena fe en caso contrario.

¿Cuando se entiende constar la condición en el título respectivo? El art. 1491 señala los requisitos:

Primero: es preciso que la condición "conste" en el título, lo que no quiere decir necesariamente que esté expresamente estipulada, pues también "consta" en el título la condición resolutoria tácita, cada vez que del título aparezca que esté pendiente el cumplimiento de una obligación contractual. Así, por ejemplo, cuando el precio no se pagó de contado en la compraventa.

Segundo: la condición debe constar en el título "respectivo", es decir, en el título primitivo u original, que dio nacimiento al derecho condicional. Esto explica la necesidad de examinar los títulos hasta completar 10 años cuando menos de posesión inscrita.

Tercero: finalmente, la ley exige que el título se encuentre inscrito u otorgado por escritura pública. Ello es lógico, porque únicamente de esta manera el acto condicional tendrá la publicidad necesaria para que pueda presumirse que los terceros conocen la condición. Cabe indicar que del tenor del art. 1491 se desprende que las exigencias no son copulativas, basta que el contrato se haya otorgado por escritura pública, aunque no esté inscrito. Así, puede ocurrir que por una misma escritura pública, se celebren dos compraventas consecutivas, y que en la primera, quede un saldo de precio pendiente de pago. Acto seguido, quien había comprado el inmueble (y adeuda el saldo de precio), procede a vender el predio en una cláusula posterior (lo que es perfectamente posible, aunque el que ahora vende no haya inscrito el inmueble a su nombre: se trata de una compraventa de cosa ajena, la que es válida, conforme al art. 1815). En el caso planteado, la condición consta en una escritura pública, aunque no estaba inscrita (cuando la escritura se presente al Conservador de Bienes Raíces, éste practicará dos inscripciones, una a favor del primero que compró, y en la foja y número siguiente, la segunda a favor del que le compró al primer comprador).

Excepcionalmente, tratándose de las donaciones entre vivos, se exige que la condición conste expresamente en el título (art. 1432 número 1), para que pueda accionarse contra terceros.

A diferencia del art. 1490, en el art. 1491 la ley hace extensivos sus efectos no sólo a las enajenaciones propiamente tales, sino a gravámenes tales como la hipoteca, censos y servidumbres.

Se plantea en este punto si la enumeración del art. 1491 es taxativa o si por el contrario, la regla debe hacerse extensiva a otros derechos reales, como los de usufructo, uso o habitación, no mencionados en la disposición.

La enumeración sería taxativa, atendido el carácter excepcional del art. 1491, norma que deroga en favor de los terceros de buena fe el principio general de la retroactividad de la condición resolutoria cumplida. Como disposición excepcional, debe interpretarse restrictivamente.

Para los gravámenes no mencionados en el art. 1491 regiría entonces el principio general: los usufructos y el derecho de uso o de habitación siempre se extinguirán por la resolución del derecho de quien los constituyó, aunque los titulares de tales derechos reales estén de buena fe.

Tanto respecto del art. 1490 como el art. 1491, se ha concluido por la doctrina que tienen un campo de aplicación limitado: son únicamente aplicables a la compraventa, al pacto de retroventa y a la permuta (arts. 1873, 1876 y 1882).

e.4.3.3) Efectos de la condición resolutoria cumplida, en los contratos de tracto sucesivo.

En estos contratos, no puede operar el efecto retroactivo de la condición cumplida, puesto que la vuelta de las partes al estado anterior a la contratación es imposible. Por ello, la resolución toma en estos contratos el nombre de "terminación".

e.5) *La acción resolutoria.*

e.5.1) Concepto.

Es la que nace de la condición resolutoria tácita y del pacto comisorio simple o del calificado *típico*, para pedir que se deje sin efecto el contrato, por incumplimiento de las obligaciones contraídas.

No corresponde aludir aquí a la condición resolutoria ordinaria, porque según vimos, ella opera *ipso facto*, resolviendo el contrato

Tampoco debe entenderse comprendida en el concepto el pacto comisorio calificado *no tipificado*, pues éste opera igual que la condición resolutoria ordinaria).

En otras palabras –siguiendo a René Abeliuk-, la acción resolutoria derivará de la condición resolutoria, pero sólo en los casos en que se requiere una sentencia judicial para que el contrato quede sin efecto.

Ello ocurrirá:

- i.- Tratándose de la condición resolutoria tácita (art. 1489).
- ii.- Tratándose del pacto comisorio simple (arts. 1877 y 1878).
- iii.- Tratándose del pacto comisorio calificado *típico* (art. 1879).

En cambio, no procederá la acción resolutoria por ser innecesaria, en aquellos casos en que el contrato queda resuelto *ipso facto*, sin necesidad de una sentencia judicial.

Ello acontecerá:

- i.- Tratándose de la condición resolutoria ordinaria.
- ii.- Tratándose del pacto comisorio calificado *no tipificado*, es decir, la acción "tampoco procede en el pacto comisorio calificado [estipulado] en otros contratos que no sean la compraventa, y en ésta si se trata de otra obligación que no sea la de pagar el precio, porque en nuestro concepto la cláusula de resolución *ipso facto* produce su pleno efecto, y no requiere de sentencia judicial".⁹⁰

e.5.2) Características.

i.- Es una acción personal.

Dos razones explican esta característica:

- i) Compete al contratante diligente. Únicamente pueden demandar la resolución del contrato las personas que lo han celebrado.
- ii) Sólo puede dirigirse la acción contra el contratante incumplidor.

⁹⁰ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., T. I, N° 545, p. 531.

Con posterioridad sin embargo, obtenida la resolución del contrato por el contratante diligente, podrá dirigirse contra los terceros de mala fe para reivindicar la cosa o para obtener que se la purifique de los derechos reales constituidos por el deudor condicional. ¿Se convierte por ello la acción resolutoria en una acción real o "mixta"? No hay tal. No es la acción resolutoria la que afecta al tercero; ella se dirige exclusivamente en contra del contratante en mora. Es la acción reivindicatoria, derivada del dominio que el vendedor se reputa no haber perdido jamás, la que se dirige en contra de los terceros de mala fe. Como dice Alessandri, hay en el caso de la resolución de un contrato dos acciones: primero: la acción personal de resolución dirigida contra el deudor; su objetivo es destruir el contrato y sus efectos; luego, resuelto el contrato, una acción real, la reivindicatoria dirigida contra el tercer poseedor.

Cabe agregar que resulta conveniente que la acción resolutoria y la acción reivindicatoria se entablen *conjuntamente*, en un mismo juicio, teniendo presente el art. 3 del Código Civil y el efecto relativo de las sentencias, así como también por la eventual prescripción que pudiere afectar al demandante. El art. 18 del Código de Procedimiento Civil autoriza el ejercicio conjunto de acciones.

ii.- Es una acción patrimonial.

Estamos ante una acción pecuniaria, susceptible de evaluarse en dinero, que persigue dejar sin efecto un contrato patrimonial. La resolución, en cambio, no procede en los actos jurídicos de familia.

Su carácter patrimonial explica las características que revisaremos en los acápites siguientes.⁹¹

iii.- Es una acción renunciante.

Puesto que la ley no prohíbe su renuncia y ella mira al solo interés del renunciante (art. 12). Por lo demás, el propio art. 1487, al que ya hicimos referencia, deja en claro que el acreedor puede renunciar a esta acción.

La renuncia en el contrato debe ser expresa. Puede tener gran importancia, pues en una compraventa, aunque exista saldo de precio, los terceros adquirentes quedarán protegidos ante el no pago por el comprador, pues si se renuncia a la acción resolutoria, la primera compraventa no podrá resolverse, y tampoco por ende las restantes.

¿Implica renunciar a la acción resolutoria la circunstancia de que el acreedor demande el cumplimiento de lo pactado? ¿Se trata de una renuncia tácita a la acción resolutoria? La cuestión se ha debatido, pues el Código Civil no resuelve la cuestión. Sin embargo, veremos a continuación que nuestra doctrina más autorizada -Claro Solar, Alessandri y Abeliuk-, está por la tesis de que la interposición de una

⁹¹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., T. I, N° 548.II, p. 533.

acción no implica haber renunciado tácitamente a la otra. A nivel de la jurisprudencia, en cambio, hay fallos contradictorios.

En la doctrina francesa, Josserand era de la idea que la elección de una acción tornaba definitiva la conducta del acreedor, de manera que ya no podía optar por la otra vía: "El acreedor que optó por la ruptura del contrato se priva por tal razón de los derechos de perseguir la ejecución oficial y definitivamente: hay que decir aquí: *electa una vía non datur recursus ad alteram*".⁹²

Distinta ha sido la opinión de la mayoría de nuestra doctrina.

Luis Claro Solar estima que la interposición de una de las acciones no supone renunciar a la otra, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano y en las Partidas, donde existían normas expresas que establecían la renuncia tácita, al elegir una de las acciones y no la otra: "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? En el Derecho romano y en el derecho de las Partidas 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 aquella legislación se explica por el rigor del formalismo. Debe tenerse además presente que el pacto comisorio de las leyes romanas y españolas, producía sus efectos por sí solo, sin necesidad de sentencia judicial que lo reconociera, si el vendedor lo escogía y le daba preferencia sobre el cumplimiento del contrato. En la condición resolutoria tácita del derecho moderno que nuestro Código ha establecido, la resolución depende en definitiva de la sentencia judicial que la pronuncia; y como la ley se ha limitado a dar al contratante perjudicado con la falta de cumplimiento del contrato la facultad de elegir una de las dos vías, sin consignar ninguna otra disposición que prohíba sustentar las dos acciones sucesivamente".⁹³

Arturo Alessandri Rodríguez, de igual manera, adhiere a la tesis de que la interposición de una de las acciones no supone renunciar a la otra: "¿Puede presumirse tácitamente renunciada la acción resolutoria por el hecho de ejercitarse la acción de cobro de precio? La opinión generalmente admitida entre nosotros es que el ejercicio de una acción importa la renuncia de la otra por ser alternativas, de modo que de

⁹² Josserand, Louis, ob. cit., N° 374, p. 209.

⁹³ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1933, tomo X, N° 171, p. 194.

acuerdo con los artículos 1499 y 1502 inciso segundo del Código Civil, ejercitada una de ellas queda exonerado el deudor de la ejecución de la otra y pedida una no puede pedirse la otra (...) Creemos, sin embargo, que el ejercicio de una de estas acciones no importa la renuncia de la otra, como trataremos de probarlo. Aceptemos la premisa de que sean alternativas y que se les apliquen las disposiciones de los artículos 1499 y siguientes del Código Civil. Esto nos demuestra precisamente que el ejercicio de una no importa la renuncia de la otra. En efecto, según el artículo 1500 el deudor sólo queda libre cuando paga o ejecuta en su *totalidad* una de las cosas que debe alternativamente, no pudiendo obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra y el artículo 1499 lo exonera de la ejecución de las otras cuando ejecute una de ellas, para lo cual es menester, según el artículo 1500, que esa ejecución sea total. Si el vendedor pide el pago del precio y no logra ser pagado o si lo es en parte, el comprador no queda libre de su obligación, subsiste su mora y la vigencia del artículo 1873 del Código Civil. No pudiendo [el vendedor] ser pagado puede demandar la resolución, puesto que todavía subsiste el carácter alternativo de la obligación. La elección cesa cuando la obligación del comprador se extingue, cuando se cumple en su totalidad, como dice el artículo 1500 (...) No hay, pues, ninguna disposición que prive al vendedor del derecho de obrar así. Recurramos entonces a la presunta intención de las partes para ver si según ella el ejercicio de una acción importa la renuncia de la otra, ya que, según el artículo 1487, el vendedor puede renunciar la acción resolutoria. La cuestión está en saber si el ejercicio de la acción de cobro de precio implica esa renuncia, si es un acto de tal naturaleza que de él deba inducirse necesariamente la renuncia de esta acción. La negativa no es dudosa. La acción resolutoria es una acción subsidiaria, dentro de su carácter principal, pues el objeto de todo contrato es que se cumpla. Por eso, el vendedor preferirá, ante todo, que se le pague el precio, al menos en teoría, y sólo pedirá la resolución cuando esa acción le fracase. El artículo 1873 del Código Civil, por otra parte, acuerda esta acción al vendedor, siempre que el comprador esté en mora de pagar el precio y estará en ese estado cuando, después de habersele cobrado judicialmente, no lo pague o lo pague en parte. Hasta ese momento subsiste el fundamento jurídico de esa acción y hasta entonces puede hacerse valer. Sostener lo contrario equivaldría a exponer al vendedor al riesgo de perder la cosa y el precio, ya que no puede obtener aquél por la vía judicial ni tampoco pedir la resolución del contrato, porque el ejercicio de aquella acción lo habría privado de ésta. Esa no ha sido la mente del legislador, seguramente. Por el contrario, puesto que el artículo 1873 no distingue para conceder la acción resolutoria si la mora del comprador es anterior o posterior al cobro del precio, es lógico que se refiere a ambas. Le basta la mora para concederla y existiendo ésta,

puede pedirse la resolución. El carácter alternativo que tienen estas acciones es para el efecto de que ambas no puedan entablarse conjuntamente, pero no para que no puedan hacerse valer como subsidiarias. En consecuencia, el ejercicio de una no puede implicar la renuncia de la otra, ya que de ser así desaparecería este aspecto de dichas acciones".⁹⁴

René Abeliuk también se inclina por considerar que, el hecho de demandar el cumplimiento, no impide que, posteriormente, para el caso de ser desechada la acción, pueda después deducir la acción resolutoria: "Aunque ha habido mucha vacilación injustificada en la jurisprudencia, no habría inconveniente alguno para que el acreedor demandara primero el cumplimiento, y luego abandonara esta petición para exigir la resolución y viceversa; no hay cosa juzgada entre un juicio y el otro".⁹⁵

La misma doctrina postula Ramón Meza Barros.⁹⁶

La jurisprudencia, en cambio, ha sido vacilante, como expresa Abeliuk. En algunas oportunidades, se ha concluido que el ejercicio de una de las acciones señaladas en el art. 1489 del Código Civil envuelve la renuncia de la otra (sentencias de la Corte Suprema de fechas 30 de agosto de 1865, 14 de junio de 1889, 19 de mayo de 1905 y 2 de noviembre de 1909).⁹⁷ En otras oportunidades, se ha concluido que "Si bien las acciones alternativas del artículo 1489 no pueden entablarse conjuntamente, pueden, sin embargo, hacerse valer subsidiariamente, y el ejercicio de una no implica la renuncia de la otra. Si el contratante diligente no obtiene la satisfacción total de su crédito, puede legítimamente usar de la acción resolutoria, abandonando la primera gestión" (fallos de la Corte de Santiago de fechas 16 de abril de 1885 y 13 de enero de 1886; Corte de Talca de 9 de noviembre de 1909; Corte de Valdivia de 26 de agosto de 1926; y Corte Suprema de 16 de abril de 1885, 26 de septiembre de 1924 y 27 de octubre de 1939).⁹⁸

iv.- Es una acción mueble o inmueble: art. 580.

Será mueble o inmueble la acción, según cuál sea la cosa objeto del contrato, que el acreedor pretende recuperar, declarada que sea la resolución.

Importa lo anterior, para determinar el tribunal competente.

v.- Es una acción transferible y transmisible.

⁹⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Tomo II, Santiago de Chile, Soc. Imprenta-Litografía Barcelona, 1918, N° 1848, pp. 938 a 941.

⁹⁵ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., T. I, N° 544, p. 530.

⁹⁶ Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 162, p. 117.

⁹⁷ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 157.

⁹⁸ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 157.

Cedido que sea el crédito o muerto el acreedor titular de la acción, ésta podrá deducirse por el cesionario o por el heredero, respectivamente.

vi.- Es una acción divisible, a juicio de algunos, e indivisible, a juicio de otros.

Cuando son varios los acreedores, se plantea en la doctrina si cada uno puede ejercer independientemente la acción resolutoria o si por el contrario, es necesario que actúen de consuno para ejercitarla.

Generalmente, se sostiene que es necesario el acuerdo de los acreedores, atendido el art. 1526, Nº 6. Sin embargo, en el caso de varios acreedores no hay necesariamente obligación alternativa. En efecto, si en la compraventa son varios los vendedores (acreedores del precio), el comprador debe una sola cosa (pago del precio). No hay pluralidad de objeto debido.

Se suele argumentar también por los partidarios de la indivisibilidad que es absurdo, si son varios los contratantes, que unos puedan optar por la resolución y otros por el cumplimiento, ya que ello implicaría que el contrato se cumpliría en parte y se resolvería en parte.

Se contra-argumenta señalando que no hay inconveniente para que un contratante demande el cumplimiento de su parte o cuota en el crédito, mientras otro contratante pida la resolución. Por lo demás, la ley admite expresamente que un contrato sea válido para una parte y nulo para otra, cuando son varias las que contratan (art. 1690).

