

TEORIA DEL ACTO JURIDICO¹

I.- LOS HECHOS Y LOS ACTOS JURIDICOS.

Dentro de la ordenación jerárquica de las normas jurídicas, los actos jurídicos ocupan el sexto o último escalón, junto con las sentencias judiciales, no por ser los menos importantes en dicha escala de graduación, sino porque afectan a un número reducido de personas: los ejecutantes o contratantes y los litigantes (arts. 1545 y 3 del CC).

a) Hechos y actos jurídicos.

Para comprender la naturaleza del acto jurídico, debemos considerar en primer lugar a los hechos, y especialmente, a los hechos jurídicos.

Los hechos pueden tener su origen en la naturaleza o en el hombre, y en uno y otro caso, pueden producir efectos jurídicos. Si los producen, estamos ante hechos jurídicos, y en caso contrario, estamos ante hechos materiales.

Hecho jurídico, por tanto, se define como todo suceso de la naturaleza o del hombre que origina efectos jurídicos. Estos efectos pueden ser: la creación, modificación, transferencia, transmisión o extinción de un derecho.

Hecho material es todo suceso de la naturaleza o del hombre que no produce efectos jurídicos.

A su vez, los hechos jurídicos se clasifican en:

- **Hechos jurídicos propiamente tales:** son los hechos de la naturaleza que originan efectos jurídicos. Por ejemplo: el nacimiento (marca el comienzo de la personalidad); la muerte (marca el fin de la personalidad y pone en marcha la sucesión por causa de muerte); el transcurso del tiempo (permite adquirir derechos mediante la prescripción adquisitiva o extingue acciones mediante la prescripción extintiva; muta la condición jurídica de las personas naturales, que de infantes se transforman en impúberes, después en menores adultos y finalmente en mayores de edad).
- **Hechos jurídicos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos;** son los **actos jurídicos**, los que podemos definir como actos voluntarios realizados por el hombre con la intención de crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir derechos. Así, por ejemplo, creará derechos el contrato de compraventa; modificará derechos la reprogramación de un crédito²; transferirá derechos la tradición; transmitirá derechos el testamento y extinguirá derechos el pago.
- **Hechos jurídicos voluntarios, realizados sin la intención de producir efectos jurídicos.** Se ubican aquí los delitos y cuasidelitos. Si bien el delincuente actúa

¹ Fecha de última modificación: 4 de marzo de 2015.

² Como otro ejemplo de acto jurídico que modifica derechos, se suele mencionar la novación. Sin embargo, se trata de un acto jurídico que extingue y crea derechos y obligaciones, más que modificarlos. No hay modificación, pues la obligación primitiva se extingue, y se origina una nueva (artículo 1628 del Código Civil).

voluntariamente, no ejecuta un acto con el propósito de ser penado o de responder civilmente indemnizando los perjuicios.

Carlos Ducci formula una clasificación con ciertas variantes³. Señala que los hechos jurídicos humanos se dividen en involuntarios y voluntarios.

Los hechos jurídicos del hombre involuntarios son fruto de una actividad realizada sin voluntad consciente. Tal acontece con los actos de los dementes y los infantes (arts. 723 y 2319 del CC).

Los hechos jurídicos del hombre voluntarios se clasifican a su vez en hechos jurídicos y actos jurídicos.

Los hechos jurídicos corresponden a los hechos del hombre, voluntarios, a los que la ley atribuye un efecto jurídico no querido o distinto del perseguido por su autor. Se dividen en lícitos (por ejemplo, art. 2290) e ilícitos (art. 2314).

Los actos jurídicos son los actos del hombre voluntarios y conscientes destinados a producir un efecto jurídico predeterminado y querido por el autor⁴.

b) Concepto de acto jurídico.

A la definición de Ducci, podemos agregar otras, que revisaremos en las líneas que siguen.

Entre las definiciones de acto jurídico de Alessandri-Somarriva-Vodanovic, la más tradicional es aquella que alude a él como *“la declaración de voluntad de una o más partes dirigida a un fin práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo.”*⁵

Este fin práctico se traduce en un efecto jurídico. Tal efecto, para los autores mencionados, puede consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho.

Alessandri-Somarriva-Vodanovic, se refieren también a una definición más moderna, que resalta los caracteres vinculante, preceptivo y regulador de intereses del acto negocial. En tal sentido, sería acto jurídico *“la declaración o declaraciones de voluntad de uno o más sujetos que, dentro de los límites señalados a la autonomía privada, regulan por sí mismos, en forma vinculante y preceptiva, sus propios intereses jurídicos.”*⁶

Los tres autores mencionados, enumeran acto seguido las características del acto jurídico que se desprenden tanto de la concepción tradicional como de la teoría preceptiva. Serían tales⁷:

- El acto jurídico es una declaración o un conjunto de declaraciones de voluntad;
- La voluntad de los declarantes persigue un fin práctico lícito;
- Este fin práctico se traduce en efectos jurídicos, que se atribuyen o reconocen por el ordenamiento jurídico a la voluntad de los declarantes;
- Con el acto jurídico, los sujetos regulan sus propios intereses;
- Esta regulación es preceptiva, o sea, impone normas de autonomía privada; y

³ Ducci Claro, Carlos, *“Derecho Civil. Parte General.”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, año 1984, p. 219.

⁴ Ducci Claro, Carlos, ob. cit., p. 219.

⁵ Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, *“Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.”*, Tomo Segundo, Ediar-Conosur Ltda., Santiago, año, 1991, Quinta Edición, p. 158.

⁶ Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, ob. cit., p. 159.

⁷ Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, ob. cit., pp. 160 y 161.

- Las declaraciones que envuelven los actos jurídicos son vinculantes, comprometen, auto-obligan a los que las emiten.

Algunos, en lugar de “*declaración*”, hablan de “*manifestación*” de voluntad. Se pregunta nuestra doctrina si se trata de expresiones equivalentes o sinónimas. Para un gran sector de la doctrina, la respuesta es afirmativa; para otro sector, habría que entender por declaración de voluntad la exteriorización de ésta dirigida o comunicada a personas determinadas en particular o indeterminadas en general. Por ejemplo, la voluntad exteriorizada tendrá un destinatario determinado en particular en los contratos o en los testamentos, y uno indeterminado en general en la promesa de recompensa a cualquiera que descubra un objeto perdido por su dueño. Agregan que la manifestación de voluntad en su acepción más restringida y precisa, sería una exteriorización de voluntad que no tiene ningún destinatario directo, como ocurre, por ejemplo, con el individuo que abandona una cosa de su propiedad para que la adquiera el primer ocupante (la doctrina proporciona como ejemplo de *res derelictae*, aquél en que un sujeto abandona en el escaño de un parque un periódico, después de leerlo). Lo mismo ocurriría en la ocupación, cuando un sujeto recoge y guarda para sí una concha marina que arrojan las olas; en este caso, es indudable que al aprehender el objeto y guardarlo para sí manifiesta la voluntad de adquirir el derecho de propiedad sobre esa *res nullius*, pero, se dice, no podría verse aquí un acto jurídico, porque no hay una declaración de voluntad, sino una manifestación de ella en sentido estricto.⁸

Otro argumento para preferir la voz “*declaración*” puede basarse en el tenor del artículo 1445 del Código Civil, en cuanto expresa: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad...*”; asimismo, el artículo 1460 señala: “*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto...*” El artículo 1461 habla también de “*... una declaración de voluntad...*” Por su parte, el artículo 1 del Código, al definir la ley, dice que esta consiste en “*... una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución...*”; de esta manera, el argumento consistiría en que la ley, en sí misma, es una declaración, mientras que la manifestación es una cuestión más bien formal o procedimental de aquella. Lo mismo podría afirmarse de un acto jurídico: éste consiste en una declaración de voluntad (que obviamente no es soberana), que puede manifestarse de diversas formas (expresamente, tácitamente o incluso en algunos casos el silencio hará presumir una voluntad en determinado sentido).

Víctor Vial del Río, por su parte, define al acto jurídico como “*la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad.*”⁹

Nótese que Vial del Río emplea la voz “*manifestación*”, con lo que, implícitamente, la hace sinónima de “*declaración*”. Adherimos a esta idea, a pesar de los argumentos que hemos expuesto en los párrafos precedentes. Creemos que ellos no permiten visualizar una diferencia sustancial entre “*declaración*” y “*manifestación*”, y que por ende, existe acto jurídico tanto en una declaración cuanto en una manifestación de voluntad. Por lo demás, el propio Diccionario de la Lengua Española confirma esta conclusión, cuando en la tercera entrada de la palabra “*declaración*”, la define como “*Manifestación del ánimo o de la*

⁸ Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, ob. cit., pp. 158 y 159.

⁹ Vial del Río, Víctor, “*Actos Jurídicos y Personas. Volumen Primero. Teoría General del Acto Jurídico*”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 1991, Segunda Edición, p. 31.

intención”, mientras que en la entrada cuarta, expresa que se trata de una “*Manifestación formal que realiza una persona con efectos jurídicos*”.¹⁰

Court Murasso, a su vez, plantea que se trata de “*toda declaración de voluntad encaminada a producir consecuencias jurídicas, consistentes en la adquisición, modificación o extinción de derechos subjetivos*” Agrega enseguida que en forma más amplia, esta declaración de voluntad puede estar encaminada a producir consecuencias jurídicas, consistentes en la adquisición, modificación o extinción de una relación jurídica, pues el efecto del acto puede consistir en una potestad y no en un derecho subjetivo¹¹

No concordamos con este alcance, pues las potestades originan también derechos subjetivos. En efecto, se entiende por derecho subjetivo “*la facultad para actuar o potestad que un particular tiene, sancionada por una norma jurídica.*”¹² Ahora bien, por ejemplo, tratándose del reconocimiento de un hijo, se originará la potestad parental sobre su persona y la patria potestad sobre sus bienes. Ambas potestades originarán derechos subjetivos de familia, en estos casos, de carácter extrapatrimonial y patrimonial, respectivamente.

Rodrigo Barcia (siguiendo a Henry Capitant), define el acto jurídico como “*la manifestación de voluntad formada con la intención de producir efectos jurídicos*”. Esta manifestación de voluntad “*causa los efectos jurídicos queridos por su autor y previstos por el ordenamiento jurídico*”. Tales efectos, agrega Barcia, pueden consistir en crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir una relación jurídica, es decir, derechos u obligaciones.¹³

Adviértase que para Barcia, los efectos no son sólo tres, como tradicionalmente se ha planteado por nuestra doctrina –crear, modificar o extinguir-, sino cinco: crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir derechos u obligaciones.

Por nuestra parte, concordamos con el planteamiento del profesor Barcia. No vemos por qué debemos excluir de los fines de un acto jurídico el “*transferir*” y el “*transmitir*” derechos y obligaciones. Así, mediante la tradición (que es un acto jurídico bilateral) se transferirá un derecho, y mediante el testamento (que es un acto jurídico unilateral) se transmitirá un derecho. Es cierto que en este último caso, la transmisión no se producirá por el testamento mismo, sino por el modo de adquirir llamado sucesión por causa de muerte. Pero si nos atenemos a las definiciones de acto jurídico que se han transcrito, observamos que en todas ellas se atiende a la finalidad (propósito, intención, etc.) perseguida por el acto, y no hay duda que la finalidad de un testamento en virtud del cual se deja un legado a cierta persona, es la de transmitirle el dominio de la especie legada.

De esta manera, combinando las ideas expuestas en las líneas precedentes, proponemos el siguiente concepto de acto jurídico: se trata de la declaración o manifestación de voluntad, sancionada por el Derecho, destinada a producir efectos jurídicos queridos por su autor o por las partes, que pueden consistir en crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir derechos y obligaciones.

II.- CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, año 2001, impresa en Buenos Aires en el año 2007, p. 733.

¹¹ Court Murasso, Eduardo, “*Curso de Derecho Civil. Teoría General del Acto Jurídico*”, Santiago de Chile, LegalPublishing, segunda edición, año 2009, p. 4.

¹² Ducci Claro, Carlos, ob. cit., p. 196.

¹³ Barcia Lehmann, Rodrigo, “*Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico*”, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, p. 21.

Las diversas clasificaciones de los actos jurídicos se formulan, fundamentalmente, con el objeto de:

- Saber como nacen o se perfeccionan;
- Para determinar la naturaleza de los derechos y las obligaciones que generan y la forma como han de ejercerse y cumplirse; y
- Saber como se extinguen.

Distinguimos en los numerales que siguen entre clasificaciones legales y aquellas que tienen un carácter doctrinario.

1.-) Clasificaciones legales.

En verdad, el Código Civil no clasificó los “*actos jurídicos*”, sino que los contratos. No es de extrañar, si consideramos que la Teoría del Acto Jurídico se formuló mucho después de entrar en vigencia nuestro Código Civil. Por ende, en los párrafos que siguen, lo que hacemos es aplicar a los primeros, las mismas categorías que la ley contempla para los segundos. De ahí que hablemos de clasificaciones “*legales*”.

a) Unilaterales y bilaterales.

Atendiendo al número de voluntades que se requieren para que se perfeccione el acto jurídico, los actos jurídicos se clasifican en unilaterales y bilaterales.

Son actos jurídicos unilaterales aquellos que para formarse requieren de la declaración o manifestación de voluntad de una sola parte.

Son actos jurídicos bilaterales o convenciones aquellos que para perfeccionarse necesitan del acuerdo de las voluntades de dos o más partes.

Cabe señalar que se habla de “*partes*” y no de “*personas*”, atendiendo a que una parte puede estar integrada por una o más personas, que en su conjunto constituyen un solo centro de interés (art. 1438 del CC).

Generalmente, se habla de “*autor*”, en referencia a la parte de la que emana un acto jurídico unilateral, y de “*partes*”, aludiendo a quienes intervienen en un acto jurídico bilateral.

Ejemplos de acto jurídico unilateral: el testamento; la oferta y la aceptación en el proceso de formación del consentimiento; la revocación o la renuncia del mandato, el desahucio (en contratos de arrendamiento y en el contrato de trabajo), el reconocimiento de un hijo, la repudiación del reconocimiento de un hijo, la ratificación de un acto jurídico (cuando era inoponible), la confirmación de un acto jurídico (cuando adolecía de un vicio de nulidad relativa), la aceptación o repudiación de una herencia o de un legado, etc.

Ejemplos de acto jurídico bilateral: todos los contratos.

Es importante consignar que la donación es un acto jurídico bilateral y no unilateral; en efecto, se trata de un contrato, que requiere la aceptación del donatario o beneficiario (art. 1386 del CC).

El acto jurídico bilateral o convención, se define por tanto como el acuerdo de voluntades, que tiene por objeto crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones. Nótese que se excluye de estos fines la transmisión de derechos y

obligaciones, pues ello sólo puede ocurrir con el testamento, que es un acto jurídico unilateral.

A su vez, cuando la convención tiene por objeto crear derechos, estamos ante un contrato, lo que nos permite deducir que la convención es el género y el contrato la especie: todos los contratos son convenciones, pero no todas las convenciones son contratos.

Así, por ejemplo, son convenciones pero no contratos el pago, la resciliación, la estipulación en virtud de la cual las partes convienen en que cesen los intereses que devengaba una deuda y la tradición. Todas estas figuras provienen de un acuerdo de voluntades, pero en sí no son un contrato, porque no crean derechos, sino que los extinguen las dos primeras, los extinguen y modifican (la tercera) o los extinguen y transfieren simultáneamente (la cuarta). La novación, por su parte, tiene la singularidad de ser, simultáneamente, una convención que crea derechos y obligaciones (y como tal, es un contrato) y los extingue (y como tal, es un modo de extinguir las obligaciones, regulándola el Código desde esta última perspectiva).

Nuestro CC. sin embargo, en su art. 1438, confunde ambas expresiones, cuando alude al “*contrato o convención*” como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.¹⁴

Los contratos a su vez, también pueden clasificarse en unilaterales y bilaterales (art. 1439 del CC).

El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna. El contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Como vemos, esta clasificación no atiende al número de voluntades necesarias para que se perfeccione o nazca el acto jurídico, sino que al número de obligados, partiendo de la base que ya hay acuerdo de voluntades, o sea, ya existe una convención o acto jurídico bilateral.

Ejemplos de contratos unilaterales: donación, comodato, depósito, mutuo, hipoteca, prenda, fianza, etc.

Ejemplos de contratos bilaterales: compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato, transacción, etc.

No es lo mismo entonces un acto jurídico bilateral y un contrato bilateral, pero siempre el contrato, como acto jurídico, será bilateral, aún cuando como contrato pueda ser unilateral o bilateral.

Los actos jurídicos unilaterales pueden ser **unipersonales** o **pluripersonales**. El acto jurídico unilateral unipersonal es aquél que requiere de la declaración de voluntad de una sola persona, como ocurre por ejemplo en el testamento. El acto jurídico unilateral pluripersonal, en cambio, es aquel en que, si bien, estamos ante una voluntad, ésta se forma por la manifestación de voluntad de diversos individuos. Entre los actos jurídicos unilaterales pluripersonales, esto es, aquellos otorgados por varias personas que integran una sola parte o centro de interés, la doctrina distingue entre actos jurídicos unilaterales pluripersonales colectivos y complejos.

¹⁴ Una parte de nuestra doctrina, sin embargo, plantea que no existe tal confusión del Código, explicando la frase empleada en el artículo 1438 “*Contrato o convención*” como una proyección en este artículo, de lo expresado en el artículo precedente, el 1437, que alude a las fuentes de las obligaciones: cfr. nuestro apunte “*Teoría General del Contrato*”, p. 5, y especialmente a Carvajal R., Patricio Ignacio, *Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. “Contrato” y “Convención” como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 2, pp. 289 a 302, año 2007.

Son actos jurídicos unilaterales pluripersonales **colectivos**, los constituidos por dos o más declaraciones de voluntad que, teniendo un mismo contenido, se suman sin fundirse, para formar la expresión de la voluntad colectiva. Mirando el acto jurídico desde afuera, la manifestación de voluntad es una sola; mirado desde el interior, la manifestación de voluntad es el resultado de la suma de diversos actos, que no se confunden, que mantienen su individualidad. Por ejemplo: acuerdos adoptados por el Directorio de una sociedad anónima, en los que distinguimos votos de mayoría y de minoría. Aquellos Directores que deseen salvaguardar su responsabilidad, deben dejar constancia en actas de su oposición a la decisión de la mayoría.