Ramón Meza Barros postula la divisibilidad de la acción resolutoria, conforme a los siguientes argumentos:

i.- En relación al art. 1526, Nº 6, "no existe tal obligación alternativa. ¿Qué debe el comprador cuando son varios los vendedores? El comprador debe una sola cosa: pagar el precio. No hay pluralidad de objetos y, por consiguiente, obligación alternativa".

ii.- "Se suele decir que es absurdo que si son varios los contratantes puedan optar unos por la resolución y otros por el cumplimiento, con la consecuencia de que el contrato se cumpliría en parte y se resolvería parcialmente. Pero la verdad es que no hay inconveniente para que un contratante demande el cumplimiento de su parte o cuota en el crédito, mientras otro insta por la resolución, por lo que a él se refiere, para liberarse de sus obligaciones y obtener que se le restituya lo que haya dado por su parte. La ley admite expresamente que un contrato sea válido para una parte y nulo para otra, cuando son varios los que contratan (art. 1690). El contrato será válido para el contratante que instó por la nulidad y subsistirá con pleno valor para el contratante que no estimó del caso deducir la acción".

iii.- "Por último, sería forzoso concluir que los varios acreedores deberían igualmente obrar de consuno para demandar el cumplimiento del contrato, aunque el objeto de la prestación fuera tan divisible como

pagar el precio de una compraventa. Tal conclusión es obviamente absurda”.⁹⁹

De esta manera, si seguimos la tesis de la divisibilidad de la acción, podría ocurrir, por ejemplo, que si de cuatro herederos que hubiesen vendido un inmueble sobre el cual tenían idénticas cuotas, dos deciden demandar la resolución por no haberseles pagado el precio por el comprador, la compraventa quedará resuelta parcialmente respecto de tales vendedores, originándose una comunidad compuesta por el comprador y por esos dos vendedores: el primero tendrá una cuota equivalente al 50% y cada uno de los otros dos tendrán cuotas equivalentes al 25% en el dominio del inmueble.

René Abeliuk Manasevich y René Ramos Pazos estiman que la acción resolutoria es indivisible, desde un punto de vista subjetivo y objetivo. La indivisibilidad es subjetiva, porque si son varios los acreedores, deben ejercitar la acción conjuntamente y si hay pluralidad de deudores, debe demandarse a todos ellos (el fundamento de esta indivisibilidad subjetiva, sería el artículo 1526, N° 6). La indivisibilidad es objetiva, porque no se puede demandar en parte el cumplimiento y en parte la resolución. Ello, porque el art. 1489 da la alternativa para demandar una u otra cosa, pero no en parte una y en parte otra¹⁰⁰.

Daniel Peñailillo Arévalo también adhiere a la tesis de la indivisibilidad de la acción, aunque admitiendo que el fundamento no debe ser el art. 1526, N° 6, sino que, más bien, porque la resolución busca la destrucción del contrato, como un todo; se trata de la resolución del contrato, no de la resolución de algunas de las obligaciones originadas por el primero: “Reconociendo la calidad de los argumentos de esta última opinión [tesis de la divisibilidad de la acción] y, particularmente, compartiendo la observación respecto de la obligación alternativa, por nuestra parte preferimos la conclusión de la indivisibilidad, sin acudir al art. 1526 N° 6, fundamentalmente porque cualquiera sea la naturaleza de las obligaciones generadas, y aunque sea materialmente posible la resolución (y el cumplimiento) por partes debido a la divisibilidad de las obligaciones, de lo que se trata no es de la resolución de las obligaciones, sino de la resolución del contrato, el que fue consentido en su integridad; admitir la divisibilidad de la acción resolutoria viene a implicar una verdadera modificación (mediante resolución parcial) del contrato, modificación que atenta en contra de lo consentido por los contratantes, y que no procede imponerlo ni siquiera por la razón de ser la parte demandada una incumplidora. Por cierto si los varios obligados lo son en prestación indivisible o lo son en prestación divisible pero solidaria, la resolución parcial traerá

⁹⁹ Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 164, pp. 117 y 118.

¹⁰⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., pp. 197 y 198; Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., T. I, N° 553.VII, p. 535.

consecuencias gravosas para los que queden exentos de la resolución cuando se les pida el cumplimiento; pero aunque se trate de mancomunados, la resolución parcial implicará aquella aludida reforma del contrato que no parece aceptable”.¹⁰¹

vii.- Es una acción prescriptible. Nos referiremos a esta característica en el párrafo siguiente.

e.5.3) Prescripción de la acción resolutoria.

Las reglas son diferentes, según se trate de una condición resolutoria tácita o de un pacto comisorio.

La acción resolutoria que emana de una condición resolutoria tácita no tiene reglas especiales y por lo tanto se le aplican las reglas generales de la prescripción:

i.- La acción prescribe en 5 años: art. 2515, inc. 1º (excepcionalmente, prescribirá en 4 años, en el caso de una donación con cargas, artículo 1427).

ii.- La prescripción corre desde que se hizo exigible la obligación infringida: art. 2514, inc. 2º.

iii.- La prescripción se suspende: arts. 2509, inc. 1, 2520 y 2524 (no se suspenderá, sin embargo, en el caso de una donación con cargas).

La ley ha establecido reglas especiales tratándose de la prescripción de la acción resolutoria que emana de un pacto comisorio:

i.- Prescribe la acción en 4 años, o en el plazo menor estipulado por las partes: art. 1880.

ii.- La prescripción no corre desde que la obligación se hizo exigible, sino que desde la fecha del contrato (art. 1880, inc. 1º).

iii.- La prescripción, por ser de corto tiempo, no se suspende: corre en contra de toda clase de personas (art. 2524).

La doctrina apunta que las diferencias indicadas dejan de manifiesto serias inconsecuencias:

i.- No se divisa razón alguna que justifique que la acción que deriva del pacto comisorio prescriba en 4 años, mientras que la acción resolutoria que deriva de la condición resolutoria tácita, prescriba en 5 años. El hecho que las origina es el mismo: el incumplimiento.

ii.- Menos justificado es contar el plazo de 4 años desde la fecha del contrato, ya que si el incumplimiento ocurre después de dicho plazo, la acción habrá prescrito antes de nacer.

iii.- El plazo de prescripción más breve para el pacto comisorio resulta inoperante, porque el art. 1878 deja en claro, en relación al art. 1873, que una vez prescrita la acción derivada del pacto comisorio, queda vigente la que emana de la condición resolutoria tácita. Aunque en tal caso, el demandado –para quienes así lo plantean según vimos al estudiar la condición resolutoria tácita- podría enervar la acción durante

¹⁰¹ Peñailillo Arévalo, Daniel, ob. cit., p. 445.

la secuela del juicio, y no sólo dentro del plazo fatal de 24 horas subsiguientes a la notificación de la demanda, si se había pactado un pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa.

e.5.4) Resolución y rescisión.

La expresión "rescisión" no está definida en el Código Civil. El Diccionario de la Lengua Española entiende por tal "dejar sin efecto un contrato, una obligación". Este es el sentido, en efecto, en que Bello empleó la palabra en distintas instituciones. Desde este punto de vista, al operar la resolución, se produce efectivamente una hipótesis de "rescisión".

En nuestros días, sin embargo, no debemos confundir la resolución y la rescisión, pues la palabra "rescisión" ha quedado circunscrita a la nulidad relativa. Se trata de instituciones diferentes, cuyas consecuencias son también distintas:

i.- La nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin importar que estén de buena o mala fe (el art. 1689 no distingue).

La resolución, en cambio, sólo afecta a los terceros de mala fe (arts. 1490 y 1491).

ii.- Resuelto un contrato, por regla general no se adeudan los frutos percibidos pendiente la condición (art. 1488). Excepcionalmente, en algunos casos se deben (por ejemplo, en la compraventa, art. 1875).

Pronunciada la nulidad, se deberán los frutos percibidos, aunque tomándose en cuenta para medir la cuantía de la obligación de restitución, la buena o mala fe (art. 1687, inc. 2º en relación con el art. 907).

iii.- Junto con la resolución, puede demandarse indemnización de perjuicios. La nulidad no contempla tal posibilidad, sin perjuicio de las prestaciones mutuas que procedan. Sólo después de la declaración de nulidad, podría, eventualmente, demandarse una indemnización de perjuicios. Pero este sería un nuevo juicio, fundado en un posible delito civil, cometido por aquél de los contratantes que hubiere celebrado el contrato írrito a sabiendas de su ilicitud. Puesto que el contrato se declara nulo, no puede entenderse que la responsabilidad sea contractual, sino que se trata de responsabilidad extracontractual (art. 2314 y siguientes).

e.5.5) Resolución y otras instituciones.

Finalmente, cabe distinguir la resolución de otras instituciones, como la "terminación" de un contrato (nombre que toma la resolución en los contratos de tracto sucesivo), la "resciliación" (acuerdo de voluntades para dejar sin efecto una convención) y la "revocación". Esta última expresión sirve para designar cuatro situaciones jurídicas distintas:

i.- En un sentido, la revocación es un modo de dejar sin efecto ciertos contratos, por un acto unilateral de voluntad. Ella es excepcional, porque por regla general los contratos se dejan sin efecto por causas legales o mutuo acuerdo de las partes. Casos de revocación: en el mandato (art. 2163 N° 3); la donación entre vivos (art. 1428); en el arrendamiento (art. 1951, "desahucio").

ii.- En otro sentido, revocación es la invalidación o inoponibilidad de un acto por medio del cual el deudor insolvente hizo salir bienes de su patrimonio, en fraude de sus acreedores. En este segundo sentido, la revocación es el resultado del ejercicio de la acción pauliana o revocatoria (art. 2468).

iii.- También cabe aludir a la revocación del decreto que declaró presuntivamente muerta a una persona, cuando ella reaparece o cuando hay certeza acerca de su muerte real (art. 94).

iv.- El testamento puede asimismo dejarse sin efecto a través de su revocación, por el testador, otorgando uno nuevo (artículos 999 y 1212 a 1215).

5.3. Las obligaciones a plazo.

a) Concepto de plazo.

Conforme al art. 1494, inc. 1º, es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. En términos más comprensivos, puede definirse como el hecho futuro y cierto, del que depende el ejercicio o la extinción de un derecho.

b) Caracteres básicos del plazo.

Son dos, la futureidad y la certidumbre. En el primero se asemeja y en el segundo se diferencia de la condición. La certidumbre de que se verificará el hecho determina los efectos del plazo, distintos de los que produce la condición: el derecho subordinado al plazo existe perfecto, desde que se celebra el contrato, y la modalidad sólo posterga su ejercicio (plazo suspensivo); por otra parte, se tiene la certeza de que el derecho sólo existirá hasta una época predeterminada (plazo extintivo).

c) Clasificación de los plazos.

c.1) Plazo expreso y plazo tácito.

Plazo expreso es aquel que se establece en términos formales y explícitos. El N° 1 del art. 1551 del Código Civil alude a él. Plazo tácito es "el indispensable para cumplirlo", según se expresa en el art. 1494, es decir, el que resulta de la naturaleza de la prestación o del lugar en que deba cumplirse, si es distinto de aquel en que se contrajo. Al plazo

tácito se refiere el art. 1551 N° 2 (un ejemplo de plazo tácito sería el siguiente: se contrata maquinaria para realizar una cosecha de ciertos productos agrícolas, la que debe efectuarse necesariamente en determinados meses, y transcurren éstos sin que el arrendador hiciera entrega de las maquinarias arrendadas; o una cadena de multitiendas solicita a un proveedor de televisores duplicar las unidades a entregar, en miras del próximo mundial de fútbol, y transcurre el mismo sin que se hiciera entrega de los televisores adicionales).

c.2) Plazo fatal y no fatal.

Plazo fatal es aquel que, una vez transcurrido y por el solo ministerio de la ley, extingue un derecho. Son plazos fatales los que la ley señala como tales o aquellos que se establecen con las expresiones "en" o "dentro de" (art. 49).

Plazo no fatal es aquel que por su llegada no extingue el derecho, de manera que éste puede ejercitarse después de vencido el plazo.

Los plazos para interponer recursos procesales son fatales, mientras que normalmente el plazo para cumplir una obligación no lo es, porque el deudor puede cumplir a posteriori (excepcionalmente por ejemplo, es fatal el plazo de 24 horas del pacto comisorio calificado, artículo 1879).

Los plazos fatales se vinculan con la caducidad, mientras que los plazos no fatales con la prescripción.

c.3) Plazo determinado e indeterminado.

El plazo es determinado si se sabe cuándo ocurrirá el hecho (el comprador se obliga a pagar el precio, en el plazo de seis meses, contado desde la celebración de la compraventa). El plazo será indeterminado si se ignora tal circunstancia (el usufructo expirará, con la muerte del usufructuario).

En todo caso, uno y otro no alteran el carácter "cierto" del plazo. El hecho siempre se verificará.

c.4) Plazo voluntario, legal y judicial.

Plazo voluntario es el que se establece por la voluntad del autor o autores del acto jurídico. Si es resultado de un acuerdo de voluntades, es un plazo convencional.

Plazo legal es aquel establecido por la ley (por ejemplo, artículo 2200, contrato de mutuo; artículo 1879, en la compraventa).

Plazo judicial es aquel señalado por el juez. En principio y por regla general, carece el juez de tal facultad. Sólo puede hacerlo cuando la ley expresamente se lo permite. Como señala el Mensaje del Código Civil, "El tiempo es un elemento de tanta consecuencia en las relaciones jurídicas, y ha dado motivo a tantas divergencias en las decisiones de la

judicatura y en la doctrina de los jurisconsultos, que no se ha creído superfluo fijar reglas uniformes, a primera vista minuciosas, para determinar el punto preciso en que nacen y expiran los derechos y las obligaciones en que este elemento figura” (acápito V). Algunos casos excepcionales en los que el juez está facultado para fijar plazo o para ampliar o restringir el que establece la ley, son, por ejemplo, los siguientes:

i.- Art. 1494, inc. 2º, tratándose de la determinación de un plazo tácito. En realidad, aquí hay un plazo *convencional*, pero como no es expreso, el juez, en caso de discrepancia entre las partes, está llamado a determinarlo.

ii.- Art. 904, en materia de prestaciones mutuas: el poseedor vencido restituirá la cosa “en el plazo que el juez señalare”.

iii.- Art. 378, en materia de guardas: el juez podrá ampliar o restringir el plazo de 90 días subsiguientes al discernimiento, que el guardador tiene para inventariar los bienes del pupilo.

iv.- Art. 1094, en las obligaciones modales: si el testador no ha determinado suficientemente el tiempo en que ha de cumplirse el modo, podrá el juez determinarlo.

v.- Art. 1792-21, en el régimen de participación en los gananciales: el cónyuge deudor, en principio, debe pagar al contado lo que deba al otro cónyuge por concepto de “crédito de participación en los gananciales”. Sin embargo, a petición del deudor y cuando “se causare grave perjuicio al cónyuge deudor o a los hijos comunes y ello se probare debidamente”, el juez podrá concederle al cónyuge deudor un plazo de hasta un año para pagar su obligación.

vi.- Art. 2291, inc. 2º, en las normas del cuasicontrato de agencia oficiosa: si la gestión del agente oficioso hubiere sido útil, habrá acción en contra del interesado a cuyo nombre y sin mandato actuó el primero. Pero de ser así, “El juez, sin embargo, concederá en este caso al interesado el plazo que pida para el pago de la demanda, y que por las circunstancias del demandado parezca equitativo”.

c.5) Plazo suspensivo y extintivo: art. 1080.

Plazo suspensivo es aquel que posterga el ejercicio del derecho, difiere la exigibilidad de la obligación. A diferencia de la condición suspensiva, el plazo suspensivo no afecta la existencia del derecho y obligación correlativa, sino que sólo posterga su ejercicio o exigibilidad.

Plazo extintivo es aquel que por su cumplimiento extingue un derecho; limita la duración del derecho y de una obligación.

d) *Efectos del plazo.*

d.1) Plazo suspensivo.

d.1.1) Pendiente:

i.- Efecto fundamental: el acreedor no tiene derecho para demandar el cumplimiento de la obligación, y el deudor por su parte puede rehusar su cumplimiento: art. 1496.

Un ejemplo de plazo suspensivo sería el siguiente: en un contrato de compraventa, las partes estipulan que el comprador deberá pagar el precio "a más tardar en el plazo de 90 días, contados desde la fecha del contrato".

Sin embargo, teniendo presente que a diferencia de la condición suspensiva, el plazo suspensivo no afecta la existencia de la obligación, "Lo que se paga antes de cumplirse el plazo, no está sujeto a restitución" (art. 1495). El pago no admite repetición en este caso, porque importa una renuncia por el deudor al plazo establecido en su favor.

ii.- El acreedor puede, no obstante, impetrar medidas conservativas. Si puede hacerlo el acreedor condicional, cuyo crédito aún no nace, con mayor razón podrá hacerlo el acreedor a plazo, cuyo crédito ya nació.

iii.- El acreedor puede impetrar el beneficio de separación, para el caso de que fallezca su deudor (art. 1379).

iv.- Para una parte de la doctrina, el acreedor a plazo podría ejercitar la acción oblicua o subrogatoria, porque tiene interés evidente en que la obligación se cumpla (Alessandri y René Jorquera); otros, le niegan este derecho, atendido el supuesto de que debe tratarse no sólo de un crédito cierto, sino también actualmente exigible (Meza Barros y Ramos Pazos).

v.- El acreedor puede deducir la acción pauliana o revocatoria, pues la insolvencia del deudor, hará caducar el plazo.

vi.- Por regla general, no corre prescripción (art. 2514). Se trata de la prescripción extintiva, o sea, la que afectaría al acreedor.

vii.- No se admite compensación legal de obligaciones, porque no son actualmente exigibles (art. 1656 N° 3).

d.1.2) Cumplido o vencido:

i.- La obligación se hace exigible, el acreedor puede exigir su cumplimiento y el deudor está obligado a satisfacer la prestación.

ii.- El acreedor puede impetrar medidas conservativas.

iii.- El acreedor puede impetrar el beneficio de separación.

iv.- El acreedor podrá deducir la acción oblicua o subrogatoria.

v.- El acreedor podrá interponer la acción pauliana o revocatoria.

v.- Corre la prescripción.

vi.- Puede operar la compensación legal.

vii.- El vencimiento del plazo suele constituir en mora al deudor que retarda el cumplimiento: art. 1551 números 1 y 2.

d.1.3) Extinción del plazo suspensivo: se extingue por vencimiento, por la renuncia y por la caducidad.

El *vencimiento* es la forma ordinaria de extinguirse el plazo.

La *renuncia* será posible para aquella de las partes en cuyo favor se fijó el plazo. En principio, el plazo se entiende establecido en beneficio del deudor: art. 1497.

Sin embargo, la regla general de que el deudor puede renunciar al plazo tiene excepciones:

i.- Cuando la renuncia estuviere expresamente prohibida. La prohibición puede tener su origen en un testamento o en un contrato.

ii.- Cuando de la renuncia se siga un perjuicio para el acreedor que la fijación del plazo pretendió notoriamente evitar. Es decir, cuando el plazo no aprovecha únicamente al deudor (por ejemplo, en el contrato de depósito, el plazo sólo beneficia al acreedor: arts. 2219 y 2220; o en el mutuo, cuando recae en dinero y se pactó el pago de reajustes e intereses, el plazo beneficia a ambas partes).

Mediante la *caducidad* del plazo se hace exigible la obligación y se permite perseguir al deudor antes de expirado el plazo. El art. 1496 señala las causales de caducidad:

i.- Deudor sujeto a procedimiento concursal de liquidación o en notoria insolvencia y no tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de reorganización: la primera hipótesis se establece mediante resolución judicial; corresponde al acreedor probar la insolvencia y al deudor acreditar que está sujeto a procedimiento concursal de reorganización.

ii.- Deudor cuyas cauciones, por su hecho o culpa, se han extinguido (es decir, se han destruido) o disminuido considerablemente de valor: en este caso sin embargo, la caducidad no es fatal e inevitable. El deudor puede renovar o mejorar las cauciones (la misma regla se establece en la hipoteca, art. 2427, pero con la salvedad que en este caso, no se exige que la pérdida o deterioro de la hipoteca sean imputables al deudor; y en la prenda, art. 2406 en relación con el art. 2391).

d.2) Plazo extintivo.

El Código no lo reglamenta. Por su cumplimiento, se extingue la obligación y derecho correlativo. La extinción tiene lugar de pleno derecho, pero sin efecto retroactivo, como ocurre con la condición resolutoria. Por ello, se denomina plazo extintivo y no plazo "resolutorio".

Pendiente el plazo, el acto jurídico produce sus efectos como si fuera puro y simple.

Un ejemplo de plazo extintivo sería el siguiente: las partes acuerdan que el arrendamiento expirará en el plazo de un año, contado desde la fecha de celebración del contrato.

5.4. Las obligaciones modales.

a) *Concepto.*

El modo está regulado en los arts. 1089 a 1096. Es muy excepcional y casi exclusivo de las asignaciones testamentarias. También suele estipularse en un contrato de donación. En el último caso, por ejemplo, si se dona un terreno a una congregación religiosa, para que en él se construya un colegio.

Con todo, nada impide que se estipulen obligaciones modales en contratos onerosos, como una compraventa, en la que, por ejemplo, se conviene que el comprador de un sitio o lote situado en un condominio, deberá construir su casa conforme a un cierto estándar de calidad o de acuerdo a un determinado estilo arquitectónico, que guarde armonía con las viviendas ya construidas en aquél. También constituiría modo aquella cláusula de una compraventa, mediante la cual el adquirente de un predio rústico, se obliga, durante diez años, a permitir que en cierto sector del predio, se instale en el mes de febrero de cada año, un campamento de *boy scouts*.

La obligación modal es aquella que impone al deudor la ejecución de ciertas obras o la sujeción a ciertas cargas (artículo 1089).

Usualmente, se define el modo como una carga establecida en los actos jurídicos a título gratuito con el propósito de limitar el derecho del adquirente.

Otro ejemplo de modo sería el siguiente: dejo en legado cierta pinacoteca a Juan, pero con la obligación de que entregue las obras de arte en comodato al Museo de Bellas Artes cada dos años, para su exhibición al público, durante un período de al menos 30 días. Usualmente, esta cláusula va aparejada de una prohibición de gravar y enajenar los bienes legados (artículo 1126).

En todo caso, el modo no impide la adquisición del derecho (art. 1089). Como expresa Luis Claro Solar, "Importando el *modo* generalmente una aplicación, a un fin especial, de los bienes, objeto de la asignación o convención, se distingue esencialmente de la condición en que no se suspende la adquisición del derecho. No tiene, pues, el modo efecto suspensivo; no retarda en forma alguna la ejecución de la asignación testamentaria o de la donación, ni la prestación pactada en el contrato; y la cosa asignada, donada o que es objeto de la estipulación debe pasar al dominio del asignatario, donatario o estipulante antes que el modo sea ejecutado. La intención de los contratantes o del testador es ordinariamente es ordinariamente que una porción de la cosa o de su valor sea empleada en la obra, o ayude a cumplir la carga; y por lo

mismo la adquisición de la cosa no se halla subordinada a la ejecución de la obra o al cumplimiento de la carga impuesta".¹⁰²

b) *Cláusula resolutoria en las obligaciones modales.*

El art. 1090 la define: "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. / No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa".

Cabe formular un distingo, según si el modo se establece en un testamento o se estipula en un contrato de donación.

b.1) Obligaciones modales cuya fuente es un testamento.

Se refiere a ella el art. 1090. Por regla general, el derecho modal no se extingue por el incumplimiento de un modo, salvo que exista cláusula resolutoria, que en este caso debe ser expresa.

b.2) Obligaciones modales cuya fuente es un contrato.

Se han formulado dos opiniones en nuestra doctrina, cuando en un contrato de donación se incorpora un modo. Las revisaremos a continuación:

i.- Doctrina de Arturo Alessandri Rodríguez.

Para éste autor, el art. 1090 no se aplica a las obligaciones modales estipuladas en un contrato bilateral, como ocurre con la donación con cargas modales. En este caso, el incumplimiento supone una infracción al mismo y opera por tanto la condición resolutoria tácita: el contrato se resolverá por no cumplirse el modo, aunque no se haya estipulado expresamente una cláusula resolutoria.

Para esta doctrina, el art. 1090 sólo tendrá cabida en las asignaciones testamentarias y en los contratos unilaterales. No en los contratos bilaterales, pues en ellos opera la condición resolutoria tácita. Además, si en contratos de esta clase se pacta la condición resolutoria del art. 1489, no estaríamos ante un modo, sino que ante un pacto comisorio. Concluye el autor citado: "De ahí que el incumplimiento de un modo en un contrato bilateral no produce los efectos que la ley señala a la cláusula resolutoria en los artículos 1090 y siguientes, sino que produce los efectos que la ley señala a la condición resolutoria tácita o al pacto comisorio, según que se haya estipulado o no en el contrato que éste se resuelve si no se cumple el modo, esto es, la obligación contraída".¹⁰³

El art. 1426, inc. 1º, en la donación, lo deja en claro: "Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha

¹⁰² Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo X, Nº 223, p. 256.

¹⁰³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988, p. 239.

impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación”.

En este caso, estamos ante lo que se ha llamado una “donación con cargas”, y se trata de un contrato bilateral y no, como usualmente ocurre con la donación, de un contrato unilateral.

Cabe consignar también que la expresión “rescinda” debe ser entendida más bien como “resuelva”. En efecto, el precepto no hace sino reiterar la norma del art. 1489, condición resolutoria tácita, y las dos opciones que allí tiene el contratante diligente.

ii.- Doctrina de Luis Claro Solar.

Para este autor, el art. 1090 se aplicará no sólo tratándose de las asignaciones testamentarias, sino que también cuando el modo se incorpora en un contrato, incluso en un contrato bilateral. Por ende, en éste último caso, prevalece el art. 1090 por sobre el art. 1489, por una sencilla razón: no debe confundirse un modo con una condición resolutoria tácita. El primero está regulado por el art. 1090. La segunda, por el art. 1489. Por tanto, si las partes, al estipularse un modo, no pactan *expresamente* la resolución en caso de incumplimiento, no podrá demandarse la misma. Señala este autor: “Según el art. 1090, la cláusula resolutoria que impone al asignatario modal la obligación de restituir la cosa y los frutos si no cumple el modo, no va subentendida en la asignación modal, no tiene el carácter de una condición resolutoria tácita, no existe naturalmente en la asignación. Para que esta cláusula resolutoria exista, es necesario que el testador o los contratantes en su caso, la establezcan expresamente (...) Es indispensable, por consiguiente, que el disponente haya querido que el modos e cumpliera efectivamente y así lo haya dispuesto, para que el modo tenga esta cláusula resolutoria; de otra manera el modo solamente impone una obligación personal al asignatario, obligación que no afecta a la adquisición de la cosa asignada que el asignatario hará suya, puesto que se le asigna *para que la tenga por suya*, según las palabras de la ley. En las obligaciones convencionales sujetas a un modo los contratantes deberán determinar expresamente si dan al modo cláusula resolutoria. No creemos que deba distinguirse entre contratos unilaterales y bilaterales y declarar que en los bilaterales va envuelta la cláusula resolutoria de no cumplimiento de lo pactado, y que el hecho solo de estipular un modo sujeto a cláusula resolutoria en un contrato bilateral signifique la aplicación expresa de la condición resolutoria que reglamenta el art. 1489. Un modo no es una condición. La regla del art. 1489 se refiere a un contrato bilateral en que nada se ha pactado sobre resolución y la ley da por subentendida la condición resolutoria tácita de no cumplirse lo pactado. En un contrato que contiene una obligación modal, el modo tiene que estar expresado en la convención misma; y desde que es *modo* y no *condición*, su incumplimiento no resuelve el

contrato, si las partes no han pactado la cláusula resolutoria que no puede considerarse envuelta en él y que requiere pacto expreso”.¹⁰⁴

En la práctica, entonces, si seguimos la tesis de Alessandri, existen dos acciones para el caso de que no se cumpla el modo estipulado en el contrato de donación: la acción para exigir el cumplimiento de lo pactado o la acción resolutoria (es decir, las opciones previstas en el art. 1489). En cambio, si adherimos al planteamiento de Claro Solar, la única acción posible sería la primera, a menos que se hubiera pactado la condición resolutoria para el caso de incumplimiento del modo. Otra diferencia consistiría en el plazo de prescripción de las acciones. Si aplicamos la tesis de Alessandri, prescribirá la acción en cuatro años (art. 1427). Si optamos por la doctrina de Claro Solar, la acción prescribirá en el plazo de cinco años, contados desde que se deja de cumplir el modo, conforme a las reglas generales (arts. 2514 y 2515).

Más recientemente, Daniel Peñailillo Arévalo se inclina por la segunda doctrina, atendido que el modo es un elemento accidental y no de la naturaleza del contrato, como lo es la condición resolutoria tácita: “Preferimos esta última solución, considerando, además, aquél mencionado carácter de que la carga es un elemento ajeno a la naturaleza del acto, que no influye directamente en él y que, por lo mismo, no equivale a una contraprestación”.¹⁰⁵

c) Forma de cumplir el modo: arts. 1093 y 1094.

i.- En las hipótesis del inc. 1º del art. 1093, no valdrá la disposición. Dispone la norma: “Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición”.

Ocurrirá lo anterior entonces:

- i) Si el modo es por su naturaleza imposible;
- ii) Si el modo es inductivo a hecho ilegal o inmoral; o
- iii) Si el modo es concebido en términos ininteligibles.

A contrario sensu, entonces, es necesario que el modo sea posible, lícito e inteligible.

Cuando el precepto establece que “no valdrá la disposición”, quiere decir que la herencia o el legado que se dejan con un modo que se encuadre en alguna de las tres hipótesis anteriores, será nula, no podrá por ende reclamarse por el respectivo heredero o legatario.

¹⁰⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo X, Nº 225, pp. 258 y 259.

¹⁰⁵ Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 494.

Así, por ejemplo, el testador deja un legado de cien millones a determinada persona, con el propósito que destine esa suma a promover en la población nacional el comercio y consumo de heroína o de cualquiera otra sustancia cuya comercialización prohíba la ley. En este ejemplo, el modo es inductivo a un hecho "ilegal o inmoral".

La situación descrita en este inc. 1º, debe existir al tiempo en que se abre la sucesión del testador. En cambio, si con posterioridad el modo se hace física o moralmente imposible, se aplicará el inc. 3º del precepto, al que aludiremos más adelante: "Tanto la *licitud* cuanto la *posibilidad* y la *moralidad* deben ser anteriores a la fecha en que el cargo se haya establecido. Si aquellas son sobrevinientes, y así resultan sin culpa del beneficiario, el derecho se adquiere y el evento se considera como de caso fortuito o de fuerza mayor".¹⁰⁶

Pero se origina aquí una duda: ¿puede el asignatario reclamar la herencia o legado gravados con un modo imposible, ilícito o ininteligible, cuando cualquiera de estas circunstancias se producen después de testar el causante y antes de su muerte? Nos parece que no podría. El momento que debe considerarse para ponderar la posibilidad, licitud o inteligibilidad de la disposición, debe ser aquél en que fallece el testador. Lo anterior, pues se desprende del art. 19 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes que las disposiciones testamentarias se rigen por "la ley vigente al tiempo de morir el testador". En otras palabras, el contenido del testamento, en cuanto se refiere a las disposiciones incluidas en él, está sujeto a la ley vigente al tiempo de la muerte del testador. Obedece lo anterior a que las disposiciones del testador se reputan dictadas inmediatamente antes de su muerte, ya que el testamento es esencialmente revocable y sólo produce sus efectos al fallecer el testador. El derecho del heredero o legatario nace con la muerte del testador y es entonces cuando debe ser capaz y digno de recoger su asignación.

ii.- En la hipótesis del inc. 2º del art. 1093, cuando el modo puede cumplirse, pero de una forma diferente a la exigida por el testador o donante, se admite un *cumplimiento por equivalencia*.

Estamos ante una excepción a la regla general consagrada en el art. 1569, en cuanto el pago debe ser *exacto*: "El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación". Con todo, la misma norma agrega seguidamente: "sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes". El inc. 2º del art. 1093 es uno de estos "casos especiales".

Se trata además de una imposibilidad especial o *relativa*, no *absoluta*.

¹⁰⁶ Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo 3, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, Nº 898, p. 280.

Dispone el precepto: "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 substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación de los interesados".

Así, por ejemplo, el testador deja en legado tres inmuebles a Juan, imponiéndole la carga modal consistente en destinar, anualmente, el diez por ciento de lo que obtenga por rentas de arrendamiento de tales bienes raíces, a una cierta fundación educacional. Ésta persona jurídica, sin embargo, "sin hecho o culpa del asignatario", desaparece al cabo de cierto tiempo. En tal caso, el asignatario podrá destinar la suma pertinente a otra fundación, que tenga un fin análogo –en este caso, educacional–, con aprobación del juez (en este caso, el juez civil del último domicilio del testador), y con citación de los interesados (los herederos del causante). Se trata de una gestión judicial no contenciosa, en la que los "interesados" deberán ser notificados en la forma prescrita en el Código de Procedimiento Civil.

En el ejemplo citado, el modo se hace imposible "en la forma especial prescrita por el testador" *después* que el asignatario adquiere el derecho, pues la fundación educacional existía el tiempo de la apertura de la sucesión. ¿Qué ocurriría si esta imposibilidad especial existe desde el momento mismo en que se otorga el testamento o en el momento en que se abre la sucesión del causante? Volviendo a nuestro ejemplo, si al fallecer el testador, la fundación educacional en cuestión había desaparecido. Nos parece que la solución sería la misma que opera cuando la imposibilidad especial es sobreviniente. Luis Claro Solar así lo admite, proporcionando el siguiente ejemplo: "si el modo, sin ser naturalmente imposible, lo es, en el momento de establecerse la disposición, para el asignatario, no por eso sería nula la disposición, porque, no tratándose de algo imposible en sí mismo, puede tener por objeto precisamente comprometer al asignatario a hacerse capaz de ejecutarlo debidamente. Así si un testador deja diez mil pesos a una persona con la carga de que le haga un determinado cuadro de pintura y el asignatario no ha tomado nunca un pincel, ni sabe dibujar, ello importaría el propósito del testador de conseguir que el asignatario aprendiese a pintar. Según esto, lo que es imposible para el asignatario, debe ser válido en todos los casos en que esta imposibilidad puede cesar".¹⁰⁷

iii.- En la hipótesis del inc. 3º del citado artículo, cuando se torna imposible cumplir el modo y dicha imposibilidad no es imputable al asignatario, la disposición se reputará pura y simple, libre de obligación modal.

¹⁰⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo X, N° 228, pp. 260 y 261.

Establece la norma: "Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen".

Un ejemplo -a partir de lo que expone Claro Solar, según referiremos enseguida-, podría ser el siguiente: el testador deja en legado a Graciela un inmueble, pero le impone la carga modal de pagar con la renta de arrendamiento que proporcione tal bien raíz, la educación de Claudia. Ocurre sin embargo que después de otorgado el testamento o de abierta la sucesión, Claudia fallece. El modo, se ha hecho "enteramente imposible". Graciela retiene el inmueble legado, entendiéndose ahora que ninguna obligación pesa sobre ella.

A diferencia del caso anterior, aquí la imposibilidad es *absoluta*. No existe forma análoga o equivalente de cumplir con el modo.