Son actos jurídicos unilaterales pluripersonales **complejos**, aquellos constituidos por dos o más declaraciones de voluntad que, teniendo un mismo contenido y fin, se funden en una sola manifestación de voluntad. Por ejemplo: el acuerdo adoptado por los comuneros, de enajenar el bien de que son dueños pro-indiviso.

Los actos complejos se subclasifican a su vez en actos de complejidad igual o desigual, atendiendo a si la voluntad de un declarante tiene una importancia equivalente a la de otro declarante.

Ejemplo de **acto de complejidad igual**: las decisiones que deben adoptar los guardadores conjuntos, quienes deben autorizar de consuno los actos del pupilo, sin que prevalezca la voluntad de uno o algunos. En caso de discrepancia, decidirá el juez (art. 413 del CC).

Ejemplo de **acto de complejidad desigual**: caso del art. 1721, en relación a las capitulaciones matrimoniales celebradas por un menor, con autorización de las personas que deben prestar su asenso para el matrimonio. En este caso, la voluntad del menor es más importante.

En cuanto a la importancia de la distinción entre los actos jurídicos colectivos o complejos, cabe indicar que tratándose de los últimos, si una de las declaraciones de voluntad estuviere viciada, la declaración unitaria quedará también viciada. Así, por ejemplo, si uno de los comuneros aprueba la enajenación, constreñido por la fuerza o inducido por dolo, el acto mismo de la enajenación podrá declararse nulo. En cambio, en los actos colectivos, el vicio de una declaración no se propaga a las demás, salvo que afecte el quórum requerido para el acuerdo.

Los actos jurídicos unilaterales se clasifican también en recepticios y no recepticios, distinguiendo que explicaremos dentro de las clasificaciones doctrinarias de los actos jurídicos.

- Importancia de la distinción entre los contratos unilaterales y bilaterales:

1° La condición resolutoria tácita se encuentra envuelta en todo contrato bilateral (artículo 1489 del Código Civil), no así en el contrato unilateral;

2° El problema de los riesgos, se presenta en los contratos bilaterales, no así en los contratos unilaterales (artículo 1550);

3° El principio "*la mora purga la mora*", sólo opera en los contratos bilaterales (artículo 1552).

Todas estas materias se revisarán en el estudio de las Obligaciones y de los Contratos.

b) Actos gratuitos o de beneficencia y actos onerosos (art. 1440 del CC).

Se formula esta clasificación atendiendo a la finalidad perseguida.

Los actos jurídicos gratuitos o de beneficencia sólo tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen. Los actos jurídicos onerosos tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

- Diferencias fundamentales entre ambas clases de actos jurídicos:

1º En los contratos gratuitos, la persona con la que se contrata, es de relevante importancia. Por tanto, el error en cuanto a la persona, vicia el consentimiento. En los contratos onerosos, la persona con quien se contrata es por regla general indiferente, y un error en cuanto a su identidad, no tiene trascendencia jurídica (excepcionalmente, la tendrá, como acontece tratándose de la transacción, artículo 2456 del Código Civil).

2º En los contratos gratuitos, la diligencia o cuidado en el cumplimiento de las obligaciones sólo recae en el deudor. Para determinar de qué grado de culpa responde el deudor en los contratos gratuitos, debemos considerar a quien beneficia el contrato:

- El contrato sólo beneficia al deudor (por ejemplo, contrato de comodato): éste responderá aún de la culpa levísima;
- El contrato sólo beneficia al acreedor (por ejemplo, contrato de depósito): el deudor responderá sólo de la culpa lata o grave.

En los contratos onerosos, la diligencia será la misma en ambos contratantes, por regla general: ambas partes, responderán de la culpa leve.

Define cada uno de los grados de culpa, el artículo 44, que debemos relacionar con el artículo 1547, precepto que establece cuando se responde de cada uno de los grados de culpa, conforme a los criterios expuestos.

3º En los contratos gratuitos, la pura liberalidad es causa suficiente. En los contratos onerosos, la causa está en relación a las prestaciones recíprocas y a las ventajas que se espera obtener.

Como resume un autor, el acto jurídico a título oneroso implica enriquecimiento y empobrecimiento recíproco. El acto a título gratuito produce enriquecimiento para una de las partes y empobrecimiento para la otra.

c) Actos o contratos conmutativos y aleatorios (art. 1441 del CC).

Los contratos onerosos se subclasifican en conmutativos o aleatorios, atendiendo a la determinación de la equivalencia de las prestaciones.

El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer o a no hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer o no hacer a su vez. Ejemplo: contrato de compraventa de un bien raíz.

El contrato oneroso es aleatorio, si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Ejemplos: la venta “*en verde*” de una producción agrícola por un precio fijado a todo evento; la renta vitalicia; el contrato de seguros (art. 2258 del CC).

En los contratos conmutativos, las ventajas que las partes se conceden mutuamente se miran equivalentes (se trata por ende de una apreciación subjetiva). Excepcionalmente, esta equivalencia debe fijarse dentro de ciertos límites, en aquellos casos en que la ley lo establece, y la sanción en caso de contravención será la nulidad relativa por lesión enorme o pagar una suma adicional o restituir parte de lo recibido (artículo 1889, en la compraventa voluntaria de bienes raíces, por ejemplo).

d) Actos o contratos principales y accesorios (art. 1442).

Atendiendo a si pueden o no subsistir por sí solos, se clasifican los actos o contratos en principales y accesorios.

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención. Ejemplo: el contrato de compraventa.

El contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. Ejemplo: las garantías o cauciones reales (hipoteca, prenda) o personales (fianza, solidaridad, cláusula penal). El art. 46 del CC, define lo que se entiende por caución: *Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.* Cabe señalar que aun cuando las expresiones “*garantía*” y “*caución*” suelen utilizarse como sinónimos, hay entre ellas una relación de género a especie. En efecto, toda caución es una garantía, pero no toda garantía es caución, pues el derecho legal de retención es una garantía, pero no es caución, pues no se trata de una obligación “*contraída*” (artículo 46) para asegurar otra obligación. No hay de por medio un contrato, sino que es la ley, en este caso, la fuente de la garantía. Lo mismo acontece con las medidas precautorias que pueda decretar el juez, en el transcurso de un litigio.

Tiene importancia esta clasificación, para determinar la extinción de un contrato, de acuerdo al aforismo “*Lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”. En tal sentido, el acto jurídico accesorio tiene una vida refleja en relación al acto jurídico principal (así, art. 2516, prescripción de las acciones).

No deben confundirse los actos jurídicos accesorios con los dependientes. Estos últimos, si bien requieren para cobrar eficacia la existencia de otro acto jurídico, no están destinados a garantizar el cumplimiento de éste. Por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales (art. 1715 del CC): para que sean eficaces, requieren la celebración del contrato de matrimonio, pero celebrado éste, las capitulaciones, que no lo garantizan por cierto, cobran vida propia, definiendo el régimen patrimonial entre los cónyuges.

e) Actos o contratos reales, solemnes y consensuales (art. 1443 del CC).

Se clasifican de tal forma los actos jurídicos, atendiendo a los requisitos que la ley establece para su perfeccionamiento.

El contrato es real cuando se perfecciona con la entrega o tradición de la cosa a que se refiere. Ejemplos: comodato (art. 2174); mutuo (art. 2196); depósito (art. 2211); prenda (art. 2384); anticresis (artículo 2437). Cabe advertir que el CC. utiliza solamente la expresión “*tradición*” en el art. 1443. Esta, conforme al art. 670, es un modo de adquirir el dominio, lo que sólo acontece en uno de los contratos reales: el mutuo (y excepcionalmente, en el depósito, cuando éste consiste en una suma de dinero, caso en el cual se habla de un depósito irregular; o en la prenda, cuando se entrega al acreedor una suma de dinero¹⁵). En los demás, sólo se traspaşa la mera tenencia. Por ello, más correcto es aludir a la “*entrega o tradición*”, de manera de cubrir así todas las situaciones que puedan presentarse en los contratos reales.

¹⁵ En este caso, impropriamente, se habla de fianza en efectivo, lo que no es correcto, pues estamos ante un contrato de prenda.

El contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce efecto civil. En estos actos, la ley exige el cumplimiento de una solemnidad en consideración a la naturaleza de los mismos. La sanción por su incumplimiento, de acuerdo al art. 1682, será la nulidad absoluta o inexistencia jurídica para ciertos autores (arts. 18 - 1701). Ejemplos de contratos solemnes: promesa (art. 1554, debe constar por escrito); la compraventa de inmuebles, de servidumbres, censos y del derecho real de herencia, exige escritura pública (art. 1801, 2º); las capitulaciones matrimoniales; la hipoteca, etc.

Las partes también pueden hacer solemne un acto jurídico al que la ley no le da tal carácter: artículos 1802 (en la compraventa) y 1921 (en el arrendamiento). En estos casos, cabe el derecho a retractarse, mientras la otra parte no cumpla con la solemnidad convenida. El acto jurídico podrá ser eficaz, sin embargo, si las partes efectúan actos que implican renunciar al derecho a exigir el cumplimiento de la solemnidad.

Ciertamente, las partes no pueden privar a un acto jurídico de su carácter solemne cuando la ley exige la solemnidad, pero en el caso del último inciso del art. 1701, una escritura defectuosa valdrá como instrumento privado.

El contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento. Ejemplos: compraventa de bienes muebles; arrendamiento de muebles o de inmuebles urbanos; mandato, por regla general, etc.

2.-) Clasificaciones doctrinarias.

a) Actos de familia y actos patrimoniales.

Los actos de familia se refieren a la situación de una persona dentro de su familia y a sus relaciones con los restantes integrantes de la misma. Por ejemplo, reconocimiento de un hijo, el contrato de matrimonio, el pacto en virtud del cual uno de los padres asume el cuidado personal del hijo no emancipado o acuerdan un cuidado compartido del menor, el pacto a que alude el artículo 45 de la Ley 19.620, sobre Adopción de Menores, etc.

Los actos patrimoniales son aquellos destinados a crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir un derecho patrimonial o valuable en dinero.

b) Actos instantáneos, de ejecución diferida, de tracto sucesivo e indefinidos.

Reciben tal clasificación los actos y contratos, atendiendo a su permanencia en el tiempo.

Los actos jurídicos instantáneos producen sus efectos inmediatamente de celebrados, de manera que realizada la prestación debida, desaparece el vínculo contractual, las obligaciones recíprocas, excepto algunas obligaciones que se siguen proyectando, en estado latente o potencial. Así por ejemplo, en la compraventa, el acuerdo de voluntades, el pago y la tradición, suelen ser inmediatos. Subsiste sin embargo la obligación de saneamiento de la cosa vendida, tanto en lo que respecta a la evicción como a los vicios redhibitorios o defectos ocultos de la cosa (art. 1837).

Los actos jurídicos de ejecución diferida, son aquellos cuyos efectos se van cumpliendo progresivamente, en el plazo estipulado por las partes o el que corresponda a la naturaleza de la obligación (en este último caso, estamos ante un plazo tácito, definido por el artículo 1494 como el indispensable para cumplir la obligación). Tienen este carácter,

por ejemplo, un contrato de compraventa en el que se pacta que el precio se pagará en cierto plazo; o un contrato de mutuo, en el que el mutuuario se obliga al servicio de la deuda en determinado número de cuotas; o el contrato de construcción, cuando un arquitecto se obliga a construir una casa y entregarla “*llave en mano*” en un cierto plazo, etc.

Los actos jurídicos de tracto sucesivo son aquellos que en el período de tiempo establecido por la ley o acordado por las partes, van renovando sus efectos. El contrato se cumple íntegramente, pero acto seguido se renuevan sus efectos. Ejemplos: contratos de arrendamiento o de sociedad. Estos contratos suelen llevar una cláusula en cuya virtud sus efectos se van renovando por períodos similares, salvo voluntad contraria de las partes. Cuando se verifica la renovación, se habla de “*tácita reconducción*”.

Los actos jurídicos de duración indefinida, suponen que el contrato se celebra sin pactar un plazo extintivo, y con la intención de que la relación jurídica permanezca en el tiempo. Asumen esta forma, en ocasiones, el contrato de sociedad, el contrato de arrendamiento o el contrato de trabajo (en este último caso, por el ministerio de la ley, después de operar la segunda renovación).

c) Actos jurídicos entre vivos y por causa de muerte.

Según se requiera o no la muerte de una persona para que produzcan sus efectos, los actos jurídicos reciben tal clasificación.

Los actos entre vivos, obviamente no requieren de la muerte de una de las partes para generar sus efectos.

Los actos por causa de muerte requieren, para su plena eficacia, la muerte del ejecutante. Por ejemplo: el testamento. El ejecutante o testador puede revocar libremente su testamento, puesto que no genera derechos adquiridos sino hasta su muerte (aunque la revocación sólo puede referirse a las disposiciones testamentarias –o sea a la disposición de los bienes-, pero no a las declaraciones testamentarias –por ejemplo, el reconocimiento de un hijo o de una deuda, los que subsisten a pesar de revocarse el testamento que las contiene); las donaciones revocables también se consolidan sólo después de la muerte del donante. El pacto de no disponer de la cuarta de mejoras, previsto en el artículo 1204 del Código Civil, producirá también sus efectos a la muerte de quien asumió la obligación de no hacer.

d) Actos jurídicos constitutivos, traslaticios y declarativos.

Reciben tal clasificación los actos jurídicos, atendiendo al efecto jurídico producido.

Actos jurídicos constitutivos son aquellos mediante los cuales se crea o constituye un derecho o situación jurídica. Ejemplo: los contratos.

Actos jurídicos traslaticios son aquellos mediante los cuales se transfiere un derecho ya existente. Ejemplo: cesión de un crédito (art. 1901).

Actos jurídicos declarativos son aquellos que tienen por objeto singularizar un derecho ya existente en el patrimonio de una persona. No hacen nacer un derecho o una situación jurídica nueva, sino que se limitan a reconocer un derecho o situación jurídica preexistente. Ejemplo: la transacción (artículo 703, último inciso); acto de partición, que pone término a una comunidad. Los bienes indivisos de que eran dueños los comuneros se adjudican a uno o algunos de ellos, pero sin que esto implique que opere una transferencia de dominio entre los comuneros; se reputa que éstos siempre han sido dueños de los bienes

que les fueron adjudicados al partirse la comunidad. En otras palabras, los títulos declarativos operan retroactivamente, de manera que por una ficción jurídica, se presume que el comunero adjudicatario es dueño exclusivo no desde la partición y subsecuente adjudicación, sino desde que se formó la comunidad (arts. 718, 1344 y 2417).

En el contexto de esta clasificación, debemos tener presente que el derecho real se articula en función de un título y de un modo. El título es el hecho o acto jurídico, que sirve de antecedente justificatorio del carácter de dueño de una determinada persona sobre una cosa. El modo de adquirir el dominio es aquel hecho o acto jurídico al que la ley le atribuye el mérito o eficacia de obtener un derecho real.

El art. 703 del CC. se refiere a las clases de título, aún cuando no precisa suficientemente los títulos declarativos, asimilándolos erróneamente a los títulos traslaticios.

e) Actos jurídicos puros y simples y actos jurídicos sujetos a modalidades.

Atendiendo a si los actos y contratos producen de inmediato sus efectos normales o si se insertan en ellos modalidades, se clasifican en la forma indicada.

Actos jurídicos puros y simples son aquellos que inmediatamente de celebrados hacen nacer un derecho, que puede ejercerse sin más dilación.

Actos jurídicos sujetos a modalidades son aquellos que están supeditados en sus efectos a cláusulas restrictivas.

Las modalidades son ciertas cláusulas particulares que pueden ser insertadas en los actos jurídicos para modificar sus efectos, desde el punto de vista de la existencia, ejercicio o extinción de los derechos y obligaciones derivados del acto jurídico.

Las modalidades más usuales son el plazo, la condición y el modo.

El plazo es un hecho futuro y cierto, del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho. La más importante clasificación de los plazos es aquella que distingue entre plazos suspensivos o extintivos, según si al cumplirse hacen exigible o extinguen un derecho. El plazo también podrá ser expreso o tácito; fatal o no fatal. El Código Civil define el plazo en el artículo 1494, señalando que *“es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación.”*

La condición es un hecho futuro e incierto, del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho. La más importante clasificación de las condiciones es aquella que distingue entre condición suspensiva y resolutoria, según si con su cumplimiento nace o se extingue un derecho. La condición resolutoria se subclasifica a su vez en condición resolutoria ordinaria (cuando la condición consiste en cualquier hecho distinto al incumplimiento del contrato), condición resolutoria tácita (consagrada en el art. 1489, y que va envuelta en todo contrato bilateral, consistiendo en este caso en el incumplimiento de lo pactado por uno de los contratantes, lo que da derecho al contratante cumplidor de sus obligaciones, para pedir la resolución del contrato y la indemnización respectiva) y pacto comisorio (condición resolutoria tácita expresada en el contrato, consistente en pactar que en el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, el contrato quedará resuelto). El pacto comisorio a su vez, puede ser simple o calificado. Será simple, aquél que corresponde a la definición de pacto comisorio que recién dimos (y que el Código Civil consigna en el artículo 1877). Será calificado, cuando a la definición del simple, agregamos las expresiones *ipso facto*, caso en el cual se aplicará el artículo 1879 del Código Civil.

El modo es una carga establecida en los actos jurídicos a título gratuito, con el propósito de limitar el derecho del adquirente (por ejemplo, se deja en legado una pinacoteca, con la obligación de darla en comodato al Museo de Bellas Artes, con el propósito de exponerla al público, con cierta periodicidad). La carga, entonces, se le impone al beneficiario de una liberalidad, y si bien no impide que adquiera su derecho, lo obliga a ejercerlo bajo ciertas circunstancias que normalmente no pesan sobre el propietario.

f) Actos o contratos nominados o típicos e innominados o atípicos.

Reciben tal clasificación, según estén o no configurados por la ley.

Los actos o contratos nominados o típicos son aquellos que están configurados o estructurados por la ley, determinando ésta sus caracteres.

Los actos innominados o atípicos no están configurados por la ley y van surgiendo como creación de los particulares, fruto de la autonomía de la voluntad y del principio de que en el derecho privado sólo no puede hacerse aquello expresamente prohibido por la ley. Ejemplos de contratos innominados o atípicos: leasing mobiliario (arrendamiento de cosas muebles con opción de compra); contrato de talaje (El contrato en virtud del cual una de las partes coloca animales a talaje en el fundo de la otra parte, modalidad de arrendamiento, pues se concede el goce de los pastos del fundo a fin de alimentar animales ajenos mediante la remuneración estipulada); contrato de opción (según Fueyo, es aquel que consiste en la oferta unilateral de contrato que formula una de las partes, de manera temporal, irrevocable y completa, en favor de la otra que de momento se limita a admitirla, reservándose libremente la facultad de aceptarla), etc.

g) Actos o contratos de administración y de disposición.

Se clasifican de tal forma atendiendo a la extensión de las facultades que conceden a las personas que actúan en interés de otras. Tales personas son los mandatarios, los tutores, los curadores, los albaceas, etc.

Actos de administración son aquellos que tienden a la conservación e incremento del patrimonio (arts. 391-393, respecto de los guardadores).

Actos de disposición son aquellos que permiten al titular disminuir el patrimonio o el conjunto de bienes que tiene a su cargo, mediante enajenaciones que escapan del giro ordinario de la administración (el administrador de un predio agrícola, podría por ejemplo enajenar los frutos o productos, pero no una parte del predio).

h) Actos o contratos verdaderos o simulados.

Según la sinceridad de los contratantes, se clasifican de tal forma.

Los actos o contratos verdaderos son aquellos que reflejan la verdadera voluntad de las partes.

Los actos o contratos simulados pueden implicar una hipótesis de simulación absoluta o relativa. Mediante la simulación absoluta, las partes fingen ejecutar o celebrar un acto o contrato, cuando en realidad no pretenden materializar ninguno (por ejemplo, el deudor que para evitar el embargo de sus bienes, simula vendérselos a un tercero). Mediante la simulación relativa, las partes simulan ejecutar o celebrar un acto o contrato

distinto al que verdaderamente están ejecutando o celebrando (por ejemplo, las partes simulan celebrar un contrato de compraventa, cuando en verdad hay una donación).

i) Actos causales y actos incausados o abstractos de causa.

Lo usual será que un acto o contrato tenga una causa, y que ésta sea además lícita. En tal sentido, el artículo 1445 establece: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: (...) 4º. Que tenga una causa lícita*”. A su vez, el artículo 1467 dispone que “*No puede haber obligación sin una causa real y lícita*”.

En ciertos casos, sin embargo, el acto puede carecer de causa, al menos en lo que respecta a la relación jurídica originada entre las partes. Se habla en tal caso de actos incausados o abstractos de causa. La causa que mueve a una de las partes ha de buscarse en las relaciones jurídicas existentes con terceras personas.

Analizaremos esta materia al tratar de la causa del acto jurídico.

j) Actos recepticios y no recepticios.

Se trata de una subclasificación de los actos jurídicos unilaterales. La palabra “*recepticio*” viene del latín “*receptio*”, que alude a la acción y efecto de recibir.

Actos jurídicos recepticios son aquellos en que la declaración de voluntad que encierran, para ser eficaz, debe dirigirse a un destinatario determinado, lo que supone comunicarse o notificarse a éste. Para que el acto sea eficaz, entonces, ha de ser recibido por su destinatario. Así, por ejemplo, la oferta hecha a una persona para celebrar un contrato o el desahucio de un contrato de arrendamiento, son actos recepticios, puesto que – como dice Von Thur- trascienden a la esfera jurídica de otra persona, siendo necesario, por tanto, que lleguen a conocimiento de ella, y para esto, lo menos que puede exigirse es que se le dirijan.¹⁶

Actos jurídicos no recepticios son aquellos en que la declaración de voluntad que encierran, es eficaz por el simple hecho de su emisión, sin que sea necesario comunicarla o notificarla a nadie. El acto será eficaz, entonces, sin que sea necesaria su recepción por un destinatario. Son actos de esta clase, por ejemplo, el testamento o la promesa pública de pagar una recompensa por el hallazgo de un objeto perdido o la aceptación de una letra de cambio. Estas declaraciones, dice Von Thur, se perfeccionan y producen efecto tan pronto como la decisión se toma, sin necesidad de que llegue a conocimiento de nadie. Así, en el caso del testamento, este acto produce efectos, una vez muerto el causante, aun cuando el heredero y demás interesados ignoren su existencia.¹⁷

III.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ACTO JURIDICO.

Teniendo como base lo dispuesto en el art. 1444 del CC., distinguimos tres clases de elementos que pueden concurrir en los actos jurídicos:

- a) Elementos o cosas que son esenciales;
- b) Elementos o cosas de la naturaleza; y
- c) Elementos o cosas accidentales.

¹⁶ Vodanovic H., Antonio, ob. cit., pp. 172 y 173.

¹⁷ Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 173.

a) Elementos o cosas que son esenciales.

Son aquellos sin los cuales, el acto jurídico no produce efecto alguno o degenera en otro acto diferente. En otras palabras, de faltar, no nace el acto jurídico o muda en otro diferente al inicialmente propuesto.

Distinguimos dos tipos de elementos esenciales:

1º Elementos de la esencia generales o comunes a todo acto jurídico: son los requisitos de existencia (salvo en lo que respecta a las solemnidades, que se exigen en determinados actos jurídicos) y de validez de todo acto jurídico.

2º Elementos de la esencia especiales o particulares, de determinado acto jurídico: son aquellos que permiten singularizar un determinado acto jurídico, atendida su naturaleza o estructura. Así, por ejemplo:

- En el contrato de compraventa: la cosa; el precio (este último debe pactarse en una suma de dinero; si se pacta que el precio se pagará parte en una suma de dinero y parte en especies y éstas últimas valen más que el dinero, el contrato será de permuta y no de compraventa).
- En el contrato de comodato: gratuidad (si hay precio, estaremos ante un contrato de arrendamiento).
- En el contrato de sociedad: “*animo societario*”, obligación de aporte, participación en las utilidades y contribución a las pérdidas.
- En el usufructo, el plazo.
- En el contrato de transacción: la existencia de un derecho dudoso o discutido y las concesiones recíprocas de las partes.

b) Elementos o cosas de la naturaleza.

Son aquellos que no siendo esenciales en un acto jurídico, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial. Están señalados en la ley. En otras palabras, si las partes desean excluir estos elementos, deben pactarlo en forma expresa.

Ejemplos: saneamiento de la evicción o de los vicios redhibitorios en la compraventa; facultad de delegación en el mandato; en el mismo contrato, la remuneración u honorario a que tiene derecho el mandatario; la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales.

Los elementos de la naturaleza miran al estatuto normal de un acto jurídico, vale decir, a los derechos y obligaciones “*tipo*”. A diferencia de los elementos esenciales, que son de orden público, los elementos de la naturaleza son de orden privado y pueden ser modificados o excluidos por las partes, en una determinada relación jurídica.

c) Elementos o cosas accidentales.

Son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen al acto jurídico, pero que pueden agregarse en virtud de una cláusula especial que así lo estipule.

Ejemplo: las modalidades, como el plazo, la condición o el modo.

En realidad, los únicos elementos verdaderamente constitutivos del acto jurídico son los esenciales; los de la naturaleza no forman parte de la estructura básica del acto jurídico, sino que dicen relación con sus efectos; por su parte, los elementos accidentales no son requisitos del acto jurídico, sino de su eficacia, dado que a ellos puede subordinarse la producción de los efectos del acto jurídico.

IV.- REQUISITOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DE LOS ACTOS JURIDICOS.

1.-) Concepto.

Son requisitos de existencia del acto jurídico aquellos sin los cuales no puede formarse, no puede nacer a la vida del derecho.

Son requisitos de validez aquellos que posibilitan que el acto jurídico nazca perfecto a la vida del derecho. Si bien su no concurrencia no afecta la existencia misma del acto jurídico, éste adolecerá de un vicio que lo hará susceptible de ser anulado.

2.-) Enumeración.

a) Requisitos de existencia:

- a.1) La voluntad.
- a.2) El objeto.
- a.3) La causa.
- a.4) Las solemnidades, en aquellos actos en que la ley las exige.

b) Requisitos de validez:

- b.1) Voluntad exenta de vicios.
- b.2) Capacidad.
- b.3) Objeto lícito.
- b.4) Causa lícita.

3.-) La voluntad.

a) **Concepto.**

En términos generales, la voluntad es la actitud o disposición moral para querer algo. Es la intención decidida de hacer o no hacer algo.

En los actos jurídicos unilaterales, se habla propiamente de “*voluntad*”, mientras que en los actos jurídicos bilaterales ésta toma el nombre de “*consentimiento*”, que es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico.

b) **Requisitos.**

Para que la voluntad sea considerada por el Derecho, es preciso que sea seria y que se exteriorice o manifieste.

b.1) Seriedad de la voluntad: la voluntad es seria cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico; es decir, en el sentido de perseguir efectivamente un fin reconocido o tutelado por el derecho.

b.2) Manifestación de la voluntad: mientras permanece en el fuero interno del individuo, mientras no trasciende su persona, la voluntad resulta indiferente para el Derecho. Para que se la considere, debe proyectarse externamente, debe manifestarse. Diversas formas puede asumir esta manifestación: expresa, tácita, presunta o incluso puede deducirse del silencio del individuo.

* La voluntad se manifiesta de manera expresa cuando el contenido de nuestro propósito es revelado explícita y directamente, sin la ayuda de circunstancias concurrentes. Por ejemplo, la suscripción de un instrumento público o privado que da cuenta de la celebración de un contrato.

Hay ciertos casos en que la ley exige, excepcionalmente, una manifestación expresa de voluntad:

1° Art. 1511, 3°: la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley; no hay solidaridad tácita del deudor.

2° Art. 1946, contrato de arrendamiento: para ceder o subarrendar, se requiere una facultad expresa (inversa es la solución en el marco de la Ley número 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, en el caso de inmuebles destinados a la habitación con plazo fijo superior a un año: en ella, conforme al artículo 5°, el arrendatario siempre podrá subarrendar, salvo cláusula expresa que se lo prohíba; en este último caso, el arrendatario podrá poner término anticipado al contrato sin la obligación de pagar la renta por el período que falte).

3° Art. 1060, en lo relativo a la manifestación de voluntad del testador;

4° Art. 1023, relativo al testamento cerrado: se exige una declaración de viva voz del testador, para que todos oigan, vean y entiendan que en la escritura presentada por el testador, se contiene su testamento.

5° Artículo 1635, para que opere novación por cambio de deudor, debe mediar voluntad expresa del acreedor.

6° Artículo 1642, para que opere la reserva de las cauciones, se requiere que así lo convengan expresamente acreedor y deudor.

7° Artículo 2347, la constitución de la fianza supone una voluntad expresa.

8° Artículo 1733, el ánimo de subrogar un inmueble por otro inmueble o un inmueble por valores, ha de ser expreso.

9° Artículo 1547, para que el deudor tome a su cargo el caso fortuito o la fuerza mayor.

10° Artículo 1517, respecto de la renuncia de la solidaridad hecha por el acreedor, cuando se trata del pago de pensiones periódicas futuras (en cambio, puede ser también tácita la renuncia, cuando se trata de pensiones periódicas ya devengadas, o sea, que ya se hicieron exigibles pero aún no se han pagado).

11° Artículo 18 Ley de Matrimonio Civil: para contraer matrimonio ante el Oficial del Registro Civil, los contrayentes deben declararlo expresamente. Lo mismo acontece con aquél celebrado ante un ministro de culto de una entidad religiosa de derecho público.

Las partes pueden convenir también que para ciertos actos, se requiera una declaración explícita de voluntad.

* La voluntad es tácita cuando el contenido de nuestro propósito no es revelado directa ni explícitamente, sino que se deduce de ciertas circunstancias concurrentes, por la realización

de ciertas conductas o hechos que trasuntan una intención de ejecutar o celebrar un acto jurídico. En este caso, deben concurrir tres requisitos:

1° El hecho que supone la manifestación de la voluntad debe ser concluyente (por ejemplo, art. 1241, aceptación de una herencia).

2° El hecho debe ser inequívoco: es decir, que no pueda ser interpretado de manera diferente (por ejemplo, el mismo art. 1241; o artículo 1956, en el contrato de arrendamiento de un inmueble, cuando opera la “*tácita reconducción*”).

3° Que sea incompatible con una voluntad contraria (por ejemplo, arts. 1654, remisión tácita de la deuda; 2124, aceptación tácita del mandato; 2164, cuando estamos ante la revocación tácita de un mandato; o artículo 1516, a propósito de la renuncia a la solidaridad hecha por el acreedor).

Podríamos afirmar que la voluntad tácita, se deduce **de un hacer algo**, de la ejecución de un hecho, que presupone una determinada voluntad.

* Voluntad presunta: sería la que la ley deduce o presume de ciertos hechos; una determinada conducta del sujeto se considera en ciertos casos por la ley como una declaración de voluntad en determinado sentido. No se manifiesta la voluntad pero la ley la da por manifestada. La ley, la convención o el juez, establecen ciertas circunstancias bajo las cuales la inactividad de la persona, determina la manifestación de voluntad. A diferencia de la voluntad tácita, en la presunta dicha voluntad se deduce **de un no hacer algo**, de abstenerse de ejecutar cierto hecho o acto. Ejemplos:

1° Art. 1767 (el no hacer nada, presume que la mujer no renuncia a los gananciales);

2° Art. 1233 (en la sucesión por causa muerte, el asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia una herencia o legado, se entenderá que repudia);

3° Art. 898, 2° (el reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación);

4° Artículo 666 (en la accesión de mueble a inmueble, dispone el Código que el que haya tenido conocimiento del uso que de una materia suya se hacía por otra persona, se presumirá haberlo consentido y sólo tendrá derecho a su valor);

5° Artículo 1718, en la sociedad conyugal (a falta de pacto en contrario se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal).

6° Artículo 135, inciso 2°, respecto de quienes han contraído matrimonio en el extranjero, presumiéndose que están separados totalmente de bienes, a menos que al inscribirlo en Chile, pacten sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales.

* El silencio como manifestación de voluntad: por regla general, el silencio no constituye manifestación de voluntad, dado que no implica en sí afirmación o negación. Lo único que se exterioriza es la voluntad de guardar silencio. Excepcionalmente, el Derecho considera al silencio como manifestación de la voluntad. Desde luego, cada vez que la ley dispone algo, salvo estipulación en contrario, el silencio de las partes envuelve aceptación de la regla legal: arts. 2125 (en el mandato, el silencio se mirará como aceptación, cuando aquellas personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, nada responden ante el encargo que una persona ausente les hace); y 2195 (caso del precario, esto es, la tenencia de una cosa, por ignorancia o mera tolerancia del dueño. El silencio del dueño, hace presumir que éste consiente que un tercero detente la cosa sin título alguno, lo que por cierto, no impide al dueño reclamarla en cualquier momento).

Pero fuera de los casos contemplados en la ley, el silencio, según la opinión general, constituye una manifestación de voluntad cuando va acompañado de otras circunstancias

que permitan considerarlo, sin ambigüedades, como la expresión de la voluntad de una persona. Esto es lo que se llama el silencio circunstanciado.

Así, la existencia entre las partes de relaciones o negocios anteriores o de un contrato que está en ejecución es considerada por la jurisprudencia francesa como una circunstancia que autoriza para interpretar como aceptación el silencio del destinatario hacia su cliente habitual que le pide o le envía mercaderías o le hace un encargo comprendido en esas relaciones.

El silencio importa igualmente manifestación de voluntad si así lo han convenido las partes. Por ejemplo, en los contratos de sociedad o de arrendamiento, cuando se estipula prórroga de la vigencia de los contratos, por períodos sucesivos, si ninguna de las partes manifiesta lo contrario.

En resumen, en materia contractual el silencio importa manifestación de voluntad:

1º Cuando la ley le confiere tal efecto, expresamente;

2º Cuando las partes así lo han convenido; y

3º Cuando las circunstancias que acompañan al silencio permiten atribuirle el carácter de manifestación de voluntad.

El silencio es también fuente de obligaciones cuando se ha abusado de él por dolo o culpa y este abuso ocasiona un daño a terceros. Pero en este caso, la responsabilidad de su autor será extracontractual y quedará regida por las normas contempladas en los arts. 2314 y siguientes.

Finalmente, puede enunciarse la siguiente fórmula general en esta materia: el silencio produce efectos jurídicos cuando quien calla pudiendo y debiendo hablar no lo hace. En este caso, se entiende que consiente la persona que guarda silencio.

c) Caracteres necesarios para la eficacia jurídica de la voluntad.

Para la completa eficacia jurídica de la voluntad se requiere que reúna dos caracteres: que sea consciente y que no esté viciada.

Puede haber ausencia total de voluntad o puede existir voluntad, pero adolecer de vicios. En el primer caso, el acto no tendrá trascendencia jurídica, no existirá dentro del mundo del Derecho; en el segundo caso, el acto producirá efectos jurídicos, pero será susceptible de anularse, salvo que se sanee en los plazos legales.

d) La voluntad en los actos jurídicos bilaterales: la formación del consentimiento.

d.1) Concepto de consentimiento.

Viene del latín “*consentire*” y de dos expresiones, “*cum*” (compañía) y “*sentire*”, sentir. Da la idea por ende de querer dos o más personas la misma cosa, de ponerse de acuerdo acerca de cierto punto.

d.2) Regulación de la formación del consentimiento en nuestra legislación.

El CC. no se refiere a ella, aludiendo al consentimiento partiendo de la base de que está ya formado. El C. de Comercio en cambio, en sus arts. 97 a 108, regula detalladamente la materia. Dichas normas se aplican también al Derecho Civil, a pesar de estar contenidas en un Código especial, porque son por su naturaleza generales y deben por tanto tener una aplicación general. Por lo demás, en el mismo Mensaje con que el ejecutivo presentó el proyecto de C. de Comercio al Congreso, se dice que en lo relativo a la formación del

consentimiento, el C. de Comercio viene a llenar “*un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil*”.

d.3) Actos necesarios para la formación del consentimiento: la oferta y la aceptación.

d.3.1) La oferta.

* Concepto: es un acto jurídico unilateral, por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales que para que quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte.