Como expresa Claro Solar, "Así consistiendo por ejemplo, el modo en que el asignatario haga algo en beneficio de una tercera persona y ésta fallece antes que el testador por enfermedad natural, el asignatario que no tiene de ello culpa y que no ha ejecutado hecho alguno de que haya resultado la enfermedad y la muerte de la persona que debía beneficiarse con el modo, conservará la asignación libre del gravamen".¹⁰⁸

A su vez, cabe subrayar en qué momento el modo "se hace enteramente imposible". Nos parece que tal imposibilidad debe ser posterior al otorgamiento del testamento. Si ya hubiere existido tal imposibilidad al momento de testar, habría que aplicar el inc. 1º, siendo nula la disposición que instituye la herencia o el legado.

iv.- El art. 1094 faculta al juez para determinar el plazo y la forma de cumplir el modo. Dispone la ley al efecto:

"Si el testador no determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, podrá el juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de aquél, y dejando al asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada".

Se desprenden de la norma las siguientes reglas, ante la indeterminación del *tiempo* y de la *forma* en que debe cumplirse el modo:

- i) El juez consultará, en lo posible, la voluntad del testador (esto quiere decir que debe interpretar el testamento);
- ii) Dejará al asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada.

d) *Transmisibilidad de la obligación modal.*

¹⁰⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo XIV, N° 976, pp. 479 y 480.

Dispone el art. 1095: "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".

Una de las características del modo, es su *perpetuidad*, cuando el hecho en que consiste la carga no es personal del asignatario.

Indica al efecto Luis Claro Solar: "El modo debe ser ejecutado por el asignatario mismo que al aceptar la asignación se obligó a ello; pero si no se trata de algo que necesariamente deba él ejecutar personalmente, puede bastar la ejecución de otra persona, y en tal caso la ejecución del modo se transmite a los herederos, lo que no ocurre en las asignaciones condicionales en que la condición debe cumplirse en vida del asignatario".¹⁰⁹

Así, volviendo al ejemplo planteado, si el modo consistía en destinar parte de la renta de arrendamiento a una cierta fundación, los herederos del asignatario deberán continuar cumpliéndolo. En cambio, si el modo consistía en que el asignatario, médico de profesión, prestare servicios gratuitos en un hogar de ancianos, durante al menos tres años, y falleciere antes de cumplirse dicho plazo, sus herederos obviamente no están gravados con el modo, pues éste consistía en un hecho personalísimo.

6.- OBLIGACIONES DE ESPECIE O CUERPO CIERTO Y DE GÉNERO.

6.1. Obligaciones de especie o cuerpo cierto.

a) Concepto.

Son aquellas en que se debe determinadamente un individuo de una clase o género determinado.

Alude a estas obligaciones el Código Civil, por ejemplo, en los arts. 1526 N° 2, 1548, 1550, 1670 y siguientes.

b) Efecto principal.

La prestación debe ser satisfecha con el objeto debido y no otro. Por lo tanto, no podrá el acreedor reclamar otra cosa ni el deudor pretender que el acreedor reciba una distinta de la debida, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor. Cabe tener presente, en este punto, al art. 1545 (ley del contrato), el art. 1568 ("El pago efectivo es la prestación de lo que se debe") y al art. 1828 ("El vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato").

¹⁰⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo XIV, N° 978, pp. 480 y 481.

c) *Obligaciones que pesan sobre el deudor.*

Fundamentalmente, es la *obligación de conservar la cosa* (art. 1548). Esta obligación es a la vez de hacer y no hacer y eventualmente puede transformarse en una obligación de dar; el deudor debe hacer lo necesario para que la cosa no se deteriore, absteniéndose de actos que impliquen ocasionar tal menoscabo. Si infringe esta obligación de conservación, deberá indemnizar los perjuicios al acreedor, siempre que el incumplimiento sea imputable al deudor y el acreedor a su vez no esté en mora.

En el marco de esta obligación de conservación, el deudor debe emplear *el debido cuidado* (art. 1549). La determinación del grado de cuidado que debe emplear dependerá de lo que las partes hayan pactado y a falta de lo anterior, si el contrato beneficia sólo al acreedor, a ambas partes o sólo al deudor (art. 1547).

d) *Pérdida de la cosa debida: art. 1670.*

Dispone este precepto: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes".

Debemos distinguir si la pérdida es fortuita o imputable al deudor:

- i.- Pérdida fortuita: se extingue la obligación, pues se torna imposible el cumplimiento de la misma y a lo imposible nadie está obligado.
- ii.- Pérdida imputable: la obligación subsiste, pero varía de objeto: el deudor debe pagar al acreedor el valor de la cosa perdida y a indemnizar los perjuicios.

6.2. Obligaciones de género.

a) *Concepto: art. 1508.*

Establece esta norma: "Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado".

Son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado. Además, la cantidad debida debe estar determinada o al menos debe ser determinable (art. 1461, inc. 2º).

b) *Efectos.*

i.- El acreedor no puede pedir determinadamente, un individuo del género debido.

- ii.- El deudor cumplirá su obligación, entregando cualquier individuo del género, siempre que sea de una calidad a lo menos mediana (art. 1509).
- iii.- El deudor puede disponer material o jurídicamente de las cosas genéricas adeudadas, siempre y cuando subsistan otras para el cumplimiento de la obligación (art. 1510).
- iv.- La pérdida de la cosa debida no extingue la obligación: el género no perece.

6.3. Paralelo entre las obligaciones de especie o cuerpo cierto y las de género.

- a) En las obligaciones de especie o cuerpo cierto, el acreedor está dotado de la facultad de exigir determinadamente la cosa debida; el acreedor de una obligación de género carece de tal facultad.
- b) En las obligaciones de especie o cuerpo cierto, el deudor está obligado a pagar precisamente la cosa determinada que debe; en las obligaciones de género, basta con que se entregue cosas del género debido, de una calidad a lo menos mediana.
- c) A falta de estipulación de las partes, las obligaciones de especie o cuerpo cierto deberán cumplirse en el lugar en que dicha especie existía al tiempo de constituirse la obligación. Si se trata de obligaciones de género, se cumplirán en el domicilio del deudor (art. 1588).
- d) Si los deudores de una especie o cuerpo cierto fueren dos o más, la obligación será indivisible (art. 1526, Nº 2); si se trata de dos o más deudores de una obligación de género, la obligación será divisible, por regla general (art. 1526, Nº 5, salvo si la división de la cosa acarrea perjuicio al acreedor).
- e) Sólo la obligación de especie o cuerpo cierto impone al deudor la obligación de conservación y cuidado de la cosa; el deudor de una obligación de género puede disponer de la cosa debida.
- f) La pérdida fortuita de la cosa debida extingue la obligación de especie o cuerpo cierto; no acontece lo mismo en las obligaciones de género, porque éste no perece.
- g) Los riesgos de la pérdida fortuita de la cosa son de cargo del acreedor en las obligaciones de especie o cuerpo cierto; en las obligaciones de género, son de cargo del deudor.
- h) En las obligaciones de especie o cuerpo cierto, no puede operar compensación legal. Sí en las de género.
- i) El error en la identidad de la cosa, previsto en el art. 1453 del Código Civil, sólo puede recaer en una especie o cuerpo cierto y no en cosas identificadas sólo por su género, pues el precepto alude al error "sobre la identidad de la cosa específica de que se trata".

j) Ciertos contratos, pueden recaer indistintamente sobre especies o cuerpos ciertos o sobre cosas determinadas sólo por su género, como por ejemplo el de compraventa, mientras que otros sólo pueden recaer en especies o cuerpos ciertos, como el de permuta (art. 1897) y el comodato (art. 2174).

7.- OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE OBJETO.

7.1. Obligaciones de simple objeto múltiple.

Son aquellas en que se deben copulativamente varias cosas, de modo que el deudor se libera, ejecutando todas las prestaciones.

Constituyen la regla general.

7.2. Obligaciones alternativas (art. 1499).

a) Concepto.

Se distinguen por la conjunción disyuntiva "o", de manera que si bien se deben varias cosas (por ejemplo, un automóvil o determinada suma de dinero), el pago de una o algunas, extingue la obligación en su integridad. Se definen entonces como aquellas en que se deben dos o más cosas, pero en términos tales que el pago de una o algunas de ellas, exonera de la obligación de pagar las demás, extinguiéndose la obligación en su conjunto.

Las obligaciones alternativas admiten varias hipótesis:

i.- Se deben alternativamente dos o más especies o cuerpos ciertos, como por ejemplo la pintura "Nocturno (Venecia)", de Alberto Orrego Luco o "La perla del mercader", de Alfredo Valenzuela Puelma.

ii.- Se deben alternativamente una o más especies o cuerpos ciertos o una o más cosas determinadas sólo por su género, como por ejemplo, el caballo fina sangre de 3 años "Huracán" o 50 toneladas de trigo.

iii.- Se deben alternativamente dos o más cosas determinadas sólo por su género, como por ejemplo 2.000 litros de parafina o 1.000 litros de bencina de cierto octanaje.

b) Efectos.

i.- El deudor cumple la obligación pagando totalmente una o algunas de las cosas alternativamente debidas. El deudor no puede obligar al acreedor a que acepte "parte de una y parte de otra" (art. 1500).

ii.- El acreedor no puede demandar el pago de una cosa determinada de las que se deben, salvo que la elección le corresponda (art. 1501).

iii.- La obligación no se extingue sino con la destrucción fortuita de todas las cosas alternativamente debidas (arts. 1503 y 1504).

iv.- Si hay varios deudores o acreedores, la elección de la cosa que se pagará deberá hacerse de consuno (art. 1526 N° 6).

v.- La obligación será mueble o inmueble, según lo sea la cosa que se elija para el pago, entendiéndose que lo es retroactivamente, porque en realidad las cosas se deben bajo la condición de que se las elija, y la condición cumplida opera retroactivamente.

c) *Elección y riesgos de la cosa debida.*

c.1) En cuanto a la elección de la cosa.

Por regla general, la elección corresponde al deudor (art. 1500, inc. 2°).

La cuestión tiene importancia para determinar los derechos y obligaciones de los contratantes y a quien corresponde los riesgos.

Distinguimos, para determinar las facultades, si corresponde al deudor o al acreedor:

i.- Si corresponde al deudor, puede disponer material y jurídicamente de cualquiera de las cosas debidas, siempre que quede alguna para el cumplimiento de la obligación (art. 1502, inc. 1°).

ii.- Si corresponde al acreedor, el deudor carece de las facultades indicadas, y si de hecho dispone de alguna de las cosas alternativamente debidas, el acreedor puede exigir el pago del precio de tal cosa y la indemnización de perjuicios, o cualquiera de las cosas restantes (art. 1502, inc. 2°).

c.2) En cuanto a los riesgos, cuando las cosas alternativamente debidas sean especies o cuerpos ciertos.

Para determinar quien los soporta, perdidas las cosas debidas, debemos distinguir si la pérdida es total o parcial, fortuita o culpable y a quien corresponde la elección:

i.- Si la pérdida es total y fortuita, se extingue la obligación, careciendo de importancia a quien correspondía la elección (art. 1504, inc. 1°).

ii.- Si la pérdida es parcial y fortuita, la obligación sólo subsiste respecto de las cosas que restan.

iii.- Si la pérdida es total y culpable, tiene importancia averiguar de quien era la elección:

i) Si era del deudor, debe el precio de cualquiera de las cosas que elija;

ii) Si era del acreedor, se deberá el precio de la cosa que elija (art. 1504, inc. 2°), con indemnización de perjuicios.

iv.- Si la pérdida es parcial y culpable, distinguimos:

i) Si la elección es del deudor, pagará con las cosas que resten;

ii) Si la elección es del acreedor, puede elegir cualquiera de las cosas que restan o el valor de la que pereció, con indemnización de perjuicios (art. 1502).

7.3. Obligaciones facultativas.

a) *Concepto*: artículo 1505.

Señala el precepto: "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".

En estas obligaciones, en realidad se debe una sola cosa, pero llegado el momento del pago, el deudor puede satisfacer la prestación con otra cosa designada. Si no se hubiera designado otra cosa, estaríamos ante una dación en pago.

Si existen dudas acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa (art. 1507).

b) *Efectos*.

i.- El acreedor sólo puede demandar la cosa debida y no la otra designada.

ii.- Si la cosa debida perece por caso fortuito, se extingue la obligación (art. 1506), aunque subsista la otra cosa designada.

7.4. Paralelo entre las obligaciones alternativas y facultativas.

a) En la obligación alternativa efectivamente se deben dos o más cosas. En la obligación facultativa, en realidad se debe una sola cosa.

b) La obligación alternativa, cuando se deben cosas muebles o inmuebles, tendrá una u otra naturaleza según la cosa que se paga; por ende, su naturaleza jurídica sólo se conocerá al extinguirse la obligación; la obligación facultativa es mueble o inmueble, desde el momento en que es contraída, según la naturaleza de la cosa debida.

c) En la obligación alternativa, la elección corresponde al deudor o al acreedor, mientras que en la obligación facultativa la elección siempre es del deudor.

d) En la obligación alternativa, el acreedor no puede pedir una cosa determinada, a menos que la elección le corresponda. En la obligación facultativa, sólo puede pedir el pago de la cosa debida.

e) En la obligación alternativa, la pérdida fortuita de una o algunas cosas no extingue la deuda u obligación, a menos que no reste ninguna de las otras cosas alternativamente debidas. La obligación facultativa se extingue por la pérdida fortuita de la única cosa debida.

8.- OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS.

8.1. Introducción.

El tipo normal de obligación es aquel en que hay un deudor y un acreedor. Hay casos sin embargo, en los cuales la obligación puede presentarse con pluralidad de sujetos, varios acreedores y/o varios deudores, situación por lo demás prevista por el art. 1438.

La pluralidad de sujetos puede ser originaria o derivativa. Es originaria, cuando desde un principio se ha contraído la obligación entre varios deudores y varios acreedores. Es derivativa cuando la obligación se contrajo desde un principio entre un acreedor y un deudor, y la pluralidad proviene de un hecho posterior a la obligación (por ejemplo, cuando muere el deudor y deja varios herederos o cuando el crédito fuere cedido a dos o más personas).

Por regla general, que la pluralidad sea originaria o derivativa no influye en los efectos y naturaleza de la obligación.

Atendiendo a la pluralidad de sujetos, las obligaciones se dividen en tres grupos: obligaciones simplemente conjuntas, solidarias e indivisibles.

8.2. Obligaciones simplemente conjuntas.

a) Concepto.

Son aquellas en que habiendo varios deudores o acreedores y un solo objeto debido, de naturaleza divisible, cada deudor está obligado únicamente al pago de su cuota, y cada acreedor no puede exigir sino la suya.

Se refieren a ellas los arts. 1511, inc. 1º y 1526, inc. 1º.

b) Características.

Esta clase de obligaciones tienen cuatro características, que desprendemos de su concepto:

- i.- Pluralidad de sujetos;
- ii.- Unidad de prestación: debe ser una sola la cosa debida.
- iii.- La cosa que se debe ha de ser divisible.
- iv.- Cada acreedor sólo puede exigir el pago de su cuota en el crédito y cada deudor sólo debe pagar su cuota en la obligación.

Las obligaciones simplemente conjuntas constituyen la regla general en materia de obligaciones que presentan pluralidad de sujetos, como se desprende de las dos disposiciones legales citadas. La

obligación solidaria y la obligación indivisible constituyen una excepción al derecho común; por eso, cada vez que nos encontremos ante una obligación con pluralidad de sujetos y no se haya establecido la solidaridad por la ley o las partes o el objeto de la obligación no sea indivisible o la ley no disponga una indivisibilidad de pago, estaremos en presencia de una obligación simplemente conjunta.

En realidad, la obligación simplemente conjunta se entiende dividida en tantas partes, cuantos sean los sujetos que en ella intervienen. Habrá varias deudas y/o varios créditos, independientes entre sí. De ahí que algunos autores consideren casi un absurdo hablar de obligaciones simplemente conjuntas, porque en lugar de una conjunción hay una separación, de manera que debieran llamarse disyuntivas.

La regla general es que la deuda o el crédito se divida por partes iguales: cuotas o partes viriles, sin perjuicio de una división diferente (por ejemplo, art. 1354, las deudas del causante se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas).

c) *Efectos.*

i.- Cada deudor no está obligado sino al pago de su cuota, y a la inversa, cada acreedor no puede demandar sino la parte o cuota que en el crédito le corresponde.

ii.- La extinción de la obligación que opera respecto de un deudor o de un acreedor, no afecta a los demás deudores o acreedores.

iii.- La cuota del deudor insolvente no grava a los demás deudores: arts. 1511, inc. 1º; 1526, inc. 1º, 1287 y 1355.

iv.- La interrupción de la prescripción que obra en beneficio de uno de los acreedores, no aprovecha a los demás y la que obra en perjuicio de uno de los deudores, tampoco perjudica a los demás deudores: art. 2519.

v.- La nulidad de la obligación, pronunciada con respecto a uno de los codeudores o a uno de los acreedores conjuntos, no aprovecha o perjudica a los otros acreedores o deudores: art. 1690.

vi.- La constitución en mora de uno de los deudores no afecta a los demás: arts. 1551 Nº 3 y 1557.

vii.- La culpa de uno de los deudores no perjudica a los otros ni da acción sino únicamente contra el culpable: art. 1540.

8.3. Obligaciones solidarias.

a) *Concepto y regulación.*

La solidaridad no proviene de la naturaleza del objeto debido; porque este precisamente es divisible, es susceptible de pagarse en partes. A pesar de ello, cada deudor se obliga al total y cada acreedor puede también demandar el total, porque así lo dispuso la ley, el testador o así lo convinieron las partes.

Obligación solidaria es entonces aquella en que hay varios deudores o varios acreedores, y que tiene por objeto una prestación, que a pesar de ser divisible, puede exigirse totalmente por cada uno de los acreedores o a cada uno de los deudores, por disponerlo así la ley o la voluntad de las partes, en términos que el pago efectuado a uno de aquellos o por uno de éstos, extingue toda la obligación respecto de los demás (art. 1511, inc. 2º).