La persona que hace la oferta recibe el nombre de oferente o proponente o policitante.

* Clases de oferta: la oferta puede ser:

+ verbal o escrita;

+ expresa o tácita; la oferta expresa es la que explícita y directamente revela el deseo de contratar; la oferta tácita es la que revela este deseo indirecta pero inequívocamente por la concurrencia de ciertas circunstancias (por ejemplo, el comerciante que exhibe mercaderías o bienes en su tienda);

+ a persona determinada o indeterminada: se hace la oferta a persona determinada cuando se dirige a un sujeto individualizado, sea o no conocido del oferente; se hace a persona indeterminada cuando va dirigida al público en general y no a una persona en particular, y el que la acepte tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, avisos en los diarios, prospectos, etc.)

+ Completas e incompletas o impropias: las ofertas completas, son aquellas que determinan adecuadamente todos los aspectos del contrato propuesto. Las ofertas incompletas, es decir, aquellas que no especifican todas las condiciones del contrato propuesto, no son propiamente ofertas. Constituyen tan solo invitaciones a formular ofertas o meras informaciones destinadas a orientar a los interesados y a provocar de su parte eventuales propuestas. A estas ofertas impropias se refiere el art. 105 del C. de Comercio.

• Requisitos de la oferta: de lo expuesto, se desprende que la oferta debe reunir los siguientes requisitos:

+ debe formularse por una persona capaz;

+ debe hacerse con la intención de producir un vínculo jurídico;

+ debe exteriorizarse;

+ debe ser completa;

+ debe ser voluntaria;

+ debe estar exenta de vicios; y

+ debe ser dirigida a un destinatario y comunicarse a éste.

d.3.2) La aceptación.

* Concepto: es un acto jurídico unilateral por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella. La persona que acepta la oferta se llama aceptante.

* Clases de aceptación:

+ Verbal o escrita:

+ Expresa o tácita: la aceptación será tácita, por ejemplo, cuando el aceptante realiza un acto relacionado con un encargo que se ha hecho, y que importa aceptar el contrato de mandato (art. 2124, 2º); o cuando se recibe por parte del arrendador, con posterioridad al término del contrato de arrendamiento, la renta correspondiente a cualquier período

posterior a dicho término, aceptando tácitamente con ello la renovación del contrato respectivo (tácita reconducción, artículo 1956, inciso 3° del Código Civil). La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa (art. 103 del C. de Comercio).

+ Pura y simple o condicional: es pura y simple la aceptación, cuando implica adhesión a la oferta en los mismos términos en que ésta fue formulada. Es condicional, cuando contiene reservas o modificaciones que alteran los términos de la oferta, es decir, cuando no hay concordancia absoluta entre oferta y aceptación. La aceptación condicional importa una nueva oferta (art. 102 del C. de Comercio). Si el oferente acepta las modificaciones, pasa a ser aceptante de la oferta modificada y la persona que aceptó condicionalmente queda como nuevo oferente.

* Requisitos que debe reunir la aceptación para que se forme el consentimiento:

1° La aceptación debe darse mientras la oferta esté vigente.

2° La aceptación debe ser oportuna.

3° La aceptación debe ser pura y simple.

Nos referiremos a continuación a tales requisitos:

1° La aceptación debe darse mientras la oferta esté vigente.

La oferta puede dejar de estar vigente por dos causas: por la retractación y por la caducidad.

Hay retractación cuando el oferente revoca o deja sin efecto la oferta. Hay caducidad cuando el proponente muere o se incapacita legalmente. Tanto una como otra impiden la formación del contrato, si se producen antes que se manifieste la aceptación, conforme al art. 101 del C. de Comercio.

En este punto, nuestra legislación sigue la doctrina clásica, en virtud de la cual el oferente no queda ligado por su oferta, salvo cuando expresamente ha fijado un plazo de espera. El mismo principio queda de manifiesto en el art. 99 del C. de Comercio, al expresar que el oferente puede arrepentirse en el tiempo que media entre la formulación o envío de la propuesta y la aceptación. Cuando tal acontece, se habla de retractación tempestiva, o sea, dentro de tiempo.

- **Responsabilidad del oferente:** pero no obstante ser tempestiva la retractación, puede originar indemnizaciones en favor del destinatario de la oferta. En efecto, el derecho discrecional que da nuestra ley al oferente para retractarse de la oferta en cualquier momento antes de ser aceptada, puede causar perjuicios al destinatario, quien pudiera haber adoptado algunas medidas, creyendo que el contrato se celebraría. En este caso, aún cuando la retractación haya sido tempestiva u oportuna (entendiendo por tal la que se realiza después de emitida la oferta y antes de ser dada la aceptación), la ley impone al oferente la obligación de indemnizar los gastos que hubiere hecho el destinatario, así como también los daños o perjuicios que éste hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente puede exonerarse de la obligación de indemnizar, arrepintiéndose de la retractación y cumpliendo el contrato propuesto (art. 100 del C. de Comercio).

Para algunos, el fundamento de esta obligación del proponente emanaría del abuso del derecho (Alessandri). En efecto, el proponente está facultado para retractarse, pero no puede originar daños al patrimonio ajeno; en caso contrario, habría un abuso del derecho y procede indemnizar los perjuicios. Para otros, se trataría de un caso de responsabilidad precontractual.

- **Oferta que por sí sola obliga:** hay en nuestra legislación casos excepcionales en que por una declaración unilateral de voluntad, una persona resulta obligada. En el ámbito de la formación del consentimiento, el proponente, por obra de su sola voluntad, no puede retractarse de su oferta por cierto tiempo, aun cuando no haya sido aceptada. La regla general es que el proponente pueda arrepentirse entre la formulación de la propuesta y la aceptación. Pero no puede hacerlo si al formular la oferta, se hubiere comprometido a esperar una contestación o a no disponer de la cosa objeto del contrato propuesto, sino después de desechada la oferta por el destinatario o de transcurrido un determinado plazo (art. 99 del C. de Comercio).

Este es un caso de declaración unilateral de voluntad. El proponente queda obligado, por obra de su sola voluntad, ya que el destinatario nada ha manifestado todavía.

Surgen en este caso las siguientes interrogantes: ¿Qué ocurre si el oferente muere o se incapacita legalmente? ¿Están obligados sus representantes o herederos a celebrar el contrato? Para Alessandri, la respuesta es negativa, porque el art. 99 del C. de Comercio es de carácter excepcional y por lo tanto su interpretación debe ser restrictiva. Así, en los casos de muerte o incapacitación del proponente (que son los casos de caducidad de la oferta), el contrato no se celebrará aunque la oferta hubiere sido formulada obligándose a esperar un plazo para la aceptación. Y en estas hipótesis, la no formación del consentimiento no trae responsabilidad alguna para el oferente incapacitado o para sus herederos, pues el único caso contemplado por la ley en que el oferente responde de los gastos o perjuicios causados al destinatario, es el del art. 100 del C. de Comercio. Para otros, sin embargo, la obligación de no retractarse, como toda obligación que no es personalísima, pasa a los herederos del oferente y subsiste mientras el plazo esté pendiente; los partidarios de esta segunda doctrina agregan en abono de la misma que la norma que establece la caducidad de la oferta por muerte del proponente antes de la aceptación del destinatario (art. 101 del C. de Comercio), debe interpretarse en armonía con la norma que reconoce el nacimiento de la obligación de no retractarse cuando se ha fijado un plazo por el proponente para celebrar el contrato (artículo 99 del C de Comercio).

2° La aceptación debe ser oportuna.

La aceptación, para generar el contrato, debe ser también oportuna. Y lo es, en términos generales, cuando se da dentro del plazo legal o voluntario señalado por el proponente.

Los plazos legales para que la aceptación sea oportuna varían, según la propuesta sea verbal o escrita.

Si la oferta es verbal, la aceptación ha de darse en el acto de conocerse la oferta (art. 97 del C. de Comercio).

Si la oferta es escrita, deberá aceptarse dentro de 24 horas, si el destinatario reside en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviese en otro diverso (art. 98 del C. de Comercio). “*A vuelta de correo*”, según el Diccionario de la Real Academia, significa “*por el correo inmediato, sin perder día*”.

Vencidos los plazos, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada (art. 98 del C. de Comercio).

Si la oferta, verbal o escrita, se ha formulado por un plazo, la aceptación es oportuna si se da dentro del término señalado por el oferente.

Si la aceptación se da oportunamente, dentro de los plazos señalados, el contrato nace, aunque la aceptación llegue a conocimiento del proponente después del vencimiento

del plazo. Los plazos que fija la ley no son para que el oferente tenga conocimiento de la aceptación, sino para que ésta se de. El art. 101 del C. de Comercio señala que el contrato se forma cuando se da la aceptación y no cuando ésta llega al conocimiento del proponente. En el mismo sentido, los arts. 97 y 98 se refieren al otorgamiento de la aceptación y no al conocimiento de ella por el proponente. En tal sentido, una sentencia ha establecido que corresponde al aceptante probar la emisión de la aceptación y la llegada de ésta a poder del oferente. En otro fallo, de la Corte Suprema, se concluye que salvo prueba en contrario, la aceptación se estima oportuna, y al proponente corresponde probar que la aceptación es extemporánea.

La aceptación inoportuna, extemporánea, es ineficaz, no tiene la virtud de generar el contrato. Pero a pesar de tal ineficacia, la aceptación extemporánea tiene efectos: la ley impone al oferente una obligación, por razones de equidad; consiste en dar al aceptante pronto aviso de la retractación que ha operado (art. 98, inciso final del C. de Comercio). Como se estima que la aceptación extemporánea es una nueva oferta, hay acuerdo en la doctrina para considerar que este “*pronto aviso*” debe darse en los mismos plazos para otorgar la aceptación. Cabe precisar eso sí que el oferente no tiene la obligación anterior, cuando señaló plazo para aceptar.

3° La aceptación debe ser pura y simple.

Para que se genere el consentimiento, el destinatario de la oferta debe aceptarla en todos sus puntos y en forma absoluta. En caso contrario, el consentimiento no se formará. Si el destinatario modifica la oferta, hay en realidad una nueva proposición (arts. 101 y 102 del C. de comercio).

e) Momento y lugar de la formación del consentimiento.

e.1) Determinación del momento en que se forma el consentimiento.

* **Cabe distinguir respecto a los contratos entre presentes y entre ausentes.** Dos criterios se han planteado para caracterizarlos: uno atiende a si ambas partes se encuentran reunidas en el mismo lugar; y el otro a si la aceptación puede o no ser conocida por el oferente inmediatamente de ser emitida por el destinatario.

De acuerdo a los que atienden al primer punto de vista, contratos entre presentes son los que se celebran entre personas que se encuentran reunidas en un mismo lugar, que están una frente a la otra; y contratos entre ausentes los que se celebran entre personas que se encuentran en distintos lugares. Somarriva sigue esta concepción.

Conforme al segundo criterio, contratos entre presentes son aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte inmediatamente, al tiempo de ser emitida, y contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo de ser formulada. Alessandri sigue esta concepción.

Prácticamente todos los contratos pueden celebrarse entre ausentes. Excepcionalmente, el matrimonio exige que los contrayentes estén presentes ante el Oficial del Registro Civil o ante un ministro de culto, sea personalmente, sea a través de mandatarios.

* **Momento en que se forma el consentimiento en los contratos entre presentes.**

En este caso, no hay problema alguno para determinar el momento: el consentimiento se forma cuando se da la aceptación, puesto que ambas partes se encuentran frente a frente o en comunicación directa (art. 97 del C. de Comercio).

* **Momento en que se forma el consentimiento en los contratos entre ausentes.**

En el Derecho comparado, es posible apreciar diferentes teorías que se han formulado, dado que no todas las legislaciones contemplan una solución expresa, como sí lo hace nuestro C. de Comercio. Cuatro teorías se han formulado:

+ **Teoría de la declaración o aceptación:** se afirma que el consentimiento se forma desde el momento en que el destinatario de la oferta da su aceptación, aunque ésta no sea conocida por el oferente. Y ello, porque el consentimiento no se produce por el conocimiento recíproco de las voluntades de los declarantes, sino por el simple acuerdo de las voluntades exteriorizadas o manifestadas.

+ **Teoría de la expedición:** los partidarios de esta teoría exigen cierta seguridad de irrevocabilidad de la declaración de aceptación; su expedición o envío señala el momento en que el consentimiento se forma.

+ **Teoría de la recepción:** en el marco de esta teoría, el consentimiento se forma cuando la aceptación ha llegado a su destino, sin que importe si el proponente tomó conocimiento de ella, pues lo lógico es que lea la correspondencia una vez recibida.

+ **Teoría de la información o del conocimiento:** para esta teoría, el consentimiento existe sólo cuando el proponente ha recibido la aceptación y ha tomado conocimiento real y efectivo de ella.

La legislación chilena acoge la teoría de la declaración o aceptación: dada la aceptación, el acto queda perfecto, aunque aquella sea ignorada por el proponente; así lo prueban varias disposiciones:

+ El art. 99 del C. de Comercio: dispone que el proponente puede arrepentirse en el tiempo que media entre el envío de la propuesta y la aceptación (y no dice entre el envío de la oferta y el envío de la aceptación, como diría el artículo si se hubiera pronunciado por la teoría de la expedición; ni tampoco dice entre el envío de la oferta y la recepción o conocimiento de la aceptación, como diría si se hubiere inclinado por las teorías homónimas).

+ El art. 101 del C. de Comercio corrobora lo anterior: queda en claro que basta manifestar la voluntad de aceptar (“*Dada la contestación...*”); asimismo, la retractación y la caducidad deben concurrir antes de darse la aceptación (y no antes de enviarse ésta, como se diría si se siguiese la teoría de la expedición).

+ El art. 104 del C. de Comercio: se entiende que en la residencia del que acepta, se dio la aceptación y perfeccionó el consentimiento.

Cabe señalar que en Chile, habiendo disposiciones expresas que establecen el momento y el lugar en que el contrato se ha perfeccionado, determinar ese momento y lugar es una cuestión de derecho. De tal forma, si los tribunales establecen que un contrato no se ha celebrado en el momento y en el lugar que indica la ley, sino en otro diverso, sin que las partes así lo hayan convenido, infringen la ley y dan base a un recurso de casación.

* **Excepciones a la regla general sobre el momento en que se perfecciona el contrato:** la norma del art. 101 del C. de comercio no es de orden público; por tanto, las partes pueden convenir que el contrato se perfeccione en un momento distinto del señalado por la ley.

También constituyen excepción los siguientes contratos, por expresa disposición de la ley:

+ Contratos reales: se entienden celebrados en el momento de la entrega o tradición de la cosa;

+ Contratos solemnes: se entienden celebrados en el momento en que se cumple la solemnidad.

+ Tratándose de las donaciones irrevocables, el CC., en el art. 1412, sigue la teoría del conocimiento.

En consecuencia, la regla general del art. 101 del C. de Comercio se aplica exclusivamente a los contratos consensuales.

* **Importancia práctica de la determinación del momento en que se forma el consentimiento:**

1º Las condiciones o requisitos de existencia y de validez del contrato, y especialmente la capacidad, deben apreciarse al tiempo de la formación del consentimiento.

2º Conforme al art. 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, se entienden incorporadas al contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

3º La formación del consentimiento pone fin al derecho de revocar la oferta.

4º Para algunos autores, determina si hubo o no objeto lícito. Así, en el contrato de compraventa, habría objeto ilícito si el bien sobre el cual recayó el contrato había sido embargado previamente (art. 1464 N° 3 del CC). En nuestra opinión, siguiendo a Eugenio Velasco, no habría tal objeto ilícito, pues el art. 1464 se refiere a la “*enajenación*” y no a la venta.

5º La formación del consentimiento fija el punto de partida de la prescripción o la caducidad de ciertas acciones: por ejemplo, art. 1896 del CC, respecto de la acción originada por la lesión enorme; artículo 1880, respecto de la acción resolutoria emanada del pacto comisorio; artículo 1885, acción que emana del pacto de retroventa; artículo 2468, acción pauliana o revocatoria.

6º Las obligaciones de las partes contratantes, deben cumplirse inmediatamente después de perfeccionado el contrato, a menos que estipularen otra cosa (así, por ejemplo, artículo 1826 del Código Civil, a propósito del contrato de compraventa).

e) **Lugar en que se perfecciona el consentimiento.**

* **Importancia práctica:**

1º Fija la competencia de los tribunales.

2º Determina la legislación de qué país es aplicable (esto, para el caso de que los contratantes residan en distintos países y se plantee una discusión acerca de qué legislación debe aplicarse para resolver el diferendo).

3º En los casos en que la voluntad de las partes puede interpretarse por los usos o la costumbre, el lugar del perfeccionamiento del contrato es el que señala el uso o la costumbre que tiene cabida, ya que uno y otra pueden variar de uno a otro país e incluso de una a otra región de un mismo país (arts. 1546, 1563 y 1564 del CC.)

* **El problema del lugar en que se perfecciona el consentimiento**, surge en los contratos entre ausentes (llamados también por correspondencia) y cuando las partes nada han dispuesto. Al respecto, se han formulado en el Derecho comparado las mismas teorías que se refieren al momento en que se perfecciona el consentimiento. En todo caso, el C. de Comercio, en su art. 104, se inclina por la teoría de la declaración o aceptación.

f) **Contratos celebrados mediante intermediarios.**

Pueden darse dos hipótesis:

f.1) Si los intermediarios son representantes de las partes, es como si éstas celebraran el contrato (art. 1448 del CC).

f.2) Si el intermediario no inviste la representación de las partes, se aplicará el art. 106 del C. de Comercio, que dispone que el contrato propuesto por el intermedio de corredor se

tendrá por perfecto desde el momento en que los interesados aceptaren pura y simplemente la propuesta.

g) **Los contratos de adhesión.**

Normalmente, en el proceso de formación del consentimiento, cada parte contribuye a fijar las reglas del contrato, discutiendo las condiciones propuestas por la otra. Pero hay contratos en los cuales no hay margen para discusión alguna, pues una de las partes, el oferente, fija de antemano todas las condiciones del contrato; la otra parte sólo puede adherir a ellas o rechazarlas en bloque.