Están reguladas las obligaciones solidarias en los arts. 1511 a 1523. Los arts. 1511 y 1512 contienen normas generales. El art. 1513 regula la solidaridad activa. Los arts. 1514 a 1523 reglamentan la solidaridad pasiva.

b) *Características.*

b.1) Pluralidad de sujetos.

Cada uno de los sujetos puede estar obligado al pago total, o cada uno puede exigir el pago total, casos en los cuales la solidaridad será pasiva y activa, respectivamente. Cabe indicar que nada impide que la solidaridad sea activa y pasiva a la vez.

b.2) Unidad de prestación y que ésta sea de cosa divisible.

La cosa debida debe ser una sola: art. 1512 (sin perjuicio que pueda deberse "a diversos modos", es decir, con distintas modalidades). Además, la cosa debe ser divisible, porque de lo contrario la obligación sería indivisible. Por lo demás, el art. 1511, al comenzar a regular las obligaciones solidarias, deja en claro que se debe haber contraído por muchas personas o para con muchas una obligación "de una cosa divisible".

b.3) Disposición de la ley o declaración de voluntad creando la solidaridad.

Que la solidaridad provenga de la ley o de la voluntad, implica que debe ser expresa: art. 1511, inc. 3º: "La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley". No se admite voluntad tácita o presunta.

b.4) Que la obligación se extinga por el pago total efectuado por uno de los deudores a uno de los acreedores.

El pago de un deudor extingue la obligación respecto de todos los demás obligados, porque la prestación es una misma. Si alguno de los otros codeudores volviera a pagar, dicho pago carecería de causa y habría derecho a repetir.

c) Fuentes de la solidaridad.

De acuerdo al art. 1511, inc. 2º, puede provenir de la ley, de un testamento o de la convención, casos en los cuales hablamos de solidaridad legal, testamentaria y convencional: "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".

Cuando la solidaridad es testamentaria o convencional, ella es voluntaria, puesto que proviene de la voluntad de las partes. Cuando proviene de la ley, es forzosa, porque existe aún en contra de la voluntad de las partes.

Son casos de solidaridad legal, por ejemplo, los contemplados:

- i.- En el art. 130 (impedimento impediendo de segundas nupcias);
- ii.- En el art. 328 (dolo para obtener alimentos);
- iii.- En el art. 419 (responsabilidad de los tutores y curadores);
- iv.- En el art. 551-2 (responsabilidad de los directores de una corporación o asociación o de una fundación);
- v.- En el art. 1281 (albaceas conjuntos);
- vi.- En el art. 2189 (en el comodato);
- vii.- En el art. 2317, inc. 1º (en la responsabilidad extracontractual); y
- viii.- En el mismo art. 2317, inc. 2º (respecto de aquellos que en la celebración del contrato o en el cumplimiento de las obligaciones, actúen dolosamente).

d) Clases de solidaridad.

d.1) Solidaridad activa.

d.1.1) Concepto.

Existe solidaridad activa cuando hay un deudor y varios acreedores, y cada uno de éstos puede demandar la totalidad del crédito, en términos que el pago efectuado a cualquiera de ellos, extingue la obligación respecto de todos los demás.

Dispone el art. 1513: "El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante. / 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".

d.1.2) Características.

i.- Pluralidad de acreedores, todos ellos con derecho a exigir el cumplimiento total de la obligación.

ii.- Efectuado el pago a uno solo de los acreedores, se extingue la obligación respecto de los demás.

d.1.3) Fundamento de la solidaridad activa.

Siguiendo al Derecho Romano, nuestro Código reputa a cada acreedor como dueño exclusivo del crédito y en consecuencia, puede recibir el pago, novar la obligación, compensarla e incluso remitirla. Por eso, algunos autores dicen que se trata de una institución **inútil** y **peligrosa**:

i.- Es **inútil**, porque el mismo resultado de la solidaridad activa se puede obtener por medio del *mandato*, que no presenta los inconvenientes de esta especie de solidaridad, puesto que el mandatario sólo puede hacer aquello para lo cual se le facultó (art. 2160), y además, el contrato es esencialmente revocable (arts. 2164 a 2166) y termina con la muerte del mandante o del mandatario (arts. 2168 a 2170).

ii.- Es **peligrosa**, porque cada acreedor se mira como exclusivo dueño del crédito, y por ende, puede disponer de él, es decir, no sólo podrá cobrarlo, sino que también podrá extinguirlo por otros modos, siendo el más peligroso para los restantes acreedores la remisión o condonación. Frente a estos inconvenientes, la doctrina francesa, precisamente, apartándose de la tradición romanista, considera que cada acreedor es dueño de su parte o cuota en el crédito; en cuanto excede de la respectiva cuota, habría entre los acreedores un mandato tácito y recíproco, que sólo les habilita para actuar en el interés común. Sin embargo, esta doctrina no se consagra en el art. 1513, que responde más bien a la solución del Derecho romano, a pesar de que se cita una nota de Bello, que alude a esta doctrina francesa.

d.1.4) Efectos de la solidaridad activa: art. 1513.

Deben estudiarse desde dos puntos de vista: los efectos que se producen entre el deudor y los acreedores solidarios; y los efectos que se producen entre los coacreedores solidarios una vez que el deudor ha extinguido su obligación.

d.1.4.1) Efectos entre el deudor y los acreedores:

i.- Cada acreedor puede exigir el total de la obligación al deudor, sin que éste pueda exonerarse de ella, alegando que cada acreedor puede sólo exigirle la cuota o parte que en la deuda le corresponde. En todo caso, nada impide que uno de los acreedores sólo reclame la parte o cuota que en definitiva le corresponde y que acepte del deudor un pago parcial.

ii.- Cada acreedor está facultado para recibir el pago total de la obligación, y el deudor puede efectuar ese pago a aquel de los coacreedores que elija; el pago hecho a cualquiera de los acreedores

extingue la obligación, salvo en un caso: cuando uno de los acreedores hubiere demandado ya al deudor. Cesa en tal caso el derecho para elegir.

iii.- El pago efectuado por el deudor a cualquiera de los acreedores solidarios, mientras no haya sido demandado por uno de ellos, o el efectuado al que demandó, extingue la obligación respecto de los demás. Se extingue el derecho correlativo de los restantes acreedores, porque un nuevo pago sería indebido y daría derecho de repetición.

iv.- Lo dicho respecto al pago, es igualmente aplicable a los demás modos de extinguir las obligaciones, tales como la compensación, la novación, la remisión total de la deuda y la confusión (arts. 1513 y 1668, inc. 2º).

v.- La interrupción de la prescripción que obra en favor de un acreedor solidario, aprovecha a todos los demás (artículo 2519). No ocurre lo mismo tratándose de la suspensión que obra en favor de uno de los acreedores, porque se trata de un beneficio que la ley establece en favor de determinadas personas.

vi.- La constitución en mora del deudor por un solo acreedor, aprovecha a todos los demás.

vii.- Las providencias conservativas solicitadas por cualquier acreedor solidario, redundan en beneficio de los demás acreedores solidarios.

d.1.4.2) Efectos entre los coacreedores solidarios, cuando se extinguió la obligación por el pago efectuado a uno de ellos o por otro modo.

Nuestro Código no ha reglamentado estos efectos, pero pueden deducirse de los principios generales del Derecho. Si bien cada uno es acreedor en el total, en realidad sólo se tiene una parte o cuota en el crédito; el derecho de cada acreedor está limitado por el derecho de los otros, y por ello el acreedor al cual se le ha hecho el pago debe responder de la parte o cuota que le corresponde a los demás, o debe pagar la correspondiente indemnización de perjuicios si ha novado, remitido o compensado la obligación. Pero la acción de cada uno de los coacreedores solidarios, sólo se ejercita por la parte o cuota que a cada acreedor corresponde, porque no debemos olvidar que la obligación es sólo solidaria entre los coacreedores y el deudor, pero no entre los coacreedores. Una vez que el deudor pagó su obligación, la solidaridad desaparece, y entre los coacreedores las prestaciones se cumplirán de acuerdo a las reglas de las obligaciones simplemente conjuntas.

d.2) Solidaridad pasiva.

d.2.1) Concepto.

Existe solidaridad pasiva cuando hay varios deudores y cada uno de ellos está obligado al pago total de la deuda, de manera que el pago efectuado por cualquiera de ellos extingue la obligación con respecto a los demás.

d.2.2) Características.

i.- Pluralidad de deudores: todos ellos obligados al pago total de la deuda;

ii.- Extinción de la obligación respecto de todos ellos, cuando uno de los deudores haya pagado o extinguido la obligación por otro modo.

d.2.3) Importancia de la solidaridad pasiva.

A diferencia de la solidaridad activa, respecto de la cual se dice que es una institución inútil y peligrosa, la solidaridad pasiva es una figura que presta gran utilidad en los negocios jurídicos, porque mediante ella aumentan las garantías que el acreedor tiene de ser pagado, ya que en lugar de estar afecto al cumplimiento de la obligación un solo deudor, está afecto al pago el patrimonio de todos los codeudores solidarios, compensándose la eventual insolvencia de unos con la solvencia de otros.

Además, la solidaridad pasiva no presenta los inconvenientes de la fianza, es decir, no se admite oponer al acreedor el beneficio de excusión ni el beneficio de división, si son varios los fiadores (art. 2367).

d.2.4) Efectos de la solidaridad pasiva.

Al igual que en el caso de la solidaridad activa, en la solidaridad pasiva el Código Civil sigue el criterio romano: cada uno de los codeudores lo es por el todo y por el total de la deuda y siendo así, cada uno puede ejercitar todos los actos propios del dominio, aun cuando vayan en desmedro o perjuicio de los otros codeudores.

Asimismo, y tal como acontece en la solidaridad activa, los efectos de la solidaridad pasiva debemos analizarlos desde dos puntos de vista:

d.2.4.1) Efectos que se producen entre los codeudores solidarios y el acreedor (arts. 1514, 1515, 1518 a 1521):

i.- Puesto que cada uno de los deudores está obligado al pago total de la obligación, el acreedor puede dirigirse contra todos ellos o a su arbitrio contra uno o algunos de ellos (art. 1514).

El hecho de que el acreedor se dirija contra uno de los deudores solidarios, no lo priva del derecho de dirigirse contra los otros (art. 1515). Pero sólo podrá hacerlo por la parte no satisfecha de la deuda. No hay en consecuencia renuncia del acreedor a perseguir a los demás deudores, por el hecho de haber demandado a uno o algunos de ellos.

ii.- El pago total de la obligación efectuado por cualquiera de los deudores solidarios, extingue la obligación respecto a todos los demás.

iii.- Lo dicho respecto del pago, es igualmente aplicable a la extinción de la obligación por remisión, compensación, novación y confusión.

Respecto de la novación, cabe tener presente los arts. 1519 y 1645. Si los codeudores solidarios no consienten en la novación, la solidaridad se extinguirá y los primeros quedarán por ende liberados de la deuda.

Respecto a la compensación, es necesario que la oponga aquel de los codeudores solidarios que tiene el carácter de acreedor recíproco de su acreedor: arts. 1520 y 1657, inciso final.

Respecto de la confusión, rige el art. 1668, inc. 1º, extinguiéndose la solidaridad. Aquél de los codeudores que pasa a ser acreedor, podrá demandar a los restantes codeudores solidarios, pero éstos no responderán solidariamente, sino por la parte o cuota que les corresponda en la deuda. La confusión podría extinguir total o parcialmente la deuda, según si el deudor-heredero era el único con interés en la deuda o si los otros codeudores también tenían interés en la deuda. Así, por ejemplo, si el causante prestó \$ 100 a su hijo Juan, y éste se constituyó en codeudor solidario junto a Pedro, que carece de interés pues nada recibió, la muerte del acreedor extinguirá totalmente la obligación. En cambio, si el causante prestó los \$ 100 a su hijo Juan y a Pedro, quienes se repartieron en partes iguales la suma, muerto el causante, Juan podrá demandar a Pedro por \$ 50.

De esta forma, los modos mencionados extinguirán la obligación íntegramente, cuando ellos se refieran a toda la obligación. Si se refieren a una parte de la obligación, sólo en esa parte esta se extinguirá, subsistiendo en el resto la obligación solidaria (arts. 1514 y 1515).

Con respecto a la remisión, el art. 1518 contempla especialmente el caso de que la deuda haya sido remitida en parte.

iv.- La interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de un codeudor solidario, perjudica a todos los demás (art. 2519). Este efecto no se produce con la suspensión, porque ella opera siempre en favor de determinadas personas. En todo caso, cabe advertir, respecto a la interrupción de la prescripción, que si se trata de una obligación que consta en una letra de cambio o un pagaré, será necesario notificar a cada uno de los codeudores solidarios, para interrumpir a su respecto la prescripción. En efecto, dispone al art. 100 de la Ley N° 18.092 sobre letra de cambio, aplicable también al pagaré: "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".

v.- La constitución en mora de un codeudor solidario, importa la constitución en mora de todos los demás.

vi.- La pérdida **fortuita** de la cosa debida, en el tiempo que media entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la obligación, siempre que sea una especie o cuerpo cierto, extingue totalmente la obligación respecto de todos los codeudores solidarios (en este caso, en rigor la obligación es indivisible y no solidaria). Será el caso, por ejemplo, del comodato, cuando fueren dos o más los comodatarios obligados a restituir la especie.

Pero si la especie o cuerpo cierto que se debe solidariamente perece **por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios**, todos ellos son obligados solidariamente al **precio** de la cosa, sin perjuicio de su acción contra el culpable o moroso. Pero **de los perjuicios** que se hayan ocasionado al acreedor, sólo es responsable aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa, o durante su mora, haya perecido la cosa debida. En otras palabras, la obligación de pagar los perjuicios no es solidaria y sólo puede reclamarse del deudor culpable (art. 1521).

Claro Solar se pregunta en qué se funda esta diferencia en la responsabilidad de unos y otros de los codeudores solidarios, cuando la cosa se ha perdido por hecho, culpa o durante la mora de uno de ellos. ¿Por qué la solidaridad los hace responsables –a todos- del precio de la cosa, más no de los perjuicios, de los cuáles sólo ha de responder uno de ellos? Pothier, a partir de textos romanos, lo planteaba en los siguientes términos (el énfasis es nuestro): “Observad que el hecho, la culpa o la mora de uno de los deudores solidarios perjudica en verdad, a sus codeudores *ad conservandam et perpetuandam obligationem*, es decir, a efectos de que no sean descargados de su obligación por la pérdida de la cosa, y que sean obligados a pagar su **precio**; (...) Pero la culpa, el hecho o la mora de uno de ellos no perjudica a los otros *ad augendam ipsorum obligationem*; es decir, que sólo aquél que ha incurrido en culpa, o que ha sido constituido en mora, es el que debe ser obligado a la indemnización de los **daños y perjuicios** que puedan resultar de la inejecución, **fuera del valor de la cosa debida**. En cuanto al otro deudor que no ha cometido ninguna culpa, y que no ha sido constituido en mora, no es responsable de otra cosa que de pagar el precio de la cosa que ha perecido por la culpa o después de la constitución en mora de su codeudor; **su obligación ha podido ser perpetuada, pero no aumentada por la culpa o la mora de su codeudor**. Por la misma razón, sólo aquél que ha sido puesto en mora es el que debe ser obligado a pagar los intereses y otros daños causados por el retardo y la mora.” Así, agrega Claro Solar, citando también a la doctrina francesa (Dumoulin), se pone en el caso de dos codeudores que debían solidariamente un caballo o una casa, y uno de ellos da muerte al caballo o incendia la casa. En tal caso, el hecho (o la mora) del deudor que dio muerte al caballo o causó el incendio de la casa, perjudica al codeudor inocente, en cuanto seguirá obligado al pago del precio de la cosa que se debía, pero no lo perjudica en cuanto el codeudor inocente no responderá de los aumentos o intereses, es decir, no responderá por aquellos perjuicios que aumenten el monto de la obligación (los que,

ciertamente, sí deberá pagar el codeudor que destruyó por su hecho o culpa la cosa debida).¹¹⁰

Otro caso podría presentarse en un comodato, cuando los comodatarios eran dos o más, y la cosa se destruye por culpa de uno de ellos (conforme al art. 2189, "Si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables"). Así, por ejemplo, la cosa prestada consistía en un vehículo motorizado (avaluado en diez millones), que al ser conducido de manera imprudente por uno de los comodatarios, se destruye en su totalidad, ocasionando, además, daños a la propiedad de terceros (que se avalúan en veinte millones). Todos los codeudores solidarios deberán responder por el precio del vehículo (es decir por los diez millones), pero por los daños y perjuicios ocasionados a terceros, sólo responderá el causante de los mismos (quien podrá ser demandado por el dueño por un total de treinta millones). Cabe advertir que el dueño del vehículo deberá responder frente a los terceros que sufrieron el daño, pero acto seguido podrá repetir en contra del causante del mismo. En el ejemplo, si quien paga el valor del vehículo no fue el codeudor solidario responsable del daño, podrá repetir contra éste por el monto pagado al dueño.

vii.- La prórroga de competencia acordada o convenida por un codeudor solidario con el acreedor, afecta a todos los demás.

viii.- Excepciones que los codeudores solidarios pueden oponer al acreedor: art. 1520.

Pueden oponer excepciones dilatorias y perentorias. Estas últimas, de conformidad a los arts. 1520 y 2354, se dividen en dos grupos: **reales o comunes** y **personales**.

Son **excepciones reales o comunes** las inherentes a la obligación, es decir las que resultan de su naturaleza; ellas dicen relación exclusivamente con el vínculo jurídico mismo, con prescindencia absoluta de las personas que lo han contraído. Se dicen reales, porque guardan relación con la cosa, en este caso, la obligación; y se llaman comunes, porque pueden ser opuestas por cualquier persona, por cualquier deudor solidario y aún por el fiador.

Son excepciones reales o comunes:

1º La nulidad absoluta (art. 1683).

2º Las modalidades comunes a todos los deudores (por ejemplo, el plazo o la condición que es idéntico para todos los codeudores).

3º Las causas de extinción que afectan o benefician a todos los deudores, tales como el pago, la novación total de la obligación, la confusión, el evento de la condición resolutoria, la prescripción, la transacción consentida por todos.

¹¹⁰ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1933, tomo X, pp. 429-431.

Son **excepciones personales** las que competen a uno o más deudores en atención a ciertas y determinadas circunstancias o la situación especial en que estos se hallan. Como no dicen relación con la obligación misma sino con ciertas circunstancias personales, sólo puede oponerlas la persona a quien favorecen.

Son excepciones personales:

1º La nulidad relativa, cuando se han omitido formalidades establecidas en consideración al estado o calidad de las personas, por error, fuerza, dolo o incapacidad relativa. En estos casos, la rescisión sólo puede alegarla el incapaz (o sea, por su representante legal o por el propio incapaz, cuando deja de serlo), o la víctima del dolo, de la fuerza o del error (art. 1684).

Algunos autores y aún el art. 2354, en la fianza, consideran como excepciones reales las causas de rescisión que afectan a todos los deudores: por ejemplo, si todos hubieran contraído la obligación con error o hubieran sido víctimas de la fuerza o del dolo; pero en verdad, no hay aquí una excepción real, sino que una excepción personal que compete a todos y a cada uno de los deudores.

2º Las modalidades establecidas en beneficio de ciertos deudores (por ejemplo, si de tres codeudores solidarios, uno se obliga a pagar el 15 de octubre, y los dos restantes el 15 de diciembre).

3º Las causas de extinción de las obligaciones que benefician a determinados deudores: por ejemplo, la remisión parcial de la deuda hecha por el acreedor a uno de los codeudores solidarios.

4º Los privilegios que la ley concede a ciertos deudores, tales como la cesión de bienes (arts. 1614 y 1623), el beneficio de competencia (art. 1625) o los beneficios que se contemplan en la Ley Nº 20.720 sobre "Insolvencia y Reemprendimiento".

5º Aquellas excepciones que requieren ciertas calidades especiales en aquel que las alega, como la compensación, que no puede ser opuesta sino por la persona que tenga la calidad de acreedor directo y personal de su acreedor.

6º La transacción; pero si importa una novación, será una excepción real (art. 2461). Si son muchos los interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; esta norma tiene especial importancia en el caso de la solidaridad, y para determinar su alcance, hay que hacer algunas distinciones:

1º Efectos de la transacción consentida por un codeudor solidario, sin que haya novación: por regla general, cuando una obligación solidaria se extingue por uno de los codeudores, se extingue también respecto de los demás; tal constante, que se da respecto a cualquier medio de extinguir las obligaciones, se altera en la transacción, por tratarse de un contrato *intuitu personae*. Por ello, si la transacción es consentida sólo

por uno de los codeudores solidarios, no se extiende a los otros, a menos que dicha transacción envuelva una novación de la obligación solidaria;

2º Efectos de la transacción consentida por un codeudor solidario cuando aquélla envuelve novación: si la transacción con uno de los codeudores envuelve una novación, los otros codeudores se liberan de la obligación (lo que guarda perfecta concordancia con los arts. 1519 y 1645).¹¹¹

Cabe preguntarse cuáles de estas excepciones reales y personales pueden ser opuestas por el codeudor solidario demandado. El art. 1520 resuelve la cuestión en los siguientes términos:

1º Puede oponer todas las excepciones reales o comunes.

2º Puede oponer las excepciones personales suyas. No puede oponer las excepciones personales de los demás codeudores que no han sido demandados.

Sin embargo, la regla en virtud de la cual las excepciones personales sólo pueden ser opuestas por aquellos a quienes amparan, no es absoluta; hay ciertas excepciones personales que, no obstante su carácter, pueden ser opuestas por los demás deudores, que también se aprovechan de ellas. Estas son las llamadas **excepciones mixtas** y son dos: la remisión parcial de la deuda y la compensación.

La remisión parcial de la deuda es una excepción personal, que también puede ser invocada por los otros codeudores, cuando el acreedor -no obstante la condonación parcial- demande el total de la obligación. Los codeudores pueden alegar la excepción, de manera que sólo deban pagar el monto a que se halle reducida la deuda, deducida la parte remitida o condonada: art. 1518.

En el mismo caso se halla la excepción de compensación. Una vez producida respecto de uno, extingue la obligación respecto de todos y se convierte en una excepción real o común que a todos los deudores aprovecha.

d.2.4.2) Efectos de la solidaridad pasiva entre los codeudores solidarios.

Debemos analizar ahora qué sucede entre los codeudores solidarios cuando uno de ellos ha extinguido la obligación por el pago o por otro modo equivalente.

La obligación se extingue respecto a todos y en ese momento desaparece la solidaridad, por regla general, porque la obligación era solidaria sólo en cuanto a las relaciones con él o los acreedores.

Pero en definitiva, el peso de la obligación deben soportarlo todos los deudores, y pagada la deuda, debe ajustarse las cuentas entre ellos. Y el principio que rige la materia es que entre los deudores el ajuste de cuentas se hace como si la obligación fuere simplemente conjunta. La

¹¹¹ Antonio Vodanovic H., *Contrato de Transacción*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1993, 3ª edición actualizada, pp. 135-137.

obligación se divide a prorrata de la cuota o parte que cada uno tiene en la obligación: art. 1522, inc. 1º (regla análoga a la del art. 1668, cuando la obligación se extingue por confusión).

¿Y cómo se divide la deuda entre todos los codeudores solidarios una vez que ella se extinguió? Debemos distinguir dos casos:

1º Si el negocio para el cual se contrajo la obligación solidaria interesaba a todos los deudores;

2º Si el negocio para el cual se contrajo la obligación solidaria sólo interesaba a uno o algunos de los deudores: art. 1522, inc. 2º.

Así, por ejemplo, tres personas solicitan un préstamo bancario, constituyéndose en codeudores solidarios, pero en definitiva sólo una aprovecha el dinero recibido. En tal caso, los otros dos no tienen interés en el negocio. Por el contrario, si el dinero se reparte entre los tres, todos tendrán interés en el negocio, en la proporción en que se hubiere repartido el dinero.¹¹²

Si el negocio interesaba a todos los codeudores solidarios, todos ellos deben concurrir a soportar el pago definitivo de la obligación, la que se prorrata entre todos en la proporción que corresponda, no habiendo ya, por ende, solidaridad. El deudor que haya pagado, tiene acción contra los otros deudores por su parte en la deuda; si no hay convención que indique como se divide la deuda, ésta se divide entre todos los deudores en partes iguales (en este caso, se presume que todos ellos reportan el mismo interés).

Pero si el negocio sólo interesa a uno o algunos de los codeudores solidarios, sólo ese o esos deudores deberán soportar en definitiva el pago total de la obligación y los demás serán considerados como fiadores y no tendrán, en consecuencia, que soportar parte alguna en la obligación. En este caso, el codeudor solidario que pagó y que carecía de interés en la obligación, podrá cobrar a cualquiera de los codeudores que sí tenían interés en la deuda, el total de lo pagado, subsistiendo por ende, en este caso, la solidaridad, cuestión que corrobora el art. 2372, en el título de la fianza, al disponer "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...". Como puede observarse, la clave está en considerar como fiador al codeudor solidario que no tenía interés en el negocio, en cuyo favor la subrogación será completa.

¹¹² Cabe advertir que la expresión "negocio" no debemos circunscribirla sólo a contratos, sino que más bien a un "asunto" o "hecho" en general. Así, por ejemplo, en la esfera de la responsabilidad extracontractual, dispone la ley la responsabilidad solidaria entre el conductor de un vehículo motorizado y su propietario, por los daños que el primero ocasione a la persona o propiedad de otro. En tal caso, el "negocio" consistirá en el cuasidelito civil cometido en perjuicio del tercero. Revisar al efecto en nuestra página web www.juanandresorrego.cl, "Criterios jurisprudenciales. Obligaciones en general y contratos en particular", sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de noviembre de 2010, autos Rol N° 7.270-2008.

El mismo principio del art. 1522, inc. 2º, que establece la subrogación en favor del deudor que pagó y que por ende le sirve de fundamento para su acción de reembolso, se recoge en el art. 1610 N° 3.

En realidad, por regla general, el deudor solidario que ha pagado, en virtud de la subrogación debería poder cobrar a cada uno de sus codeudores la obligación total, menos la cuota que a él le corresponde. Por economía procesal sin embargo, la ley limita la acción de reembolso contra los otros deudores a la parte o cuota que cada deudor tenga en la deuda, salvo, según vimos, si quien pagó no tenía interés en la deuda, pues entonces, podrá cobrar todo lo que pagó, y a cualquiera de los codeudores restantes que sí tenían interés en la deuda.

A su vez, cabe preguntarse en qué plazo prescribe la acción que tiene el codeudor solidario que paga, para dirigirse en contra de los restantes codeudores solidarios interesados. Al efecto, habría que formular un distingo:

- Si quien pagó fue un codeudor solidario *interesado*, sólo dispone de la *acción subrogatoria*, es decir, de la misma acción que tenía el acreedor primitivo. Por ende, prescribirá en el mismo plazo que tenía dicho acreedor: desde que la obligación se hizo exigible.
- Si quien pagó fue un codeudor solidario *no interesado*, es necesario tener presente que es un fiador que paga (calidad que, según se expresó, tiene el codeudor solidario que carece de interés). En este caso, dispone de dos acciones para dirigirse en contra del deudor principal: la *acción subrogatoria*, que era la que detentaba el acreedor primitivo, y la *acción de reembolso*, que emana del contrato de fianza. Si deduce la primera, el plazo de prescripción corre desde que la obligación se hizo exigible. Si opta por la segunda, el plazo de prescripción corre desde que el fiador hizo el pago al acreedor. A menos que hubiere pagado en forma anticipada, antes del vencimiento de la obligación, será más conveniente para él interponer la segunda acción, pues el plazo de prescripción comenzará a correr después, desde que pagó, y no desde que la obligación se hizo exigible.¹¹³

¿Y en qué situación queda el deudor insolvente? En las obligaciones simplemente conjuntas, la cuota del deudor insolvente no grava a las demás. En las obligaciones solidarias la regla es diferente: la cuota del deudor insolvente grava a todas las demás a prorrata: art. 1522, inciso final: “La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad”. Cabe destacar que al repartir la cuota del insolvente, no debe incluirse al mismo

¹¹³ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., T. II, p. 699. Nos remitimos nuevamente a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de noviembre de 2010, autos Rol N° 7.270-2008.

insolvente, pues el Código ordena repartirla "entre todos los otros", o sea, entre los que no son insolventes. Así, por ejemplo, si los tres codeudores solidarios tenían igual interés en la obligación, y uno de ellos fuere insolvente, aquél que pagó \$ 27.000.000.- al acreedor podrá dirigirse en contra del tercer codeudor solvente para exigir el reembolso de \$ 13.500.000.- (los \$ 9.000.000.- que correspondían a su participación o interés en la deuda, y \$ 4.500.000.- adicionales, correspondientes a la mitad de la cuota que correspondía al deudor insolvente).¹¹⁴

¿Y el deudor remitido estará también obligado a contribuir al pago total de la misma obligación? ¿Tiene el deudor que pagó, acción contra el deudor remitido para que le devuelva la parte o cuota que a él le corresponde en la deuda? Así, por ejemplo, el acreedor podría haber condonado \$ 9.000.000.- a uno de los tres codeudores, y después exige el pago de los \$ 18.000.000.- restantes a otro de los codeudores.

Con la remisión parcial, la obligación quedó reducida a lo no remitido (art. 1518). La remisión parcial equivale además al pago parcial. Y si el deudor remitido hubiera pagado su cuota (\$ 9.000.000.-), no habría estado obligado al pago de la misma cuota o parte al codeudor que hubiera pagado los \$ 18.000.000.- al acreedor. En consecuencia, el deudor remitido estaría exonerado de contribuir al pago de la deuda.

En todo caso, a juicio de Alessandri (quien sostiene la conclusión anterior), el deudor remitido sí debe soportar la cuota del deudor insolvente, porque la ley no lo ha exonerado: en el ejemplo, debe pagar sólo \$ 4.500.000.-.

Cabe consignar que lo expuesto respecto a los efectos entre los codeudores solidarios, se plantea cuando la obligación se extingue por un medio oneroso para el deudor contra el que se dirige el acreedor, el pago o algún modo equivalente. No ocurrirá tal cosa cuando la

¹¹⁴ Distinta es la solución que se contempla en el art. 1347, inc. 2º, en la partición, cuando uno de los adjudicatarios sufre evicción de la cosa que se le adjudicó, caso en el cual los demás partícipes deben concurrir al saneamiento. En esta hipótesis, uno de los comuneros llamado al saneamiento podría ser insolvente. Si así ocurriera, la solución planteada en el art. 1347, inc. 2º, no es exactamente igual a la establecida en el art. 1522, inc. 3º, a propósito de las obligaciones solidarias. En efecto, reiteramos la última norma: "La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad." En cambio, en el inc. 2º del art. 1347 se afirma que "La porción del insolvente grava a todos a prorrata de sus cuotas; incluso al que ha de ser indemnizado" (y al decir "a todos", ha de incluirse también al insolvente); a su vez, en el inc. 3º del art. 1522 se dispone que la parte del insolvente "...se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas..." (y al expresar "todos los otros", obviamente se está excluyendo al deudor insolvente). Tratándose del cuasicontrato de comunidad, la solución es semejante a la de las obligaciones solidarias, conforme a lo dispuesto en el art. 2311: "En las prestaciones a que son obligados entre sí los comuneros, la cuota del insolvente gravará a los otros".

obligación se extingue, por ejemplo, por prescripción, pérdida fortuita de la cosa debida, remisión total, etc. Así, por ejemplo, si el codeudor demandado por el acreedor le opuso la excepción de prescripción y esta fue acogida, nada puede cobrarles a los otros codeudores de la obligación cuyas acciones fueron declaradas prescritas, salvo parte de las costas en que debió incurrir.

En general, en las relaciones internas entre los codeudores solidarios opera la distinción entre la OBLIGACION y la CONTRIBUCION a la deuda. Todos los codeudores solidarios están obligados al pago de la deuda frente al acreedor (obligación a la deuda); pero puede ocurrir que no todos estén obligados a soportar el pago en definitiva (contribución a la deuda), lo que dependerá del interés real que hayan tenido en el negocio (la misma distinción opera en el ámbito del patrimonio de la sociedad conyugal, cuando ésta debe pagar una obligación personal de uno de los cónyuges; en este caso, el "ajuste interno" se producirá a través del pago de las recompensas, al liquidar la sociedad conyugal)¹¹⁵.

d.2.5) Extinción de la solidaridad.

Como obligación accesoria, la solidaridad, por regla general, se extingue junto con la obligación principal. Los casos en que la solidaridad se extingue sin que desaparezca la obligación principal, son los siguientes:

i.- La muerte de uno de los codeudores solidarios, que deja varios herederos.

No obstante que las obligaciones del causante se transmiten a sus herederos, ello no acontece con la solidaridad: termina esta -en lo que a dichos herederos se refiere- con la muerte del codeudor. Los herederos no están obligados sino a prorrata de sus respectivos derechos hereditarios: art. 1523 en relación con el art. 1354.

Dos situaciones contempla este artículo:

i) Los herederos del codeudor solidario difunto son considerados en conjunto: todos ellos, de consuno, son obligados solidariamente a la obligación (en realidad, aquí sólo hay solidaridad aparente, pues cada heredero responderá por su cuota, aunque la suma de todas ellas corresponderá a la obligación íntegra);

ii) Los herederos del deudor difunto son considerados aislada o separadamente: la solidaridad no pasa a los herederos y cada uno de ellos no es deudor solidario, sino que sólo deudor de la parte o cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria.

¹¹⁵ Otro caso de Obligación-Contribución a la deuda, estudiaremos en los legados: arts. 1125 en relación al art. 1366, conforme a los cuales el legatario está obligado al pago de la deuda, pero puede repetir contra los herederos del testador, si éste no quiso gravar al primero con la deuda anexa a un bien mueble o inmueble.

Consecuencia de lo anterior es que, si el acreedor se dirige contra todos los herederos, les puede exigir toda la obligación, puesto que todos juntos son deudores solidarios; pero si el acreedor los demanda separadamente, ya la obligación no es solidaria para los herederos del deudor fallecido, y a cada uno no se le podrá exigir sino la parte o cuota que a cada uno corresponda.

Según estudiaremos, para evitar la división de la obligación por muerte del codeudor, debe pactarse la indivisibilidad de la misma.

Por cierto, si el causante dejare sólo un heredero, para él y para los demás codeudores la obligación seguirá siendo solidaria y si fuere demandado, deberá pagarla en su integridad (salvo, naturalmente, si hubiere aceptado la herencia con beneficio de inventario).

ii.- La renuncia de la solidaridad.

La solidaridad es un beneficio que mira al interés individual del acreedor, y por ende puede renunciarse (arts. 12 y 1516).

Implica la renuncia el consentir en la división de la deuda. Produce el efecto de transformar la obligación solidaria en simplemente conjunta.

La renuncia de la solidaridad puede ser general e individual, y en ambos casos, expresa y tácita.