Cuando las partes tienen la oportunidad de intercambiar puntos de vista acerca del contenido de las cláusulas del contrato, se habla de contratos de libre discusión. Cuando no existe tal posibilidad, nos encontramos ante contratos de adhesión. Las principales características de éstos últimos son:

1º Se trata de contratos estrictos o rígidos, en el sentido que el adherente nada puede cambiar, se encuentra ante un “*contrato-tipo*”.

2º Son generales o impersonales, van dirigidos al público en general.

3º La oferta se formula por un determinado plazo, usualmente prolongado.

Nuestro Código Civil no reglamenta los contratos de adhesión, pero cada día han ido cobrando mayor fuerza. Por ejemplo: los contratos suscritos con Isapres, Administradoras de Fondos de Pensiones, compañías de seguros, de cuenta corriente bancaria, de líneas de crédito bancarias o abiertas en casas comerciales, etc. Responden estos contratos a la masificación de dichas relaciones jurídicas, a la exigencia de una rápida conclusión y a la necesidad de unificar relaciones semejantes.

En parte como un modo de impedir o al menos morigerar la eventual inequidad que supone para una de las partes el contrato de adhesión, se promulgó la Ley número 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. En el marco de esta ley, se define el contrato de adhesión como aquél cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.-

4.-) Los vicios de la voluntad.

Señala el art. 1451 del CC. que los vicios de que puede adolecer la voluntad o el consentimiento, son el error, la fuerza y el dolo.

En determinados casos, según algunos autores, puede agregarse la lesión.

No obstante que el art. 1451 se refiere a los vicios del “*consentimiento*”, debemos entender que son vicios de la voluntad y en consecuencia pueden presentarse en actos jurídicos unilaterales o bilaterales.

4.1.) El error.

a) Concepto.

Se define como el concepto equivocado o la ignorancia que se tiene de la ley, de una persona, de un hecho o una cosa.

Aún cuando no son lo mismo, nuestro Derecho equipara al ignorante con el que incurre en error. En sentido estricto, el primero no conoce algo; el segundo, lo conoce mal.

b) Clasificación.

b.1) Se distingue en primer lugar entre error de derecho y error de hecho.

El error de hecho es la ignorancia o concepto equivocado que se tiene de una persona, de una cosa o de un hecho.

El error de derecho es la ignorancia o el concepto equivocado que se tiene de una ley o en general de un precepto jurídico.

Dispone el art. 1452 del Código Civil que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Este precepto debemos armonizarlo con los arts. 8° y 706, inciso 4°.

El art. 1452 es una consecuencia del art. 8°. De tal forma, quien ha contratado teniendo un concepto equivocado de la ley o ignorando una disposición legal, no puede alegar este error para excusarse de cumplir sus obligaciones por tal causa.

A su vez, el inciso 4° del art. 706 dispone que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario (presunción de derecho en consecuencia, art. 47 último inciso).

En algunos casos, sin embargo, el error de derecho vicia el consentimiento o puede invocarse, como acontece por ejemplo:

- En los arts. 2297 y 2299, acerca del cuasicontrato del pago de lo no debido, que contemplan casos en los cuales quién pagó una suma de dinero o entregó una cosa a otro creyendo que estaba legalmente obligado a ello, puede solicitar la repetición (o sea, la devolución) de lo que pagó o entregó, amparándose incluso en el error de derecho.
- Lo mismo ocurre tratándose del artículo 1683 del Código Civil: el precepto admite un error de derecho, pues quien contrató ignorando que el contrato adolecía de nulidad (o sea, incurriendo en un error de derecho), podrá demandar la nulidad del mismo. Este precepto establece que puede alegarse la nulidad absoluta por todo el que tiene interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Así, si la persona no tuvo conocimiento de la ley en virtud de la cual el acto o contrato es considerado nulo, le es permitido invocar la nulidad de dicho acto jurídico.
- También creemos que existe otro caso en que se tolera el error de derecho en el artículo 972, referido a la incapacidad para suceder que afecta a la persona que “*a sabiendas de la incapacidad*”, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz para suceder al causante. Si la promesa se hizo desconociendo la ley el que prometió, no operaría en su perjuicio la causal de incapacidad.

De cualquier forma, tanto en el caso del pago de lo debido como en la hipótesis de la nulidad, el Código admite alegar error de derecho no para eludir su cumplimiento, sino, por el contrario, para que se restablezca el imperio del Derecho.

b.2) Clases de error de hecho y sus efectos: arts. 1453 a 1455.

1° Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra.

2° Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata.

3° Cuando la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree.

4° Cuando recae sobre una cualidad accidental de una cosa, y esa cualidad ha sido el principal motivo de una de las partes para contratar y ha sido conocido de la otra parte.

5° Cuando la consideración de la persona con quien se ha contratado, ha sido la causa principal del contrato.

Las dos primeras hipótesis contempladas en el art. 1453, suelen calificarse por algunos autores como casos de **error esencial** o **error-obstáculo**. En ellos, se afirma que más que un vicio de la voluntad, habría ausencia de voluntad, puesto que las personas incurren en un error de tal magnitud que no pueden generar un acto jurídico. El error esencial impide el acuerdo de voluntades. Por ende, a juicio de algunos, el error esencial no produciría la nulidad, ni absoluta ni relativa, sino la inexistencia del acto o contrato (en esta posición, Luis Claro Solar y Victorio Pescio).

Otros creen que la sanción es la nulidad absoluta (así opinaba Arturo Alessandri Rodríguez). La falta de voluntad, sería causal de nulidad absoluta, pues el Código no contempla la inexistencia como sanción del acto jurídico. Ahora bien, dado que las causales de nulidad absoluta son taxativas, y están señaladas en los dos primeros incisos del artículo 1682, el error esencial quedaría subsumido en la frase *“La nulidad producida (...) por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos...”*. La falta de voluntad producto del error esencial determinaría la ausencia de uno de estos requisitos.¹⁸

Para otros, sin embargo, los casos de error esencial producen nulidad relativa (tesis de Manuel Somarriva Undurraga), al igual que tratándose de los restantes casos de error (substancial, accidental y en las personas), por tres razones:

- Porque el artículo 1453 señala que el error esencial *“vicia el consentimiento”*, y no expresa que no exista tal consentimiento. Si el consentimiento está viciado, al menos se entiende que existe.

- Puesto que el art. 1454 expresa que *“el error de hecho vicia asimismo el consentimiento...”*, y se refiere a casos de error substancial que, de acuerdo al art. 1682, producen nulidad relativa. La palabra *“asimismo”* evidenciaría que el error esencial del artículo 1453 vicia *“de la misma manera”* el acto o contrato que el error substancial del artículo 1454.

- Porque el artículo 1682, después de enunciar las causales de nulidad absoluta en sus dos primeros incisos, deja en claro en el inciso 3° que *“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”*. Ahora bien, el error esencial u obstáculo no está incluido en ninguno de los dos incisos iniciales del artículo. Por ende, la sanción aplicable sólo podría ser aquella contemplada en el inciso 3°.

El primer caso de error esencial, dice relación con *“la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra”*. El error consiste en atribuir una de las partes una naturaleza jurídica diversa al acto o contrato, de aquella que le atribuye la otra. El ejemplo del Código es claro: una de las partes cree celebrar un contrato de empréstito (que podría ser de comodato o de mutuo, según el caso), mientras que la otra cree que se trata de un contrato de donación. El artículo 677, en las normas de la tradición, se refiere también a esta clase de error, cuando éste recae en el título que antecede a dicho modo de adquirir.

¹⁸ Court Murasso, Eduardo, *“Curso de Derecho Civil. Teoría General del Acto Jurídico”*, 2ª edición, Santiago de Chile, LegalPublishing, año 2009, p. 35.

El segundo caso de error esencial, recae “sobre la identidad de la cosa específica de que se trata”. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la palabra “identidad” denota el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una cosa que los caracterizan frente a los demás. Una de las partes, por ejemplo, entendió comprar el caballo “A” y la otra parte entendió que vendía el caballo “B”. En la tradición, el artículo 676 alude “a la identidad de la especie que debe entregarse”. En las normas del contrato de transacción, el artículo 2457 prescribe que “El error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir anula la transacción”. El artículo señala que debe tratarse de “la cosa específica de que se trata”, es decir, de una especie o cuerpo cierto, de manera que debiera descartarse la hipótesis de error en la identidad de la cosa, cuando se trata de cosas genéricas. Pero respecto de éstas, el error que se produzca, según expresaremos, podríamos encuadrarlo en los casos de error substancial.

El precepto alude a un “acto o contrato”. El error, en consecuencia, puede afectar tanto a un acto jurídico unilateral como bilateral. Un ejemplo de error en un acto jurídico unilateral, sería el acto por el cual el acreedor alza una hipoteca, en circunstancias de que su voluntad era alzar otra caución de la misma clase.¹⁹ El error recae sobre la cosa específica de que se trata, pues el acreedor entendió alzar la hipoteca sobre un inmueble, pues la obligación caucionada con ella ya se extinguió, y por error lo hizo sobre otro predio sobre el cual también tenía hipoteca, que caucionaba una obligación que está pendiente de pago.

El tercer caso de error de hecho se refiere al llamado **error substancial** (art. 1454, inciso 1º). En realidad, en este caso cabe distinguir dos hipótesis:

i) La primera, se refiere al error que recae en **la substancia de la cosa**, esto es, en la materia concreta de que se compone el objeto sobre el que recae la obligación. Se trata – dice Vial del Río- de un concepto estrictamente objetivo y materialista. Un ejemplo de error en la sustancia, sería el que proporciona el Código, al decir “...como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante”. El ejemplo de Bello se funda en el planteado por Pothier: “Quiero comprar un par de candelabros de plata y os compro un par de candelabros que, en realidad, son de cobre plateado”. Vial del Río agrega otros ejemplos: una persona cree comprar vino y en realidad está comprando vinagre, o lo que creyó era un diamante, resultó ser vidrio, o lo que creyó era una prenda de vestir de seda, lo era de algodón. En este caso, podríamos incluir cosas determinadas sólo por su género. Así, por ejemplo, si el comprador entiende comprar 100 toneladas de trigo, y el vendedor entendió que le compraban 100 toneladas de harina.

ii) La segunda, incide en **las cualidades esenciales de la cosa**, entendidas como aquellas que dan al objeto una fisonomía propia que la distingue de los demás. Un ejemplo de error en una cualidad esencial del objeto, sería como si por alguna de las partes se supone comprar un caballo de carrera, y el caballo es de tiro (en este caso, las partes no se equivocan en cuanto al caballo, sino a una cualidad esencial del mismo), o como si por alguna de las partes se cree comprar un vehículo “todo terreno”, o sea con tracción en las

¹⁹ Se expresa en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de enero de 1922: “Si existen dos hipotecas a favor del mismo acreedor y éste, por cancelar una, cancela erróneamente la otra, hay error que invalida la cancelación efectuada. El consentimiento del acreedor está viciado por un error de hecho, como quiera que la calidad esencial del objeto único que tuvo en vista al hacer la cancelación fue declarar extinguida otra hipoteca que se hallaba en esta condición legal, porque la obligación principal a que accedía había quedado sin efecto”: “Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias”, Tomo V, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, p. 71.

cuatro ruedas, y resulta que sólo tiene tracción delantera, o, como se expresa en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de enero de 2010, si una de las partes entendió comprar vehículos motorizados de cierto año, y así se declaró en el contrato, pero en realidad eran más antiguos²⁰. En relación a este segundo aspecto del error substancial, la doctrina ha postulado dos teorías: una subjetiva y otra objetiva. Conforme a la teoría subjetiva, debe atenderse a la intención del contratante que padece del error. Partiendo de la base de que no todo error sobre las cualidades de la cosa es substancial, sino que sólo en cuanto tal error recaiga sobre una cualidad principal de la cosa, será la intención de las partes la que en definitiva decidirá si una cualidad es principal o no, es decir, será necesario determinar lo que las partes han tenido en miras al contratar. La cuestión es, en definitiva, una de intención, y es el juez el que deberá decidir según las circunstancias de la causa. Expresa al respecto Vial del Río: “... *el concepto de calidad esencial es subjetivo y dice relación con la intención de las partes, con los motivos que éstas tienen para contratar. En efecto, lo que determina a las personas a celebrar un contrato que tiene por objeto una cosa es la creencia de que ésta posee –o que no le faltan- determinadas cualidades o condiciones. Dicho de otro modo, si se supiera que la cosa carece de dichas cualidades no se celebraría el contrato, previsto precisamente bajo el supuesto de que ésta las posee. (...) No es posible formular una regla jurídica que permita establecer en abstracto qué es lo que constituye la calidad esencial de una cosa. Como decíamos, ella depende de la voluntad de las partes*”.²¹ De acuerdo a la teoría objetiva, para estar ante un error de este tipo, habrá que tomar en cuenta lo que normalmente debe entenderse como calidad esencial o atributos esenciales que dan a una cosa su fisonomía propia. Esas cualidades que forman la sustancia de la cosa serían determinadas, en este último caso, conforme con la opinión general y las circunstancias del negocio y no por la sola intención particular del que alega el error. En este mismo orden de ideas, al investigar el error como vicio del consentimiento, respecto de la sustancia, la Corte Suprema mantiene la doctrina manifestada, en orden a que adscribe más bien a la postura que propende a una interpretación contractual de carácter objetivo, puesto que si se atiende a la sola intención del contratante que invoca el error, no podrá otorgarse un índice seguro para distinguir la sustancia de la cosa de otra cualquiera, permitiendo con ello la prueba de que cualquier diferencia en la sustancia viciara la intención del contratante, lo que conllevaría a confusión entre el error sustancial y el accidental.²² Respecto del error sustancial derivado de la confusión en la calidad esencial del objeto, al ser diversa de la que se tiene en mente al contratar, se sostiene por el profesor Avelino León Hurtado que “*en el Proyecto de Código Civil de 1853, en el artículo correspondiente, hay una nota de Bello que cita como fuente los artículos 1837 y 1838 del Código de Luisiana y estos artículos se refieren al error en la sustancia y en las calidades esenciales, entendiéndose por estas últimas las que le dan mayor valor a la cosa. O sea,*

²⁰ “*LEYES & SENTENCIAS*” número 100, Santiago de Chile, año 2010, pp. 127 a 138. En el caso, el comprador entendió comprar dos camiones manufacturados en los años 2000 y 2001, pero en realidad habían sido fabricados en los años 1997 y 1998. Los tribunales de primera y segunda instancia estimaron que se trataba de un caso de error accidental, y al no haberse explicitado en el contrato que se contrataba en consideración al año de fabricación, la demanda no podía acogerse. La Corte Suprema rectificó este criterio, concluyendo que se trataba de un error sustancial, recaído en una calidad esencial de la cosa y anuló en consecuencia la compraventa.

²¹ Vial del Río, Víctor, “*Teoría General del Acto Jurídico*”, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 1991, 2ª edición, pp. 74 y 75.

²² Sentencia de la Corte Suprema dictada con fecha 17 de marzo de 2011, en los autos Rol N° 7.797-2009.

según la fuente de este artículo la calidad esencial se debe juzgar con criterio objetivo, pues se atiende a la calidad que da mayor valor a la cosa, y no la sola intención del que invoca el error". Agrega que en este caso el juez debe apreciar los hechos y específicamente en los que se hace descansar el error "*según las circunstancias del acto*" y no solamente la intención de quien lo invoca.²³ Agrega este autor que "*La calidad esencial deberá fijarla en último término el juez, atendiendo a las circunstancias en que se celebró el acto jurídico y a lo que conforme con la noción común, con un criterio general, debe entenderse por tal calidad*"²⁴

Cabe tener presente que el artículo 2216 del Código Civil, en las normas del depósito, excluye el error substancial en sus dos variantes: "*El error acerca de la identidad personal del uno o del otro contratante, o acerca de la substancia, calidad o cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato. / El depositario, sin embargo, habiendo padecido error acerca de la persona del depositante, o descubriendo que la guarda de la cosa depositada le acarrea peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito*".

El cuarto caso se refiere al **error accidental**, es decir, sobre cualidades accidentales de una cosa (art. 1454, inciso 2º). Son tales aquellas que ordinariamente son indiferentes para determinar la voluntad o el consentimiento de las personas. Se trata de cualidades secundarias o no principales. Un ejemplo, sería aquél en que se quiere comprar un automóvil de cierta marca y modelo del año 2005, pero de color acero, y el vendedor proporciona uno de color rojo; o si una persona compra una espada de comienzos del siglo XIX, en la creencia que perteneció al padre de la patria José Miguel Carrera, y ocurre que dicha creencia estaba equivocada. Un error de este tipo vicia el consentimiento cuando concurren dos requisitos:

- Es el principal motivo de una de las partes para contratar;
- y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

En otras palabras, cuando una calidad accidental ha sido elevada a la categoría de esencial y ha sido conocida de la otra parte.

El quinto y último caso de error de hecho, es aquél que recae **en las personas**: art. 1455. Por regla general, esta clase de error no vicia el consentimiento. Normalmente, la persona del otro contratante es indiferente para los fines que se pretenden al contratar. No obstante, excepcionalmente hay actos o contratos que se ejecutan o celebran en consideración a la persona, siendo ésta la causa principal y determinante del acto jurídico. Son los llamados contratos "*intuitu personae*", aquellos en que el otro contratante no habría contratado si se hubiere tratado de otra persona o el autor del acto jurídico unilateral no lo habría otorgado, si sus efectos se hubieran radicado en otra persona. En estos casos, el error en la persona viciará el consentimiento. Pero la persona con quien erradamente se contrató, tendrá derecho a solicitar que se le indemnicen los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

Son contratos "*intuitu personae*", por ejemplo, el contrato de matrimonio; la transacción (art. 2456); mandato, por regla general; sociedades de personas (colectivas y de responsabilidad limitada); donación. En el ámbito de los actos jurídicos unilaterales, el testamento (art. 1057). En la tradición (que no es un contrato, pero sí una convención), el

²³ León Hurtado, Avelino, "*La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1952, p. 173.

²⁴ León Hurtado, Avelino, ob. cit., p. 174.

error también vicia el consentimiento, según se establece en los artículos 676 a 678, que se refieren al error en la cosa tradida, en la persona y en el título de la tradición.

Cabe señalar que basta el error de una parte, para que se vicie el acto jurídico, como se desprende del tenor literal de los arts. 1453 y 1454 ("*Como si una de las partes...*"; "*como si por alguna de las partes...*").

Un caso no resuelto expresamente en las normas relativas al error de hecho, es el que se refiere a la cantidad o número de cosas objeto del contrato. No parece posible incluir esta hipótesis en el artículo 1453, pues el error no recae en la identidad de una cosa específica, sino en el número de cosas de cierta clase, es decir, determinadas sólo por su género. Podríamos entender, tentativamente, que este error quedaría comprendido en el artículo 1454, si admitimos que una cualidad esencial de la cosa es su cantidad o número, cuando las cosas están determinadas sólo por su género. Por ello, también habría error substancial si una parte entendió comprar un caballo, y la otra creyó que vendía 10 caballos. Al respecto, cabe recordar el ejemplo propuesto por Rudolf von Ihering, al formular su teoría de la "*culpa in contrahendo*": para fundamentar su tesis de responsabilidad previa a un contrato, plantea el caso²⁵ de una persona que solicita el envío de 100 libras de una determinada mercancía, pero confunde el signo de *libra* (equivalente aproximadamente a medio kilo) por el de *quintal* (equivalente a 46 kilos) y recibe por tanto una cantidad muy superior a la pedida (un solo quintal habría satisfecho el total de lo pedido, y se remiten 100). Como es obvio, el comerciante que había hecho el pedido, devuelve toda la mercancía que excede lo que realmente necesitaba. El contrato adolecería de nulidad, por error substancial, pues resultaría innegable que la cantidad de las mercancías es un aspecto esencial para cualquier comprador. Con todo, el tenor del citado artículo 2216, en las normas del depósito, podría esgrimirse en contra de la tesis que admite error sancionable con nulidad, cuando recae en el número o cantidad de cosas. Ello, porque en el precepto citado, se distingue claramente entre "*calidad*" y "*cantidad*". Si no son lo mismo, resulta difícil incluir la segunda expresión dentro de la primera. Pero también podría contra-argumentarse señalando que si el artículo se preocupó de dejar en claro que el error en la cantidad de la cosa depositada no invalida el contrato de depósito, es porque por regla general, un error de esta clase sí daría derecho a demandar la nulidad de otro contrato, por ejemplo de compraventa. En materia de transacción, el artículo 2458 podría dar otro indicio para resolver la cuestión, al señalar que "*El error de cálculo no anula la transacción, sólo da derecho a que se rectifique el cálculo*". De esta forma, volviendo al ejemplo de Ihering, podría sostenerse que el error no faculta al comprador para demandar la nulidad, aunque sí para devolver el exceso de lo recibido, rectificando los guarismos.

c) Sanción del error.

Sin perjuicio de lo indicado respecto del llamado "*error esencial*" u "*error obstáculo*", la generalidad de los autores sostiene que el error provoca nulidad relativa: art. 1682, último inciso ("*cualquier otra especie de vicio...*").

d) El error común.

En todos los casos anteriores, la ley se pone en la hipótesis de errores individuales, acaecidos en relaciones jurídicas determinadas. Distinto es el caso del llamado "*error*

²⁵ Referido por BREBBIA, Roberto, "*Culpa in contrahendo*", artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V), p. 279.

común”, o sea, aquél compartido por numerosas personas. En tal situación, no hay un vicio del consentimiento, sino que por el contrario, el acto jurídico se considera válido a pesar de no estar estrictamente ajustado a la ley.

Se fundamenta el error común en el interés social: se prefiere fiarse de las apariencias compartidas por todos o por un considerable número de personas.

Para la doctrina, tres son los requisitos que deben reunirse para estar ante el error común:

1º Debe ser compartido por todas o la mayoría de las personas en el lugar en que el acto jurídico se realiza;

2º Debe ser un error excusable, descansar en un justo motivo; y

3º Debe haber buena fe en aquellos que incurren en el error.

En nuestra legislación, estarían inspirados en el error común, por ejemplo, los arts. 704 N° 4 (el título meramente putativo); 1576, 2º (en el pago); 1013 (en el testamento, habilidad putativa de un testigo); 2058 (contrato de sociedad); 51 de la Ley de Matrimonio Civil (referido al matrimonio putativo).

4.2) La fuerza.

a) Concepto.

La fuerza es la presión física o moral ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarla a ejecutar o celebrar un acto o contrato.

Carlos Ducci prefiere definir la fuerza desde el punto de vista de aquel que la sufre. Dice que la fuerza es el temor que experimenta una persona debido a una presión física o moral, y que la obliga a manifestar su voluntad en un sentido determinado. Enfatiza que la fuerza está constituida por el temor y no por el acto que la origina. Sigue en este enfoque a Planiol y a Pescio.

b) Clases.

La fuerza puede ser física o moral. La fuerza física consiste en el empleo de procedimientos violentos o materiales (*vis actual*); la fuerza moral consiste en el empleo de amenazas (*vis compulsiva*).

Algunos autores consideran que la fuerza, como vicio de la voluntad, es la fuerza moral. Tratándose de la fuerza material, hay supresión total de la voluntad de la víctima, se reduce a ésta a un estado puramente pasivo. En tal caso, hay falta de voluntad y no simplemente consentimiento viciado. Tal ocurre, por ejemplo, si alguien con más fuerza sujeta la mano de otro y lo obliga a firmar. Para Pescio, el mismo criterio debe aplicarse cuando la intimidación provoca el pánico o terror en la víctima.

La fuerza moral se traduce en amenazas dirigidas contra una persona, para hacer que en ella nazca un temor insuperable.

c) Requisitos que debe reunir la fuerza.

c.1) Debe ser injusta o ilegítima.

Lo es, cuando el procedimiento o la amenaza de que se vale la persona que la ejerce, no es aceptado por la ley. No constituye fuerza, por tanto, el anuncio o la amenaza del ejercicio legítimo de un derecho; por ejemplo, el advertir que se ejercerá una acción judicial, o el obligar a un individuo que ha sustraído fondos, a firmar un instrumento

reconociendo la deuda, o amenazar con recurrir a la justicia para que se ordene desalojar un inmueble arrendado, por no pago de las rentas.

c.2) Debe ser grave.

La fuerza es grave, cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición (art. 1456). La expresión “*condición*”, dice relación, principalmente, al nivel cultural, intelectual o social de una persona.

En nuestro código civil la fuerza, o mejor dicho el temor que ella causa, es un concepto relativo. El nacimiento y la intensidad del temor dependerán de la persona que amenaza y del amenazado.

Nuestro CC. se inclina por una situación concreta, atendiendo a las circunstancias de hecho, aún cuando también considera una categoría genérica: “*persona de sano juicio*” (hombre medio o normal). Se combinan entonces aspectos subjetivos (características de las personas) con otro objetivo (el parámetro de un “*hombre medio*” o común).

Además, la amenaza debe ser **verosímil**, debe ofrecer posibilidades de realizarse. Un temor ridículo no constituye fuerza.

En lo que respecta al sujeto amenazado, o sujeto pasivo de la fuerza, no queda circunscrito al contratante o autor del acto jurídico. La ley incluye también a su cónyuge, ascendientes y descendientes. La enumeración no es taxativa en todo caso. Puede haber fuerza si la amenaza se refiere a personas distintas. Se afirma que en estos casos, es decir cuando la fuerza dice relación con personas no mencionadas en el art. 1456, el autor del acto jurídico unilateral o el contratante que aleguen haber manifestado su voluntad a consecuencia de la fuerza, deberán probar que la amenaza referida a una persona no citada en el artículo mencionado, le produjo una impresión fuerte. En cambio, tratándose de las personas señaladas en el art. 1456, basta con probar que se amenazó en forma verosímil al autor o contratante con exponer a un mal irreparable y grave a una de dichas personas, para que se reputa que la fuerza produjo una impresión fuerte.

La amenaza consistente en ocasionar a cualesquiera de las personas aludidas un mal irreparable y grave, puede recaer tanto sobre los individuos como sobre sus bienes.

La gravedad, en consecuencia, no puede apreciarse en abstracto, sino con relación a la persona que experimenta el temor. Lo que para una persona puede constituir fuerza grave, para otra puede no serlo.

La fuerza ha de ser también **actual**. Esto es, debe ser coetánea a la manifestación de voluntad, aunque el mal haya de realizarse en el futuro. Esta condición de actualidad va implícita en la gravedad.

c.3) Determinante.

La fuerza debe ser empleada con el fin de obtener la declaración de voluntad; ésta debe ser efecto de aquella. El art. 1457 señala que la fuerza debe emplearse “*con el objeto de obtener el consentimiento*”.

d) Prueba de la fuerza.

Corresponde a quien la alega. La fuerza puede probarse por cualesquiera de los medios de prueba, sin limitaciones.

e) Quien ejerce la fuerza.

Puede ejercerse por cualquiera persona y no sólo por el beneficiado por ella: art. 1457. Surge aquí una diferencia respecto al dolo: tratándose del último, y tratándose de

actos jurídicos bilaterales, debe ser necesariamente obra de una de las partes para viciar el consentimiento. Dos razones explican esta diferencia:

1º La mayor dificultad para defenderse de la fuerza; la víctima del dolo, en cambio, de actuar con mayor prudencia y perspicacia, podría descubrir las maquinaciones fraudulentas de la otra parte;

2º La ley estima que usualmente, quien pretende amenazar a otro para celebrar un contrato o arrancar determinada declaración de voluntad, se vale de un tercero.

¿Debe existir colusión entre el tercero que ejecuta el acto de fuerza y el contratante que se ve beneficiado de ella? No parece necesario, del tenor del artículo 1457. Pensamos que si uno de los contratantes alega y prueba que celebró el contrato a consecuencia de las amenazas que sufrió de una persona distinta de su contraparte en el contrato, y dicha contraparte sostiene por su parte que el desconocía lo hecho por tal tercero (y en el juicio no se puede probar connivencia entre ambos) podría igualmente declararse la nulidad del contrato.

f) El temor reverencial.

El art. 1456 se refiere a esta figura, definiéndola como el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto. Así, por ejemplo, el temor con que puede actuar el descendiente con respecto al ascendiente, dice Jossierand, es legítimo, no vicia la voluntad o el consentimiento si está inspirado sólo en el temor reverencial, no mediando amenazas ni violencia física, casos en los cuales si viciaría la voluntad.

Se refiere también al temor reverencial el artículo 972 del Código Civil, a propósito de las indignidades para suceder por causa de muerte.

g) Efectos de la fuerza.

Acreditado que sea que el autor de un acto jurídico unilateral o uno de los contratantes, tratándose de un acto jurídico bilateral, manifestó su voluntad o prestó su consentimiento movido por la fuerza, el acto jurídico será susceptible de declararse nulo. En este caso, se trata de nulidad relativa (artículo 1682).

4.3) El dolo.

a) Ambito de aplicación y concepto.

El dolo puede presentarse en un triple ámbito en el derecho:

1º En el otorgamiento o celebración de los actos y contratos, es decir en el otorgamiento de un acto jurídico unilateral o en la formación del consentimiento en los actos jurídicos bilaterales: el dolo es aquí un vicio de la voluntad y opera antes o coetáneamente con el acto o contrato (arts. 1451, 1458 y 1459).

2º En la ejecución de los contratos, es decir, en la fase de cumplimiento de las obligaciones objeto de los mismos: el dolo es aquí un agravante de la responsabilidad contractual (art. 1558, de incurrir en dolo, se responde de los perjuicios directos previstos e imprevistos; en cambio, si el incumplimiento obedece a culpa, sólo se responde de los perjuicios directos previstos; de los indirectos, no responde ni siquiera aquél que incurrió en dolo). En este ámbito, el dolo puede definirse como los actos u omisiones intencionales del deudor para eludir el cumplimiento de su obligación.

3º En el ámbito de la responsabilidad extracontractual civil: aquí, el dolo es el elemento constitutivo del delito civil. La definición legal del dolo, consignada en el art. 44, se refiere a éste último rol del dolo.

Como vicio de la voluntad, el dolo es aquella conducta que se ejercita para obtener una declaración de voluntad o el consentimiento de la otra parte, o para que esa voluntad o consentimiento se manifieste o preste, respectivamente, en una forma determinada. El dolo entonces, es la maquinación fraudulenta empleada para engañar al autor o contraparte de un acto o contrato, con el fin de arrancarle una declaración de voluntad o modificarla en los términos deseados por el individuo que actúa dolosamente.

El CC. también se refiere al dolo de manera explícita o implícita en otros preceptos: por ejemplo en el art. 2468, relativo a la acción pauliana o revocatoria (aquella que tiene el acreedor para obtener que se revoque o “*rescinda*” un contrato celebrado entre el deudor y un tercero en perjuicio del primero y mediando mala fe), y en diversos artículos a los que aludiremos más adelante, en los que el dolo opera en actos jurídicos unilaterales.

La definición de dolo ha ido precisándose en la doctrina. Así, Von Thur lo define como la “*voluntad dirigida a obtener efectos contrarios al derecho*”; Pescio como el “*Empleo de medios engañosos, ilícitos e indebidos, destinados a perjudicar a otra persona*”; y Avelino León como los “*Artifícios o acechanzas, destinados a inducir o a mantener en el error, para determinar a una persona a consentir en el acto jurídico*”.

Lo esencial es que se trata de una maquinación o ardid realizados con una finalidad unívoca, la de confundir a la víctima, de manera de obtener su declaración de voluntad o consentimiento, en términos perjudiciales para ella, perjuicio que se traduce en un provecho que lo recibe quien fraguó el dolo o un tercero.

b) Elementos del dolo.

De las definiciones citadas, se desprende que el dolo tiene dos elementos:

1º Un elemento psicológico: la intención de engañar, defraudar a otro.

2º Un elemento material: la forma de realizar el engaño. Este elemento material puede consistir en actos, es decir, en maniobras o maquinaciones que lleven al engaño; puede consistir también en una falsedad o mentira que produzca el mismo efecto; puede por último consistir en la reticencia, en el silencio de circunstancias que debería haber conocido la otra parte.

c) Clasificación del dolo.

c.1) Dolo bueno y dolo malo.

Cuando estamos ante lo que se ha llamado dolo bueno, en realidad no hay dolo. Consiste en la natural astucia que despliegan los contratantes en defensa de sus intereses. Por ejemplo, la ponderación excesiva o exageración de la calidad de un producto que se intenta vender, o el minimizar sus aspectos deficientes (salvo que se llegue al caso del art. 1858, y estemos ante vicios redhibitorios o defectos ocultos de la cosa vendida).

El dolo malo es el verdadero dolo. Aquí hay una efectiva intención de engañar. En el mismo ejemplo de la compraventa, si se manifiesta que el objeto que se vende se encuentra adornado de cualidades relevantes o esenciales, que en realidad no tiene, o si se silencian defectos graves o esenciales.

c.2) Dolo positivo y dolo negativo.

El dolo positivo consiste **en un hecho**, en una maquinación que produce un cambio o alteración de la realidad, en forma sustancial, en términos tales que se impide a la víctima formarse un conocimiento pleno, real. Por ejemplo, la falsificación de un instrumento.

Se alude al dolo negativo o reticencia, cuando el silencio constituye dolo; a diferencia del dolo positivo, en el dolo negativo estamos ante **un no hacer**, ante una abstención maliciosa. Acontece ello, por regla general, como dice Somarriva, cuando una persona calla estando obligada a hablar por la ley, la costumbre o las circunstancias del caso, de manera que por dicho silencio o actitud pasiva, otra persona ejecuta o celebra un acto o contrato o lo hace de manera diversa a como lo habría hecho de no existir tal silencio: arts. 1859, 1865, 1685, 1932 y 1933.

Carlos Ducci señala al respecto que en aquellos contratos en que no se ha establecido expresamente la obligación de informar, debemos atender a la buena fe que se exige a todo contratante (art. 1546), en la que queda comprendida el deber de informar o proporcionar a la otra parte los elementos de apreciación de que depende el consentimiento y que no está en situación de conocer o verificar por sí misma.

c.3) Dolo principal o determinante y dolo incidental.

Esta es la clasificación más importante, desde el punto de vista de la responsabilidad.

Dolo principal, es el que determina o decide a una persona a ejecutar o celebrar un acto o contrato en que recae dicho fraude. En otras palabras, de no haber existido dolo, la víctima no habría ejecutado o celebrado el acto o contrato. El dolo debe ser por lo tanto determinante del acto jurídico, y para ello debe ser anterior o simultáneo a su ejecución o celebración, no posterior. Asimismo, el dolo debe tener por objeto un determinado acto o contrato y recaer en él.

Dolo incidental, es el que no determina a una persona a ejecutar o celebrar un acto o contrato, pero sí a concluirlo en condiciones diversas, usualmente más onerosas, más desventajosas para ella. Del art. 1458 se desprende que el dolo incidental no vicia el consentimiento, pero sí da derecho a exigir indemnización de perjuicios.

El art. 2316, 2º, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, reitera la norma del art. 1458.

d) Cuándo el dolo vicia el consentimiento o la voluntad.

Distinguímos según se trate de actos jurídicos bilaterales o unilaterales.

d.1) Actos jurídicos bilaterales.

Para que el dolo vicie el consentimiento, deben concurrir dos requisitos:

1º Ser obra de una de las partes;

2º Ser principal o determinante.

Se entiende que ambos requisitos deben concurrir copulativamente en los actos jurídicos bilaterales. Por ende, si el dolo es principal, pero no ha sido obra de una de las partes, sólo dará derecho a reclamar indemnización de perjuicios, es decir, se le dará el tratamiento del dolo incidental.

Cabe consignar que en el dolo debe haber intervenido una sola de las partes, si se trata de un acto jurídico bilateral. Si hubo dolo por parte de ambos contratantes no procede la revisión del contrato (por aplicación del principio en virtud del cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo).

A su vez, sostiene Ducci que el dolo cometido por el mandatario o representante de una de las partes, actuando como tales, debe considerarse como dolo de la propia parte contratante y no dolo de un tercero (art. 1448). Sin embargo, al estudiar la nulidad, veremos que este es un punto discutido por la doctrina y en la jurisprudencia. Debe considerarse también como dolo de la parte la situación en que el contratante es cómplice de un dolo ajeno. Así se desprende del art. 2316, inciso 2º, interpretado a contrario sensu.