Es general cuando se refiere a todos los codeudores, de manera que la deuda se divide entre todos ellos.

Es individual cuando sólo se refiere a alguno de los codeudores, de manera que los restantes quedan solidariamente obligados al pago.

Es expresa, cuando el acreedor la hace en términos formales. Es tácita, cuando se deduce de ciertos actos ejecutados por el acreedor que revelan su ánimo de renunciarla. Tres requisitos deben concurrir simultáneamente para que se entienda que el acreedor ha renunciado tácitamente la solidaridad en favor de alguno de los deudores solidarios:

i) Que el acreedor haya exigido, o haya recibido o reconocido a uno de los deudores su parte o cuota en la deuda;

ii) Que en la demanda o en la carta de pago el acreedor haya declarado que procede a exigir o recibir una cantidad a título de la parte o cuota que en la deuda le corresponde al demandado o al que paga; y

iii) Que el acreedor no haya hecho reserva especial de la solidaridad o reserva general de sus derechos.

El art. 1517 alude a la renuncia de la solidaridad en la obligación de pagar una pensión periódica: la renuncia, tratándose de las pensiones devengadas, puede ser expresa o tácita; la renuncia de las pensiones futuras, debe ser necesariamente expresa.

d.3) La solidaridad imperfecta.

Se trata de un concepto emanado de la doctrina francesa. En ella, se explica los efectos de la solidaridad suponiendo que existe un MANDATO TACITO Y RECIPROCO, que autoriza sólo para la ejecución de los hechos encaminados al bien común.

Esta doctrina explica satisfactoriamente las consecuencias de la solidaridad convencional, pero surgen dificultades para explicar algunos casos de solidaridad legal. En efecto, no parece admisible suponer, que pueda existir un mandato, entre varias personas autoras de un delito, que están solidariamente obligadas al pago de la correspondiente indemnización (art. 2317).

Para explicar esta situación, se dice que tratándose de la solidaridad testamentaria o de la legal estamos ante una solidaridad imperfecta: solamente confiere derecho al acreedor para demandar el pago total, pero no produce ninguno de los restantes efectos de la solidaridad.

En nuestro Derecho, esta doctrina de la "solidaridad imperfecta" es inadmisibles. En primer lugar, porque no fundamenta la solidaridad sobre la base del mandato. En segundo lugar, porque el texto de la ley impide una interpretación en tal sentido (art. 1511). La ley dice que la solidaridad puede emanar de las tres fuentes mencionadas, y después entra a reglamentar la solidaridad sin distinguir. En consecuencia, toda solidaridad, sea legal, testamentaria o convencional, es siempre perfecta y cualquiera que sea la fuente de donde ella emane, produce todos los efectos antes señalados.

8.4. Obligaciones indivisibles.

a) Generalidades.

La única ventaja que frente a la solidaridad tiene la indivisibilidad, es que evita la división de la deuda cuando uno de los deudores ha fallecido dejando varios herederos. Este inconveniente de las obligaciones solidarias puede evitarse pactándose que aun cuando fallezca uno de los deudores, no podrá efectuarse un pago parcial: art. 1526 número 4. El acreedor tendrá entonces derecho a exigir a cualquiera de los herederos del deudor, el pago íntegro de la obligación.

La clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles depende de **la naturaleza del objeto debido**, si es o no divisible. Sin embargo, no en toda obligación influye la naturaleza del objeto debido, porque el problema de la indivisibilidad no se presenta siempre, sino que tiene lugar cuando en la obligación existe pluralidad de sujetos. Cuando no estamos ante obligaciones con pluralidad de sujetos, cuando hay un acreedor y un deudor, la obligación, aunque por su naturaleza sea divisible, debe ser ejecutada como si fuera indivisible: art. 1591.

Pero cuando en la obligación hay pluralidad de sujetos, entonces sí se presenta el problema de la indivisibilidad o divisibilidad. Cuando la cosa debida es susceptible de división, la obligación es divisible con arreglo al principio general del art. 1526, 1º; pero cuando la obligación

recae sobre un objeto indivisible, cada deudor está obligado a satisfacer en el total de la deuda al acreedor y cada acreedor tiene derecho a exigir el pago total de la obligación.

b) *Cosas divisibles e indivisibles.*

Siendo el fundamento de la clasificación de las obligaciones divisibles e indivisibles la naturaleza del objeto debido, cabe establecer qué cosas admiten división y cuáles no.

En el Derecho, distinguimos dos casos de divisibilidad: la física o material y la intelectual o de cuota.

Son físicamente divisibles todas las cosas que pueden fraccionarse en partes iguales o desiguales. En el ámbito de la materia, todas las cosas son divisibles.

La divisibilidad jurídica responde a un concepto diferente. En el Derecho, una cosa es física o materialmente divisible cuando ella es susceptible de dividirse o fraccionarse sin que deje de ser lo que es, sin que pierda su esencia, su individualidad, sin que sufra un detrimento considerable. En cambio, son física o materialmente indivisibles ante el Derecho, las cosas que no admiten fraccionamiento material sin que dejen de ser lo que son, porque pierden su esencia o individualidad, y se transforman en cosas distintas, produciéndose una depreciación en el valor de la cosa, porque aunque reunidas todas las fracciones después de la división, no presentan el mismo valor que tenía la cosa cuando aún no había sido dividida. La división de cuota o intelectual consiste en suponer o imaginarse fraccionada una cosa físicamente indivisible.

En realidad, una cosa es intelectualmente divisible cuando es susceptible de dividirse en la utilidad que ella está llamada a producir. No se atiende por ello a la materialidad de la cosa debida, sino que se atiende al derecho que en la cosa o con respecto a la cosa se ejerce, sea susceptible de división.

c) *Conceptos de obligaciones divisibles e indivisibles.*

El art. 1524 establece el criterio o principio para distinguir entre ambas obligaciones.

Para que una obligación sea divisible, basta que la cosa y el derecho que sobre ella se ejerce, admita división física o intelectual. Por ende, se define la obligación divisible como aquella que tiene por objeto una cosa o un hecho que en su ejecución es susceptible de división física o de cuota.

A su vez, se define la obligación indivisible como aquella que tiene por objeto una cosa o un hecho que en su entrega o ejercicio no puede dividirse, ni física ni intelectualmente.

En realidad, como concluye Alessandri, no hay en nuestro Derecho ninguna obligación indivisible, porque todas las cosas admiten división intelectual. Como dice Meza Barros, el propio ejemplo de obligación indivisible que señala el art. 1524, la obligación de hacer construir una casa, es también intelectualmente divisible, desde el momento en que distintas personas pueden tomar sobre sí la responsabilidad de ejecutar diferentes aspectos de la construcción.

En la doctrina francesa, se ha distinguido (Dumoulin y Pothier) entre tres clases de indivisibilidad:

i.- Indivisibilidad *absoluta* o por *naturaleza* o *necesaria*: aquella que resulta de la naturaleza misma de la obligación, por ejemplo la obligación de constituir una servidumbre de tránsito a que alude el art. 1524 o cuando lo que se debe es una especie o cuerpo cierto. En palabras de Josserand: "POTHIER citaba un solo ejemplo: la obligación de constituir una servidumbre; una servidumbre se constituye o no; no hay término medio; se trata de todo o nada. Se puede citar también las obligaciones *de no hacer*: la obligación de no perturbar a alguien en la posesión de su bien (obligación de garantía considerada en su forma negativa), o de no establecerse en un radio determinado, o de no construir más arriba de cierta altura".¹¹⁶ Aquí, la obligación *per se* es indivisible.

ii.- Indivisibilidad *de obligación*: cuando a pesar de que el objeto de la obligación y la obligación misma son divisibles, el autor o las partes han querido que sea indivisible, por ejemplo, obligación de hacer construir una casa; aquí, aunque la obligación pudo ser divisible, nace sin embargo como indivisible. Expresa Josserand: "Ocurre que el objeto, divisible si se considera en sí mismo, deja de serlo por razón de la finalidad perseguida por las partes, del punto de vista desde el cual la consideran, como la construcción de una casa o de un barco. El propietario del terreno hubiera podido confiar a diferentes contratistas la construcción de un edificio, considerado en sus diferentes partes: el objeto es pues divisible. Pero, en el caso particular, este propietario se ha dirigido a un contratista único, a un solo arquitecto; ha tratado de la construcción considerada en su conjunto, de la obra acabada: lo que ha constituido el objeto de la obligación es un bloque intangible, que ha comunicado su indivisibilidad a la relación del derecho mismo. Hay en este caso indivisibilidad *obligatione*".¹¹⁷

iii.- Indivisibilidad *de pago* o *solutione tantum*: concierne únicamente al cumplimiento de la obligación y no a la naturaleza de lo debido ni tampoco a la obligación misma. Aquí la obligación es divisible y nació asimismo con esa naturaleza, pero en el momento de su pago, se hace indivisible. Refiere Josserand: "Como su nombre lo indica, sólo interesa

¹¹⁶ Josserand. Louis, ob. cit., N° 790. I, p. 491.

¹¹⁷ Josserand. Louis, ob. cit., N° 790. II, p. 492.

al pago; no afecta a la obligación misma, porque el objeto no repugna a la fragmentación, ni considerado en sí, ni aun cuando se lo considere como objeto de una obligación: es, por ejemplo, y con la mayor frecuencia, una suma de dinero. Pero las partes han convenido, *expresa o tácitamente*, que el pago sea indivisible”.¹¹⁸

Nuestro Código Civil ignora sin embargo todas estas clasificaciones, adoptando un criterio eminentemente práctico: si la obligación es susceptible de división física o intelectual, la obligación es divisible. Con todo, los aludidos distingos si se recogen en los casos contemplados en el art. 1526, a los que nos referiremos a continuación.

d) *Casos de indivisibilidad absoluta o por naturaleza, de indivisibilidad de obligación y de indivisibilidad de pago en el Código Civil.*

El art. 1526, inc. 1º, establece la regla general en materia de cumplimiento de las obligaciones con pluralidad de sujetos: la obligación será simplemente conjunta, de manera que cada acreedor sólo puede exigir su cuota y cada deudor es solamente obligado al pago de la suya. Pero ello no será posible si lo que se debe fuere una especie o cuerpo cierto, aunque se deba a muchos o por muchos. En tal caso, el cumplimiento no admite fracción o cuota. Por ello, acto seguido, el precepto comienza a enumerar los casos de indivisibilidad, que alteran por ende tal regla general. Así, en el N°2 del artículo se describe el típico caso de **indivisibilidad absoluta o por naturaleza**. Sin embargo, hay otros casos en los cuales las obligaciones, a pesar de recaer en cosas que pueden dividirse, son consideradas como indivisibles, de manera que cada uno de los deudores puede ser obligado al cumplimiento total. El art. 1526 reglamenta estos casos, que la doctrina denomina de **indivisibilidad de obligación o de pago o convencional o voluntaria**.

La mayoría de las excepciones a la divisibilidad sólo se refieren a la indivisibilidad pasiva, sólo existe respecto a los deudores, porque ella no tiene otro objeto que evitar un pago parcial: los números 2, 3, 4 y 5 del art. 1526 prueban lo anterior. Con todo, los números 1 y 6 aluden tanto a la indivisibilidad activa y pasiva.

d.1) Primera excepción: art. 1526 N° 1.

Se refiere a la acción hipotecaria o prendaria.

Debemos relacionar este precepto con los arts. 2405 (respecto de la prenda) y 2408 (respecto de la hipoteca), que ratifican que tanto la prenda como la hipoteca son indivisibles. Tal indivisibilidad comprende dos fases:

¹¹⁸ Josserand. Louis, ob. cit., N° 790. II, p. 492.

i.- La prenda y la hipoteca son en si mismas indivisibles, de manera que la totalidad de la cosa hipotecada o empeñada y cada una de sus partes, están afectas al cumplimiento de toda la obligación y de cada una de sus diversas partes, por lo que la acción prendaria o hipotecaria no se extingue mientras subsista un saldo afecto al cumplimiento de la obligación. El art. 1365 recoge el mismo principio.

ii.- La acción prendaria y la hipotecaria son también indivisibles, porque puede exigirse el pago total de la deuda a cualquiera de los codeudores que posea una cosa empeñada o hipotecada, en todo o en parte. En este segundo aspecto, debemos distinguir entre la acción personal y la acción real. Del contrato principal nace una acción personal; de la hipoteca y de la prenda, que son contratos accesorios, nacen las acciones reales para perseguir la cosa. Si el acreedor intenta la acción personal -por ejemplo, la que emana de un contrato de mutuo- la deuda se divide a prorrata de las cuotas que corresponden a los deudores. Vale decir, sólo puede cobrar a cada deudor su cuota. Pero si el acreedor ejercita la acción prendaria o hipotecaria, ella es indivisible, como consecuencia de ser indivisible la prenda y la hipoteca. Aquí, el acreedor no persigue la responsabilidad personal del deudor, sino que persigue la responsabilidad de la cosa, afecta a un derecho real, que como tal, no se ejercita respecto a determinada persona.

Consecuencia de los dos aspectos anteriores, es lo que señala el Nº 1 del art. 1526:

i.- Mientras no se pague íntegramente lo adeudado, ninguno de los deudores, aunque haya pagado su cuota en la obligación, puede reclamar la restitución de la prenda o la cancelación de la hipoteca, ni siquiera en parte.

ii.- A la inversa, ninguno de los acreedores -en el supuesto que fueren dos o más-, que hubiere recibido el pago de su parte del crédito, puede restituir la prenda o cancelar la hipoteca, mientras los restantes acreedores no sean satisfechos en sus créditos.

Reiteran lo anterior los arts. 2396 y 2405 (ambos en las normas de la prenda).

Este primer caso es uno de indivisibilidad activa y pasiva, y además de obligación.

d.2) Segunda excepción: art. 1526 Nº 2.

“Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo”.

No obstante que el numeral emplea la expresión “posee”, debemos incluir también el caso de aquellos deudores que sean meros tenedores.

Se refiere a las obligaciones de especie o cuerpo cierto. Se establece aquí la indivisibilidad en el pago de estas obligaciones. La especie o cuerpo cierto es por su naturaleza indivisible, puesto que

forma un todo, que de separarlo, desaparece o deja de ser lo que es. En este caso, en realidad lo que la ley declara indivisible es el hecho material de la entrega. Encontramos un ejemplo en el comodato, pues la obligación de restituir la especie prestada, es indivisible, y puede exigirse su cumplimiento a cualesquiera de los comodatarios que la tenga en su poder, si el contrato hubiere expirado (recordemos que los comodatarios, además, serán solidariamente responsables, si la cosa se destruye o deteriora, en lo tocante al pago de la respectiva indemnización, art. 2189).

Este segundo caso es uno de indivisibilidad pasiva y absoluta o por naturaleza.

d.3) Tercera excepción: art. 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”.

Se refiere al caso de la responsabilidad que incumbe a uno de los codeudores, por cuyo hecho o culpa se hace imposible el cumplimiento de la obligación. La obligación de pagar los perjuicios recae solamente sobre él, liberándose a los demás codeudores de toda responsabilidad.

La obligación de indemnizar perjuicios, en general, es divisible, porque consiste en el pago de una suma de dinero. Sin embargo, la ley obliga a pagar tal indemnización exclusiva e íntegramente al deudor culpable.

Es indiferente que la obligación infringida sea indivisible o divisible.

La misma regla en virtud de la cual el único responsable será aquél codeudor por cuya conducta imputable no pueda cumplirse la obligación, se establece en el art. 1533, inc. 2º, respecto de las obligaciones de dar: “Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ése sólo será responsable de todos los perjuicios”.

Lo mismo puede decirse de las obligaciones de hacer, según se desprende del art. 1534: “Si de dos codeudores de un hecho que deba efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo, y el otro lo rehúsa o retarda, éste solo será responsable de los perjuicios que de la inexecución o retardo del hecho resultaren al acreedor”.

Así, por ejemplo, varios herederos del deudor adeudan una especie o cuerpo cierto, que éste había vendido a un tercero, y dicha cosa se destruye por culpa o dolo de uno de aquéllos. Si tal ocurre, el único responsable será aquél heredero que destruyó la cosa.

Nótese la diferencia con las obligaciones solidarias, en las que en un caso semejante, todos siguen siendo responsables por el precio de la cosa, aunque respecto de los daños y perjuicios que exceden dicho precio, sólo responderá el que destruyó la cosa (art. 1521). Pero esta

norma debe entenderse que altera la regla general, que se consagra en cambio en los arts. 1526 N° 3 y 1533.¹¹⁹

Cabe consignar que los términos del N° 3 del artículo 1526 son impropios, pues resulta una contradicción decir que el deudor culpable es “exclusiva y solidariamente” responsable, porque siendo uno solo el responsable, se excluye toda solidaridad. Como señala Abeliuk, “La expresión ‘solidariamente’ no es afortunada, pero quiso significar que el deudor culpable es el único responsable de la indemnización por el incumplimiento. En consecuencia, la obligación no se divide entre todos los deudores, sino que corresponde únicamente a aquél, y en ello consiste la excepción a la divisibilidad”.¹²⁰

Claro Solar explica el origen de este “desliz” del precepto al emplear la expresión “solidariamente”: “El art. 1526 dice que el codeudor por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación es *solidariamente* responsable de todo perjuicio al acreedor. La expresión *solidariamente* está evidentemente mal empleada refiriéndose a uno solo de los codeudores que ha hecho imposible el cumplimiento de su obligación por su hecho o culpa; y bastaba decir que es *exclusivamente* responsable de todo perjuicio al acreedor. Este desliz de redacción proviene de que en el Proyecto de 1853 la disposición estaba redactada en plural refiriéndose a ‘aquéllos de los herederos por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación’ (...) En el Proyecto presentado a la aprobación del Congreso Nacional se generalizó más la disposición, refiriéndose a los *codeudores* [en lugar de a los *herederos*]; pero se puso en singular diciendo ‘aquél de los codeudores’, sin cambiar el resto de la redacción. Lo que la ley ha querido decir es que si uno solo de los deudores ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, responde *in solidum* de los perjuicios que su hecho o culpa ha causado al acreedor; y que si son varios los deudores que han ejecutado el hecho o incurrido en la culpa que ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, la indemnización de perjuicios debe ser pagada también *in solidum* por ellos y por cada uno de ellos, respondiendo el solvente de la cuota del insolvente”.¹²¹

El codeudor culpable responderá “de todo perjuicio al acreedor”; por ende, podrá ser demandado por daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Este tercer caso es un caso de indivisibilidad pasiva y de pago.

d.4) Cuarta excepción: artículo 1526 N° 4, primera parte.