Que el dolo de un tercero no vicia la voluntad o el consentimiento, a diferencia de lo que acontece con la fuerza y el error, obedece a razones históricas: en el Derecho Romano, el dolo se concebía sólo en los delitos, y en relación por ende a la responsabilidad extracontractual, específicamente delictual, y no contractual. Debía cometer dolo quien delinquía.

d.2) Actos jurídicos unilaterales.

En los actos jurídicos unilaterales, puesto que no hay “*partes*”, basta que el dolo sea principal para viciar la voluntad. Puede haber dolo en esta clase de actos jurídicos, por ejemplo, en los casos siguientes:

- En el artículo 202, en cuanto a la posibilidad de demandar la nulidad del acto de reconocimiento de un hijo no matrimonial (aunque no lo mencione, debe entenderse incluido en la expresión “*vicios de la voluntad*”).
- En el art. 968 números 4 y 5 (causales de indignidades para suceder);
- En el artículo 1117, en las normas relativas a los legados, particularmente en el llamado por Rodríguez Grez “*legado de opción*”.
- En el art. 1208 N° 3 (causales de desheredamiento);
- Artículo 1234, en la aceptación de una herencia o legado;
- Artículo 1237, respecto de la repudiación de una herencia o legado;
- En el artículo 1782, inciso 2º, respecto a la posibilidad de rescindir la renuncia a los gananciales (“*engaño*” como sinónimo de dolo).

e) Prueba del dolo.

El dolo debe probarse por aquél que lo alega, salvo en los casos excepcionales en que la ley expresamente lo presume: art. 1459. Lo anterior, porque la ley presume la buena fe de los contratantes: art. 707. El dolo puede probarse por cualquier medio de prueba, no rigiendo a su respecto las limitaciones a la prueba de testigos establecidas en los arts. 1708 y 1709.

En algunos casos sin embargo, la ley presume la mala fe o el dolo. Así, por ejemplo:

- 1º Artículo 143, inciso 2º: presunción de derecho.
- 2º Artículo 706, inciso final: presunción de derecho.
- 3º Artículo 968 N° 5: presunción simplemente legal.
- 4º Artículo 1301: presunción simplemente legal.
- 5º Artículo 2510 número 3: presunción simplemente legal;
- 6º Artículo 94, regla 6: presunción simplemente legal;
- 7º Artículo 974, inciso 2º: presunción de derecho;
- 8º Artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, en las medidas prejudiciales: presunción simplemente legal; quien obtuvo la medida, debe presentar su demanda en un cierto plazo, presumiéndose dolosa su gestión en caso contrario; y
- 9º En la Ley de cuentas corrientes bancarias y cheques, se presume dolo al girar un cheque contra una cuenta cerrada o carente de fondos (artículo 22 de la citada ley).

f) El dolo no puede condonarse ni renunciarse anticipadamente.

Prohíbe la ley tal cosa, en el art. 1465, adoleciendo de objeto ilícito y por ende de nulidad absoluta un pacto de esta índole. Se trata del dolo que opera en la fase de cumplimiento o ejecución de los contratos. De aceptarse el perdón anticipado del dolo, se daría carta blanca a los contratantes para efectuar toda clase de maquinaciones fraudulentas y contrarias a la moral, lo que equivaldría a eliminar el dolo como vicio de la voluntad.

Sin embargo, si el dolo ya aconteció, los contratantes o el autor del acto jurídico unilateral, una vez conocido el vicio, tienen libertad para perdonarlo, pues se trata de un vicio que mira al solo interés del renunciante (artículo 12). Con todo, de los términos del artículo 1465 se desprende que la condonación del dolo ya acaecido ha de ser siempre expresa.

g) Sanción del dolo.

Debemos distinguir según se trata del dolo principal o incidental:

1° Dolo principal: ocasiona la nulidad relativa del acto o contrato (arts. 1458 y 1682).

2° Dolo incidental: faculta para exigir indemnización de perjuicios. Al respecto, debemos distinguir entre:

a) La persona o personas que fraguaron el dolo: responderán por el valor total de los perjuicios causados;

b) Los que se aprovecharon del dolo: responden hasta el provecho o beneficio que obtuvieron del acto jurídico.

Sobre el particular, nuestra jurisprudencia ha precisado que es innecesario que aquellos que se han aprovechado del dolo tengan conocimiento del mismo o que el acto jurídico del cual se obtiene el beneficio, diga relación con el dolo: siempre habrá que responder hasta el monto del provecho.

Asimismo, cabe tener presente que si los involucrados en el dolo fueren dos o más personas, serán solidariamente responsables: en efecto, el artículo 2317, inciso 2° del Código Civil, dispone que produce obligación solidaria de indemnización de perjuicios, “*todo fraude o dolo cometido por dos o más personas*”. Se ha entendido que esta disposición apunta a dolo que no ocasione un delito civil, pues de lo contrario constituiría una inútil repetición de la regla del inciso 1° del artículo 2317. En otras palabras, esta norma se referiría al dolo como maquinación fraudulenta o vicio del consentimiento o al dolo en el cumplimiento de las obligaciones. Así, si varios contratantes infringen una obligación común y media dolo en tal infracción, serán solidariamente responsables por los perjuicios que el incumplimiento ocasione al acreedor.²⁶ Se trata de casos de responsabilidad contractual, por ende.

h) El dolo de los incapaces.

El art. 1685 contempla una situación especial, concerniente al dolo de los incapaces relativos. En el evento que el incapaz hubiere incurrido en el dolo para inducir al acto o contrato, la ley le impide, así como también a sus herederos o cesionarios, reclamar la nulidad. Con esto, la ley protege a la persona que contrató de buena fe con el incapaz

²⁶ El inciso 2° del artículo 2317 sólo se refiere, al establecer responsabilidad solidaria, al dolo “*cometido por dos o más personas*”. Nada dice de la culpa en la que puedan incurrir dos o más deudores. Por lo tanto, de ocurrir esta última hipótesis, no cabe aplicar la regla excepcional que impone responsabilidad solidaria, sino que la regla general, en virtud de la cual los deudores responderán por su cuota, es decir, conforme a la responsabilidad propia de obligaciones simplemente conjuntas.

relativo. Tal persona, por regla general, no puede solicitar la declaración de nulidad relativa, pues ésta sólo podría alegarse, conforme a la regla general, por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, es decir, por los propios incapaces (art. 1684). Esta regla general se modifica sin embargo, según lo expresado, por el art. 1685.

Con todo, en un caso el incapaz relativo que incurrió en el dolo podrá acogerse a la regla general y alegar la nulidad relativa: cuando simplemente aseveró ser mayor de edad, o no encontrarse bajo interdicción u otra causa de incapacidad. En este caso, la ley castiga la excesiva credulidad de la persona que ha contratado con el incapaz relativo, cuando era razonable suponer que éste no podía contratar por sí solo.

4.4) La lesión.

a) Concepto.

Se entiende por lesión el perjuicio que una parte experimenta en un contrato conmutativo, cuando recibe de la otra parte un valor sustancialmente inferior al de la prestación que el primero a su vez suministra.

El perjuicio nace, en consecuencia, de la desigualdad en los valores de las prestaciones de uno y otro contratante. Por regla general, dicha equivalencia es subjetiva, vale decir, se entrega a la voluntad de las partes. Sólo excepcionalmente es objetiva, esto es, cuando la ley impone ciertos límites o reglas mínimas de equivalencia en las prestaciones.

Pero no cualquier lesión tiene trascendencia jurídica. Cuando la desproporción de las prestaciones es grave o enorme, la ley entra en acción, para resguardar la debida equidad o igualdad entre las partes. Como señala Josseland, los más débiles deben ser protegidos contra los más ávidos y astutos, para así nivelar las desigualdades excesivas, en una determinada relación jurídica.

b) Naturaleza de la lesión en nuestro Derecho.

Algunos autores la consideran, como en otras legislaciones, un vicio subjetivo, un vicio del consentimiento, afirmando que el individuo sufre lesión en el acto jurídico por presión de las circunstancias: por ejemplo, préstamos con intereses usurarios ante un estado de necesidad; o por influencia de un mal cálculo que provoca un perjuicio, como sucede si una persona compra un terreno en el que cree hallará un tesoro; o por la influencia del ascendiente que ejerce la persona con quien se contrata, que empuja a la otra parte a celebrar el contrato en términos más desventajosos; o en general, por cualquiera causa que se traduce en una presión en la voluntad que no implique sin embargo error, fuerza o dolo. En todas las situaciones anteriores, una de las partes ha explotado intencionalmente la necesidad, los apuros, la ligereza o la inexperiencia del otro contratante (códigos alemán, suizo y argentino²⁷, en tal posición). Se mira por ende la intencionalidad del beneficiado

²⁷ Establece el artículo 954 del Código Civil de la República Argentina: “*Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. / También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. / Se presume, salvo prueba en caso contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. / Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. / El accionante*”

con la lesión. La misma tendencia se ha ido aceptando en el derecho inglés, en salvaguarda de la equidad.

Otros autores sostienen que la lesión en nuestro Derecho, al igual que en el derecho francés, es un vicio objetivo, predominando, por sobre elementos subjetivos, el elemento material del perjuicio experimentado. Siguiendo a Josseland, “*la lesión funciona automáticamente, mecánicamente, desde el momento que las condiciones requeridas por la ley se encuentran reunidas, y con abstracción de toda consideración derivada de la mentalidad de los contratantes, del fin perseguido por ellos*”. No interesa por tanto la intención o los móviles de los contratantes. La lesión se reduce a una pura cuestión de cifras.

En nuestro Derecho, se dan las siguientes razones para aseverar que la lesión es un vicio objetivo:

1° La historia de la ley: el proyecto de 1853 la enumeraba entre los vicios del consentimiento. Su posterior supresión demostraría la intención del legislador de no considerarla como uno de tales vicios.

2° La naturaleza de la sanción: mientras que la sanción de los vicios del consentimiento es la nulidad relativa, la sanción de la lesión es diversa, y tiende a evitar el perjuicio de la parte lesionada, a reestablecer la equivalencia de las prestaciones.

3° El tratamiento casuístico que la ley chilena da a la lesión: no hay más casos, que aquellos contemplados expresamente por la ley. No se trata de un vicio genérico, como ocurre por ejemplo en la legislación argentina.

La opinión mayoritaria de nuestra doctrina postula la lesión como un vicio objetivo, ya que para sancionarlo basta con demostrar la desproporción de las prestaciones señaladas en la ley.^{28 29}

Apartándose del tratamiento general, Carlos Ducci trata de la lesión en el error, como un caso de error en la magnitud de las prestaciones.

c) Casos en que la lesión tiene trascendencia jurídica y eventualmente vicia el acto jurídico.

Excepcionalmente, la ley otorga trascendencia jurídica a la lesión. Ello acontece cuando la lesión es “*enorme*”. Tales casos son:

1° Compraventa de bienes inmuebles: arts. 1888 a 1896. No hay lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en la compraventa de bienes muebles ni en la compraventa forzada de bienes inmuebles, es decir, aquella hecha por intermedio de la justicia, en subasta pública. Tampoco se admite en la venta de pertenencias mineras o de una parte alícuota de ellas.

El art. 1889 establece qué se entiende por lesión enorme.

El art. 1890 consagra las alternativas u opciones que da la ley a los contratantes contra los cuales se pronuncia la rescisión.

El art. 1892 dispone que la acción rescisoria por lesión enorme es irrenunciable.

El art. 1896 establece que la acción para atacar la lesión enorme prescribirá en el plazo de cuatro años, contados desde la fecha del contrato.

tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda.”

²⁸ Vodanovic H., Antonio, “*Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*”, Ediar Conosur Ltda., año 1991, Tomo Segundo, p. 230.

²⁹ Vial del Río, Víctor, “*Teoría General del Acto Jurídico*”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, año 1991, p. 97.

- 2° Permuta de bienes inmuebles: art. 1900.
- 3° Aceptación de una asignación hereditaria: art. 1234.
- 4° Partición de bienes: art. 1348.
- 5° Cláusula penal enorme: art. 1544.
- 6° Anticresis: artículo 2443.
- 7° Liquidación de la sociedad conyugal: artículo 1776.

d) Sanción de la lesión.

En nuestro Derecho, la sanción de la lesión no es siempre la misma. En principio, puede acarrear la nulidad relativa del contrato; sin embargo, el litigante afectado puede impedirla, tratándose de la compraventa de inmuebles, completando el justo precio -menos el 10%- o restituyendo el exceso de lo percibido -aumentado en un 10%- (art. 1890); en otros casos, la sanción será la reducción de la estipulación que contiene una suma lesiva, a una suma razonable, como en el caso de la cláusula penal enorme (artículo 1544).

En general entonces, puede decirse que la sanción de la lesión es la nulidad del acto en que incide o la reducción de la desproporción de las prestaciones.

e) La resolución o revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.

A diferencia de lo que ocurre con la lesión enorme, que supone la desproporción de las prestaciones al momento de contratar, cabe preguntarse qué ocurre cuando tal desproporción grave se origina con posterioridad a la celebración del contrato: estamos aquí ante un caso de excesiva onerosidad sobreviniente.

El problema se encuentra resuelto en el Derecho Internacional Público, con la llamada “*cláusula rebus sic stantibus*”, que se presume formar parte de todos los tratados internacionales permanentes, y según la cual una convención sólo sigue en vigencia mientras el estado de cosas existente al momento en que se suscribió el tratado, no sufra modificaciones esenciales. Este principio viene a morigerar o atenuar el rígido principio “*Pacta sunt servanda*”.

Cabe preguntarse entonces si puede aplicarse en el campo del derecho privado y específicamente del Derecho Civil, el principio *rebus sic stantibus*. El CC. italiano de 1942 lo consagró expresamente al admitir la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.

Así, por ejemplo, si un comerciante se compromete a entregar en cierto plazo mercaderías por valor de \$ 10.000.000.-, pero estalla en el intertanto un conflicto bélico o se produce una grave crisis económica y el valor de dichas mercaderías se triplica, de manera que resultaría manifiestamente inequitativo obligar al proveedor a cumplir con su obligación ateniéndose estrictamente a los términos pactados, atendiendo a que los acontecimientos sobrevinientes eran imprevisibles y no imputables a la culpa o el dolo del mencionado contratante.

Para que se admita en el derecho italiano la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente, se requiere la concurrencia de tres condiciones:

- 1° Que estemos ante contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo;
- 2° Que la onerosidad sobreviniente sea excesiva; y
- 3° Que dicha onerosidad sobreviniente y excesiva, sea producto de contingencias imprevisibles y no de hechos normales en algunos contratos.

En el derecho francés, la teoría se denomina de la imprevisión, y si bien es aceptada en el Derecho Administrativo, no ha sido admitida por la jurisprudencia en el ámbito del derecho privado.

En nuestro derecho civil, tampoco se la admite expresamente, atendido lo dispuesto en el art. 1545 del CC. Parte de la doctrina, sin embargo, ha ido planteando progresivamente la necesidad de reconocer la institución, recordando por lo demás que el art. 1546 exige ejecutar los contratos de buena fe, y por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa. Se agrega que el art. 1545 considera los casos normales y no los imprevisibles y extraordinarios, y que una interpretación progresiva y justa debe reconocer que la excesiva onerosidad sobreviniente por causas imprevisibles es una laguna legal que debe ser llenada por los tribunales, aplicando la equidad, de conformidad al art. 170 N° 5 del CPC.-

5.-) La capacidad.

a) aspectos generales.

Es el segundo requisito de validez de todo acto jurídico. Al tratar de la voluntad, decíamos que para ser considerada por el Derecho, se requería que fuere seria, esto es, manifestada con la intención de obligarse, por persona capaz. Tal principio fundamental, se recoge en el artículo 1445 del CC.

Hemos señalado que la capacidad de goce es un atributo de la personalidad y como tal, inherente a todas las personas, desde el nacimiento, tratándose de las personas naturales (sin perjuicio de la protección jurídica del que está por nacer, que implica, en el Derecho Civil, mantener en suspenso los derechos de la criatura hasta adquirir la personalidad) o, tratándose de las personas jurídicas, desde que en conformidad a la ley, obtienen su reconocimiento por el ordenamiento jurídico.

Analizaremos en los puntos siguientes lo concerniente a la capacidad de ejercicio y los casos de incapacidad, en el entendido que al referirse el Derecho a ésta, lo hace en el ámbito de la incapacidad de ejercicio, porque no existe incapacidad de goce general.

b) Definición de capacidad de ejercicio: art. 1445.

Consiste en poder obligarse una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Es la facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo, de manera de ejercer los primeros y cumplir las segundas sin la necesidad de que intervenga la voluntad de un tercero.

c) Reglas fundamentales en materia de capacidad.

c.1) La incapacidad de ejercicio es excepcional.

Conforme al art. 1446, la capacidad es la regla general y la incapacidad excepcional. La capacidad se presume por ende, y quien alega incapacidad propia o de otra persona, debe probar tal circunstancia. No hay más incapaces que aquellos señalados expresamente por la ley.

c.2) Las normas que regulan la capacidad son de orden público, y en consecuencia, no cabe modificarlas ni dejarlas de lado en un acto jurídico.

c.3) La capacidad debe existir al momento de perfeccionarse el acto jurídico.

d) Factores para decretar a una persona incapaz.

Sea por la ley, sea por sentencia judicial fundada en la primera, dos factores pueden incidir para decretar a una persona incapaz: la edad y la salud mental.

Se considera incapaces a quienes no han alcanzado cierta edad, atendiendo al insuficiente desarrollo físico y psíquico del individuo, así como también a la falta de experiencia suficiente para actuar por sí mismo en el campo de los negocios jurídicos.

La falta de desarrollo físico y mental origina considerar incapaces a los impúberes. Carecen de juicio y discernimiento.

La falta de experiencia ocasiona incluir entre los incapaces a los menores adultos. Estos, si bien tienen el suficiente juicio y discernimiento, carecen de la experiencia suficiente para actuar en el ámbito de los negocios jurídicos.

En cuanto a la salud mental, distinguimos entre la ausencia de raciocinio (lo que provoca declarar incapaces a los dementes y a los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente) y los impulsos irrefrenables que pueden originar un grave perjuicio en el patrimonio de un individuo (lo que mueve a la ley a declarar incapaces a los disipadores o dilapidadores, que no han demostrado poseer prudencia en el actuar).