Puede ocurrir que en el testamento se haya dispuesto que uno de los herederos cargue con la totalidad de una deuda hereditaria o

¹¹⁹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo II, N° 888, p. 872.

¹²⁰ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., tomo I, p. 456.

¹²¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo X, N° 539, pp. 486 y 487.

testamentaria; o que los herederos, en la partición de los bienes o en convención separada, hayan convenido en que uno de ellos tome a su cargo una deuda hereditaria o testamentaria en su totalidad.

De acuerdo al artículo 1354, la regla general es que las deudas hereditarias y testamentarias se dividan entre los herederos a prorrata de sus respectivas cuotas (arts. 1354 y 1360). Pero la ley no ve inconveniente para que esta regla general se altere, ya por voluntad del testador, ya por voluntad de los herederos. Pero habría que distinguir:

i.- Deudas hereditarias.

En este caso, la alteración no afecta al acreedor, porque no ha tomado parte en la decisión del causante o en el acuerdo de los herederos; por ello, puede demandar el total de la obligación al heredero a quien el testador o sus coherederos han hecho cargo de la deuda, o puede demandar a cada uno de los coherederos por la cuota que les corresponda en la deuda. Si procede en la primera forma, el heredero que pagó el total de la obligación no tiene acción alguna para pedir reembolso de los demás coherederos. Si procede en la segunda forma, los demás herederos pueden repetir su cuota del que se hizo cargo de la deuda. Lo mismo, establecen los arts. 1358 a 1360.

ii.- Deudas testamentarias.

Meza Barros advierte sí que lo anterior difiere ligeramente tratándose de las deudas testamentarias (las que tienen su origen en el testamento mismo): los acreedores testamentarios están obligados a respetar la distribución de las deudas hecha por el testador; pero no están obligados a respetar el convenio de los herederos (art. 1373).¹²²

Este cuarto caso es uno de indivisibilidad pasiva y de pago.

d.5) Quinta excepción: artículo 1526 N° 4, segunda parte.

Se refiere a la convención acordada entre el causante (deudor) y el acreedor, que impone a un heredero el pago total.

Este es el único caso en que la indivisibilidad de pago produce beneficios prácticos, porque vimos que la solidaridad no pasa a los herederos, de manera que muerto uno de los deudores solidarios, el acreedor no podrá dirigirse contra cada heredero por el total de la obligación, a menos que se hubiere pactado indivisibilidad.

La expresión "salva su acción de saneamiento" del inc. 2º del N° 4 del art. 1526, alude a que si el heredero ha pagado el total de la deuda, tiene derecho a que sus coherederos le reembolsen lo pagado en exceso sobre su cuota.

La indivisibilidad en todo caso, es sólo pasiva: los herederos del deudor, individualmente considerados, deben pagar el total; pero los herederos del acreedor no pueden demandar el pago íntegro actuando

¹²² Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 267, p. 181.

aisladamente, sino que deben hacerlo de consuno (art. 1526 N° 4, inciso 3°).

Este quinto caso es uno de indivisibilidad pasiva y de obligación.

De la comparación entre la cuarta y quinta excepción, surgen las siguientes diferencias:

i.- En el caso de la cuarta excepción, se pone una deuda a cargo de un solo heredero; en la quinta, no se individualiza a ningún heredero en especial.

ii.- En el caso de la cuarta excepción, la indivisibilidad proviene de un acuerdo de voluntades entre los deudores o de una manifestación de voluntad del testador, sin que intervenga la voluntad del acreedor; en la quinta, la indivisibilidad proviene de un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor. La primera es una indivisibilidad de pago. La segunda es una indivisibilidad de obligación.

iii.- En el caso de la cuarta excepción, el acreedor no puede dirigirse por el total de la deuda sino contra el heredero a cuyo cargo se colocó la obligación; y contra los demás sólo tiene acción por la cuota que a cada uno le corresponde; en la quinta, puede dirigirse por el total de la obligación contra cualquiera de los herederos.

iv.- En el caso de la cuarta excepción, el heredero que paga el total de la deuda que se había colocado a su cargo, no tiene derecho de reembolso contra los demás, ya que es el único que debe soportar la deuda; en la quinta, el que pagó totalmente la obligación tiene acción de reembolso contra los demás por sus cuotas.

v.- En el caso de la cuarta excepción, la indivisibilidad es sobreviniente, cuando ella surge por el acuerdo de los herederos, mientras que es originaria cuando se debe a una cláusula del testamento, siempre que se trata de una deuda testamentaria y no de una deuda hereditaria; en la quinta, es originaria, pues su carácter indivisible quedó estipulado entre deudor y acreedor desde el momento mismo en que nace la obligación.

vi.- En el caso de la cuarta excepción, se alude a deudas hereditarias y testamentarias. En la quinta, sólo a deudas hereditarias.

d.6) Sexta excepción: art. 1526 N° 5.

Se refiere al caso de una cosa cuya división acarrea perjuicio.

La indivisibilidad proviene aquí de la presunta voluntad del autor o de las partes, que la ley deduce del fin o propósito que persiguen con la obligación.

El primer punto que hay que resolver aquí es si la división de la cosa acarrea o no perjuicio al acreedor; si no se perjudica al acreedor, la obligación es divisible y cada deudor está obligado por tanto solamente al pago de su parte o cuota en la deuda.

Pero si de la división de la cosa resulta un grave perjuicio para el acreedor, porque no se puede obtener la utilidad que perseguía al

contratar sino mediante la entrega total de la cosa, la obligación es indivisible.

En este caso, la indivisibilidad es puramente pasiva (art. 1526 N° 5, inc. 2º). Además, esta hipótesis de indivisibilidad se referiría exclusivamente a obligaciones de género ("Si se debe...cualquier otra cosa indeterminada"). Confirma lo anterior el propio N° 2 del art. 1526, que se refiere a las obligaciones de especie o cuerpo cierto.

Un ejemplo de esta hipótesis sería el caso en el cual el testador deja un legado consistente en un predio de 10 hectáreas, que deberán desmembrarse tras su fallecimiento de un fundo de 5.000 hectáreas. Se entiende que los herederos, para cumplir el legado y proceder a su pago, deben subdividir el fundo, de manera que el lote de 10 hectáreas sea un solo todo, con continuidad territorial, y no segregar varios lotes de una hectárea sin conexión física entre ellos.

Este sexto caso es uno de indivisibilidad pasiva y de obligación.

d.7) Séptima excepción: artículo 1526 N° 6.

Se refiere al caso de las obligaciones alternativas.

Si hay varios deudores o acreedores, y según que la elección corresponda a unos u otros, la voluntad del legislador es que el acreedor o los acreedores sean satisfechos íntegramente en el crédito, lo que no se obtendría si uno de los acreedores o deudores eligiera una cosa o parte de una cosa y otro eligiera otra cosa u otra fracción de una cosa. En estos casos, no es la obligación sino la elección del objeto con que la obligación ha de satisfacerse, lo indivisible.

Este último caso es uno de indivisibilidad pasiva o activa, y de pago.

e) *Efectos de las obligaciones indivisibles.*

Los arts. 1527 a 1534 tratan de los efectos de estas obligaciones.

En nuestra legislación hay una sola clase de obligaciones indivisibles, aquellas en que la indivisibilidad resulta de la naturaleza del objeto debido; aquellas en que se presenta lo que los autores llaman indivisibilidad de obligación o indivisibilidad de pago, son en nuestro Derecho obligaciones divisibles, aunque sujetas a las reglas que contienen los numerales del art. 1526.

Al igual que en la solidaridad, la indivisibilidad puede ser activa o pasiva, según que en la obligación haya varios acreedores o varios deudores, o activa y pasiva a la vez.

Dos son los principios fundamentales sobre los que reposan los efectos de la indivisibilidad:

i.- Cada uno de los acreedores de una obligación indivisible es acreedor **del todo pero no del total**; y cada uno de los deudores es deudor **del todo pero no del total**; esto quiere decir que a diferencia de la

solidaridad, en la que cada uno de los deudores o acreedores lo son de toda la cosa debida, en las obligaciones indivisibles cada acreedor o deudor lo es solamente de su cuota, aunque cada acreedor puede exigir el todo y cada deudor está obligado al todo, porque la naturaleza del objeto debido no admite ejecución parcial. Afirmar que los acreedores o los deudores de una obligación indivisible lo son "del todo pero no del total" genera dos efectos:

i) Respecto a los acreedores: ninguno de ellos podrá remitir la deuda o recibir el precio de la cosa debida (en lugar de la cosa misma) sin el consentimiento de los otros (art. 1532).

ii) Respecto de los deudores: uno de ellos, eventualmente, puede oponerle al acreedor una excepción dilatoria, para entenderse con los restantes codeudores y cumplir entre todos la obligación, cuando el primero no pueda pagar por sí solo (art. 1530).

ii.- Al igual que en la solidaridad, si bien hay unidad de prestación porque hay una sola cosa debida, existe pluralidad de vínculos, es decir hay tantos vínculos cuantos son los acreedores o los deudores.

Los efectos de la indivisibilidad difieren según si concurren varios deudores o varios acreedores; en el primer caso, estaremos ante la indivisibilidad pasiva y en el segundo ante la activa.

e.1) Efectos de la indivisibilidad pasiva: concurren varios deudores.

e.1.1) Efectos entre los codeudores y el acreedor.

i.- Cada uno de los deudores es obligado a satisfacer totalmente la obligación y el acreedor puede dirigirse por el todo contra cualquiera de ellos: art. 1527.

Consecuencia del fundamento de la obligación indivisible, es que la indivisibilidad pasa a los herederos del deudor, porque proviene de la naturaleza del objeto debido, y cualesquiera que sean las personas que deban la cosa o prestación, los obstáculos materiales que impiden la ejecución parcial persisten: art. 1528 ("transmisibilidad de la indivisibilidad").

ii.- El que interrumpe la prescripción con respecto a uno de los deudores, perjudica también a todos los demás: art. 1529.

iii.- El pago efectuado por cualquiera de los codeudores de una obligación indivisible la extingue totalmente respecto de todos los demás: art. 1531.

iv.- A diferencia de lo que ocurre con la solidaridad, en la que el codeudor demandado no puede oponer ninguna excepción destinada a que los demás codeudores concurren al juicio, porque cada uno es deudor del total, en la obligación indivisible, como cada deudor lo es solamente de su cuota, el demandado puede oponer una excepción dilatoria, con el fin de pedir un plazo para entenderse con los restantes codeudores: art. 1530. Este artículo contempla dos casos:

i) Si la obligación puede ser cumplida desde luego por el deudor demandado, debe cumplirla, sin perjuicio de su derecho para exigir de cada uno de los codeudores la cuota que les corresponde.

Claro Solar plantea el siguiente ejemplo, siguiendo a Pothier: la deuda consiste en una servidumbre de tránsito que el difunto ha prometido imponer en una heredad suya, que por la partición es adjudicada a uno de sus herederos, sólo este heredero podría satisfacer esta deuda, porque el propietario es el único que puede imponer servidumbres sobre sus predios. En este caso, demandado el adjudicatario de la heredad por el dueño del predio en cuyo beneficio la servidumbre debe ser establecida, no tendría por qué pedir plazo para entenderse con sus coherederos para cumplir la obligación; y será el sólo condenado a la prestación de la servidumbre. Le quedará después a salvo su acción contra los herederos, a menos que al hacerse la adjudicación del predio, se hubiere tomado en cuenta el gravamen que tenía que reconocer en él.¹²³

ii) Si por el contrario, la obligación es de aquellas que no puede ser cumplida sino por todos los codeudores, puede oponer el deudor demandado la excepción dilatoria a que aludíamos. Por ejemplo, una obligación de dar o de hacer que necesariamente debe ejecutarse por todos los codeudores. En realidad, como señala Peñailillo, en este caso, cuando el acreedor se percató de que claramente la prestación es de las que sólo puede ejecutarla el conjunto de los deudores (como si varios han prometido enajenar un predio de dominio común), en lugar de demandar a uno, que podría pedir plazo, por cierto le será preferible demandar desde luego al grupo.¹²⁴

v.- Como el carácter de indivisible de la obligación proviene de la naturaleza del objeto debido, si éste desaparece, desaparece por ende el obstáculo que se oponía a la división de la obligación, de manera que la obligación de pagar perjuicios es divisible: artículos 1533 y 1534. Las reglas que se desprenden de estos preceptos, son las siguientes:

i) **Obligaciones de dar** (art. 1533):

1º En caso de incumplimiento o retardo en el cumplimiento de la obligación imputable a todos los deudores, la acción será divisible: el acreedor, sólo podrá demandar a cada uno de los deudores, por la cuota que a éste corresponda en la respectiva indemnización de perjuicios;

2º Pero si el hecho, dolo o culpa fuere imputable solamente a uno de los codeudores de la obligación indivisible, entonces él será exclusivamente responsable de todos los perjuicios ocasionados al acreedor;

ii) **Obligaciones de hacer** (art. 1534):

¹²³ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo X, p. 497.

¹²⁴ Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 328.

3º Tratándose de una obligación de hacer, que debía efectuarse en común por dos codeudores (por ejemplo, una pareja de artistas que debía presentarse en un teatro), y uno estaba pronto a cumplirlo y el otro se rehúsa o retarda el cumplimiento, sólo éste último será responsable de los perjuicios ocasionados al acreedor, tanto los correspondientes a indemnización compensatoria como moratoria.

e.1.2.) Efectos entre los codeudores.

Finalmente, como cada deudor, no obstante deber sólo su cuota, debe pagar el total de la obligación si es demandado, tiene derecho a que los demás codeudores le indemnicen porque, en definitiva, ha pagado más de lo que debía (art. 1530). Hecho el pago y al igual que en la solidaridad, debe producirse entre los codeudores el respectivo ajuste de cuentas, y como la indivisibilidad desaparece al extinguirse la obligación, la acción que tiene el codeudor que pagó no se deriva de una obligación indivisible, sino divisible: cada codeudor sólo debe soportar su parte en la deuda.

e.2) Efectos de la indivisibilidad activa: concurren varios acreedores.

i.- Cada uno de los acreedores de la obligación indivisible tiene el derecho de exigir el total de la obligación: art. 1527. Del mismo modo, la indivisibilidad activa también pasa a los herederos del acreedor, por lo que cada uno de estos puede exigir el pago total: art. 1528.

ii.- El pago efectuado a uno de los acreedores de la obligación indivisible, extingue la obligación respecto de todos los demás; pero como cada acreedor no es propietario de todo el crédito -a diferencia de lo que ocurre en la solidaridad activa-, sólo puede ejecutar actos de dominio con respecto a la parte o cuota que le corresponda en el crédito (art. 1532).

iii.- El acreedor que ha recibido el pago total de la obligación, debe entregar a cada uno de sus coacreedores la parte o cuota que a ellos corresponda en la obligación.

8.5. Semejanzas y diferencias entre la solidaridad y la indivisibilidad.

a) *Semejanzas.*

i.- Ambas clases de obligaciones, suponen pluralidad de sujetos, sean deudores o acreedores.

ii.- Tanto en la solidaridad como en la indivisibilidad, cada uno de los deudores puede ser obligado a satisfacer la obligación en su totalidad.

iii.- En una y otra, el pago total ejecutado por uno de los deudores, extingue la obligación respecto de todos los demás.

b) *Diferencias.*

- i.- La solidaridad tiene como fuente la ley, el testamento o la convención. La indivisibilidad resulta de la prestación misma que no puede dividirse por su naturaleza o por voluntad de las partes.
- ii.- En la obligación solidaria, cada deudor y acreedor lo es del total; en la obligación indivisible, cada deudor y acreedor lo es solamente de su cuota.
- iii.- La solidaridad no pasa a los herederos del deudor (art. 1523); la indivisibilidad sí (art. 1528).
- iv.- Si perece la cosa debida en la obligación indivisible por causa imputable, ésta se torna divisible (art. 1533); no sucede lo mismo en la solidaridad, porque aunque desaparezca el objeto debido y la obligación se transforme en la de pagar el precio de aquél, la solidaridad subsiste (art. 1521).
- v.- En la obligación solidaria cada acreedor se reputa dueño absoluto del crédito y por ende, puede ejecutar respecto a ese crédito, actos de disposición tales como la novación y la remisión o condonación (arts. 1518 y 1519); en la obligación indivisible cada acreedor sólo es dueño de su cuota y no puede por ende novar la obligación o remitirla, sin el consentimiento de sus coacreedores (art. 1532).
- vi.- Como en las obligaciones solidarias cada deudor lo es del total, no puede oponer ninguna excepción dilatoria para pedir el concurso de los codeudores para pagar; en las obligaciones indivisibles, en ciertos casos, puede el deudor demandado pedir un plazo para entenderse con los restantes codeudores y cumplir de consuno (art. 1530).