A los dos factores señalados, se sumaba, hasta el año 1989, el sexo y el estado civil: se incluía entre los incapaces a la mujer casada bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal. El fundamento de dicha incapacidad descansaba en la unidad familiar, y para preservarla, se estimaba que el patrimonio familiar debía administrarse por un solo titular. Hoy sin embargo, la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz, en teoría, porque en la práctica el CC. mantiene importantes limitaciones a su actividad jurídica, situación que lleva a algunos a señalar que en los hechos, continúa siendo incapaz. Así se desprendería de los arts. 1749, 1752 y 1754, normas que establecen que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; la mujer, por sí sola, no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la vigencia de la sociedad conyugal; la mujer no puede enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de sus bienes propios que administre el marido.

e) Clases de incapacidad de ejercicio (art. 1447).

Se distingue entre absolutamente incapaces y relativamente incapaces.

Los absolutamente incapaces carecen de voluntad, de suficiente juicio o discernimiento. Son tales los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. La incapacidad absoluta impide ejecutar por sí mismo acto jurídico alguno.

Los relativamente incapaces tienen voluntad, pero les falta experiencia o prudencia en el actuar. Son tales los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. La incapacidad relativa permite actuar por sí mismo, pero siempre que se cuente con la autorización previa del representante del incapaz.

Recordemos que junto a las incapacidades de ejercicio indicadas, existen ciertas incapacidades especiales o particulares de goce: se trata de algunas prohibiciones que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar determinados actos jurídicos.

f) Análisis particular de las incapacidades.

f.1) Absolutamente incapaces.

1° Los dementes.

- Quienes son dementes.

La Corte Suprema ha sostenido que debe entenderse por tales a todos los que tengan de un modo permanente sus facultades mentales sustancialmente deterioradas, todos aquellos que se encuentran privados de razón.

La expresión “*dementes*” que utiliza la ley no debemos interpretarla en su sentido técnico, de acuerdo al significado que le asigna la psiquiatría, sino en su sentido natural y obvio. Nos remitimos a lo expuesto a propósito de la interpretación de la ley y específicamente al elemento gramatical.

- Ineficacia de los actos de los dementes.

El Código Civil contempla reglas especiales relativas a la curaduría de los dementes, en sus artículos 456 a 468. Para determinar los efectos de los actos del demente, debemos distinguir entre los actos realizados antes de la declaración de interdicción por causa de demencia y los realizados con posterioridad. Estos últimos, si son realizados por el demente por sí solo, serán nulos, excluyéndose la posibilidad de alegar que se realizaron en un intervalo lúcido (artículo 465, inciso 1°). En cuanto a los actos realizados por el demente con anterioridad al decreto de interdicción, serán válidos, a menos que se pruebe que al ejecutarlos o celebrarlos, ya estaba demente (artículo 465, inciso 2°). En el primer caso, mediando decreto de interdicción, nos encontramos ante una presunción de derecho: no se admite probar que la persona no estaba demente. En el segundo caso, no existiendo interdicción declarada, nos encontramos ante una presunción simplemente legal: puede probarse que la persona, al celebrar el acto jurídico, estaba demente.

El artículo 468 regula lo concerniente a la rehabilitación del demente. Deberá probarse que ha recobrado permanentemente la razón.

- Conjuntamente con las normas del Código Civil relativas a la curaduría del demente, debemos tener presente lo dispuesto en las Leyes N° 18.600 y N° 20.422. La Ley N° 18.600, publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de febrero de 1987, “*Establece normas sobre Deficientes Mentales*”. El artículo 2°, inciso 1°, define a las “*personas con discapacidad mental*”: “*Para los efectos de la presente ley, se considera persona con discapacidad mental a toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social*”.

Conforme al artículo 3°, la discapacidad mental puede tener distintos grados: discreta, moderada, grave, profunda y no especificada.

El artículo 4° dispone que la constatación, calificación, evaluación y declaración de la discapacidad mental, así como la certificación de ésta, se hará “de conformidad al procedimiento señalado en el Título II de la Ley N° 19.284 y en el reglamento”. En realidad, la referencia debe entenderse hoy a la Ley N° 20.422, publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de febrero de 2010 y que “*Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad*”. El artículo 82 de esta Ley, derogó la Ley N° 19.284, salvo algunos preceptos.³⁰ Conforme al inciso 2° de la Ley N° 18.600, cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro

³⁰ Artículo 82 de la Ley N° 20.422: “*Derógase la ley N° 19.284, que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad, con excepción del artículo 21, de los artículos 25-A a 25-F, ambos inclusive, y del artículo 65, los cuales se entienden vigentes para todos los efectos legales*”.

Nacional de la Discapacidad (regulado en el Título V, artículos 55 y 56 de la Ley N° 20.422), su padre o madre (únicos con legitimación activa en principio) podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad a las normas del Título II de la Ley N° 20.422, artículos 13 a 17, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decreta la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente. Si el cuidado permanente lo ejercen los padres de consuno, podrá deferir la curaduría a ambos. El juez procederá con conocimiento y previa citación personal y audiencia del discapacitado. En caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos podrán proceder de igual forma, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 bis (referido a personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad. Las primeras, serán curadores provisorios de los bienes de las últimas, por el solo ministerio de la ley, cumpliéndose ciertos requisitos previstos en la norma). Agrega el artículo 4° citado que se aplicará a la persona discapacitada interdicta lo que prevén los artículos 440³¹ y 453³² del Código Civil para la guarda del menor adulto y del disipador, respectivamente. La suma de dinero que se asigne al discapacitado para sus gastos personales podrá ser fijada prudencialmente por el mismo curador, de acuerdo con su grado de discapacidad. La persona interdicta podrá celebrar contratos de trabajo con la autorización del curador.

Será juez competente el de Familia, si se trata de un menor de edad (artículo 8° N° 6 de la Ley N° 19.968) y el Juez Civil, en caso contrario.

Establece por su parte el artículo 13° de la Ley N° 20.422 que la calificación de la discapacidad, corresponderá a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) y a las instituciones públicas o privadas reconocidas para estos efectos por dicho Ministerio. La certificación de la discapacidad, será competencia exclusiva de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez.³³

2° Los impúberes.

³¹ Artículo 440 del Código Civil: “El curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber. / Podrá el curador, no obstante, si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizar bajo su responsabilidad los actos del pupilo en esta administración. / Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos a ella. / El curador ejercerá también, de pleno derecho, la tutela o curatela de los hijos bajo patria potestad del pupilo”.

³² Artículo 453 del Código Civil: “El disipador conservará siempre su libertad, y tendrá para sus gastos personales la libre disposición de una suma de dinero, proporcionada a sus facultades, y señalada por el juez. / Sólo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo a la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios”.

³³ Artículo 13 de la Ley N° 20.422: “Corresponderá a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), dependientes del Ministerio de Salud y a las instituciones públicas o privadas, reconocidas para estos efectos por ese Ministerio, calificar la discapacidad. / El proceso de calificación de la discapacidad asegurará una atención interdisciplinaria a cada persona que requiera ser calificada. / Para los efectos de esta ley, las comisiones de medicina preventiva e invalidez se integrarán, además, por un psicólogo, un fonoaudiólogo, un asistente social, y un educador especial o diferencial, un kinesiólogo o un terapeuta ocupacional, según el caso. Asimismo, cuando fuere pertinente, se integrarán uno o más especialistas, de acuerdo a la naturaleza de la discapacidad y a las circunstancias particulares de las personas sometidas a ellas. / La certificación de la discapacidad sólo será de competencia de las comisiones de medicina preventiva e invalidez. / La calificación y certificación de la discapacidad podrá efectuarse a petición del interesado, de las personas que lo representen, o de las personas o entidades que lo tengan a su cargo”.

La pubertad es la aptitud para procrear. El art. 26 establece que son impúberes los hombres menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años.

Los impúberes se clasifican en infantes (todo el que no ha cumplido 7 años) e impúberes propiamente tales. La distinción tiene importancia, tratándose de:

- La posesión de bienes muebles: establece el art. 723, inciso 2º, que los dementes y los infantes son incapaces de adquirir dicha posesión. A contrario sensu, los impúberes propiamente tales sí podrán adquirirla.
- En el ámbito de la responsabilidad extracontractual: el artículo 2319 dispone que son incapaces de cometer delitos y cuasidelitos civiles los infantes y los dementes. Por ende, los impúberes propiamente tales sí podrán ser capaces de delito o cuasidelito. Quedará a la prudencia del juez determinar si el menor de 16 años cometió el delito o cuasidelito sin discernimiento, caso en el cual estará exento de responsabilidad. Si el menor tiene 16 o más años, será plenamente capaz de delito o cuasidelito civil.
- En lo que respecta a los alimentos: el artículo 324, inciso 3º, establece que quedará privado del derecho a pedir alimentos al hijo, el padre o madre que lo haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición.

Cabe advertir que las expresiones de “*infante*”, “*impúber*” y de “*menor adulto*” empleadas en el Código Civil, no guardan congruencia con aquellas empleadas por nuestro legislador en los últimos años, por ejemplo en el contexto de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, que alude a los niños y a los adolescentes. Establece el artículo 16 de la Ley N° 19.968: “*Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. / El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. / Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad*”. A su vez, en la “*Convención Sobre los Derechos del Niño*”, dispone su artículo 1º: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

Parece lógico incorporar en el Código Civil la nomenclatura empleada en los textos más recientes, para uniformar las expresiones empleadas por nuestro ordenamiento jurídico.

3º Los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente.

El fundamento de esta incapacidad absoluta reside en la imposibilidad de conocer, con una mínima certeza, la voluntad del individuo. De ahí que la ley los proteja. Cabe consignar que hasta la publicación de la Ley número 19.904, del 3 de octubre de 2003, el Código consideraba como absolutamente incapaz al sordomudo que no podía darse a entender por escrito, lo que suponía una evidente discriminación que afectaba al sordomudo analfabeto. Hoy, la situación es diferente, en dos sentidos:

- pues ahora, se alude tanto al sordomudo como al que sólo padece de sordera; y
- porque se aceptó expresamente la “*lengua de señas*”, como un medio idóneo para conocer la voluntad del discapacitado (el artículo 1019, que regula el otorgamiento del testamento abierto por parte del sordo o sordomudo que puedan darse a entender

claramente, establece que tratándose de estas personas, *“la primera y la segunda lectura deberá efectuarse, además, ante un perito o especialista en lengua de señas, quien deberá, en forma simultánea, dar a conocer al otorgante el contenido de la misma.”*. A su vez, dispone el artículo 13 de la Ley de Matrimonio Civil, si *“...uno o ambos contrayentes (...) fueren sordomudos que no pudieren expresarse por escrito, la manifestación, información y celebración del matrimonio se harán por medio de una persona habilitada para interpretar la lengua de el o los contrayentes o que conozca el lenguaje de señas.”*(el precepto, en verdad, debió aludir también al que sólo es “sordo”). Finalmente, el artículo 382 del Código de Procedimiento Civil, dispone en sus incisos 3° y 4°: *“Si el testigo fuere sordo, las preguntas le serán dirigidas por escrito; y si fuere mudo, dará por escrito sus contestaciones. Si no fuere posible proceder de esta manera, la declaración del testigo será recibida por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con él por medio de la lengua de señas, por signos, o que comprendan a los sordos o sordomudos.”*

A los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente, cabe aplicarles también las disposiciones de la Ley N° 18.600 y de la Ley N° 20.422.

4° Características comunes a los absolutamente incapaces (art. 1447).

- Nunca pueden actuar por sí mismos en el mundo jurídico, sino que siempre representados (art. 43).
- Si actúan por sí mismos, el acto jurídico adolece de nulidad absoluta: art. 1682.
- Los actos de los absolutamente incapaces no producen ni aun obligaciones naturales (art. 1470).
- Los actos de los absolutamente incapaces no admiten caución (art. 46).
- Sus actos no pueden ser ratificados o confirmados (art. 1683).
- Las obligaciones generadas por actos de los absolutamente incapaces no pueden ser novadas (art. 1630).

f.2) Relativamente incapaces.

1° Los menores adultos (art. 26).

Normalmente, los menores están sometidos a la potestad del padre y la madre (quienes ejercen la potestad parental, que incide en la persona del menor, y la patria potestad, que incide en los bienes del menor), o a la curaduría o tutela, según sean púberes o impúberes.

Los menores pueden actuar:

- Personalmente, pero debidamente autorizados por sus padres o guardador;
- A través de sus representantes legales; y
- Excepcionalmente, por sí solo, sin autorización:
 - ▶ Artículo 251, para administrar y gozar de su peculio profesional o industrial. La ley, en efecto, permite también que el menor actúe por sí solo, en el caso de ejercer cualquier

empleo o profesión liberal, industria u oficio.³⁴ En estos casos, los bienes adquiridos por el menor conforman su patrimonio profesional o industrial. Se presume que si el menor es

³⁴ Las normas del Código Civil relativas a este patrimonio especial del menor adulto, debemos relacionarlas con las disposiciones del Código del Trabajo, que regulan la actividad laboral de los menores de edad. Tales artículos son los siguientes:

“Capítulo II. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR Y OTRAS NORMAS RELATIVAS AL TRABAJO DE LOS MENORES.

“Art. 13. Para los efectos de las leyes laborales, se considerarán mayores de edad y pueden contratar libremente la prestación de sus servicios los mayores de dieciocho años. / Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o a falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo. Además, previamente, deberán acreditar haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica. En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación. Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su Enseñanza Básica o Media no podrán desarrollar labores por más de treinta horas semanales durante el período escolar. En ningún caso los menores de dieciocho años podrán trabajar más de ocho horas diarias. A petición de parte, la Dirección Provincial de Educación o la respectiva Municipalidad, deberá certificar las condiciones geográficas y de transporte en que un menor trabajador debe acceder a su educación básica o media. / Lo establecido en el inciso anterior se aplicará respecto de los menores de quince años, en las situaciones calificadas en que se permite su contratación en los espectáculos y actividades artísticas a que hacen referencia los artículos 15, inciso segundo y 16. / El inspector del trabajo que hubiere autorizado al menor en los casos de los incisos anteriores, pondrá los antecedentes en conocimiento del Tribunal de Familia que corresponda, el que podrá dejar sin efecto la autorización si lo estimare inconveniente para el trabajador. / Otorgada la autorización, se aplicarán al menor las normas del artículo 246 del Código Civil y será considerado plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes. / La autorización exigida en el inciso segundo no se aplicará a la mujer casada, quien se registrará al respecto por lo previsto en el artículo 150 del Código Civil. / Un reglamento del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, previo informe de la Dirección del Trabajo, determinará las actividades consideradas como peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de dieciocho años que impidan, en consecuencia, celebrar contratos de trabajo en conformidad a los incisos anteriores, debiendo actualizarse dicho listado cada dos años. / Las empresas que contraten los servicios de menores de dieciocho años, deberán registrar dichos contratos en la respectiva Inspección Comunal del Trabajo”.

Cabe advertir que la referencia que se hace en el artículo recién transcrito al artículo 246 del Código Civil, hoy debe entenderse hecha al artículo 251 del mismo cuerpo legal.

“Art. 14. Los menores de dieciocho años de edad no serán admitidos en trabajos ni en faenas que requieran fuerzas excesivas, ni en actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad. / Los menores de veintiún años no podrán ser contratados para trabajos mineros subterráneos sin someterse previamente a un examen de aptitud. / El empleador que contratare a un menor de veintiún años sin haber cumplido el requisito establecido en el inciso precedente incurrirá en una multa de tres a ocho unidades tributarias mensuales, la que se duplicará en caso de reincidencia”.

“Art. 15. Queda prohibido el trabajo de menores de dieciocho años en cabarets y otros establecimientos análogos que presenten espectáculos vivos, como también en los que expendan bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo establecimiento. / Podrán, sin embargo, cumpliendo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13, actuar en aquellos espectáculos los menores de edad que tengan expresa autorización de su representante legal y del respectivo Tribunal de Familia”.

“Art. 16. En casos debidamente calificados, cumpliendo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13, y con la autorización de su representante legal o del respectivo Tribunal de Familia, podrá permitirse a los menores de quince años que celebren contrato de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares”.

“Art. 17. Si se contratare a un menor sin sujeción a lo dispuesto en los artículos precedentes, el empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare; pero el inspector del trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación y aplicar al empleador las

capaz de obtener emolumentos, también tiene el suficiente juicio y experiencia para administrarlos por sí mismo. Con todo, para enajenar o hipotecar los bienes raíces y sus derechos hereditarios, se requiere autorización judicial (art. 254).

- ▶ Artículo 262, para disponer de sus bienes por testamento;
- ▶ Artículo 262, para reconocer hijos;
- ▶ Artículo 723, para adquirir la posesión de bienes muebles;
- ▶ Artículo 1581, puede ser diputado (es decir, mandatario) para el cobro y recibir válidamente el pago;
- ▶ Artículo 2128, para actuar como mandatario;
- ▶ Artículo 2238, en el depósito necesario.
- ▶ Artículo 58 de la Ley de Matrimonio Civil, para deducir demanda de divorcio;
- ▶ Artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil, para deducir la demanda de nulidad de matrimonio.
- ▶ Artículo 24 del Código de Minería: los menores adultos podrán hacer pedimentos o manifestaciones sin necesidad del consentimiento o autorización de su representante legal.

Sin embargo, en ciertos casos la ley exige el cumplimiento de requisitos adicionales, en resguardo de los intereses del menor. Generalmente, consistirán en la **autorización judicial** (por ejemplo, arts. 254, 255, 393 y 397); la **aprobación judicial** (por ejemplo, arts. 400, 1326, 1342); y la **venta en pública subasta** (art. 394).

2º Los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

Los arts. 442 y siguientes reglamentan lo relativo a la curaduría del disipador. La disipación debe ser reiterada, de manera que se demuestre una falta total de prudencia. El art. 445, inciso 2º, señala algunos casos de disipación: *“El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos”*.

La interdicción puede ser definitiva o sólo provisoria, mientras se decide la causa (art. 446).

Los decretos de interdicción provisoria o definitiva (al igual que tratándose del demente), deben inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar y notificarse al público por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere. La inscripción y las publicaciones deben reducirse a expresar que determinado individuo no tiene la libre administración de sus bienes (arts. 447 del CC. y 52 N° 4 del Reglamento Conservatorio).

Todos los actos jurídicos realizados por el disipador antes de dictarse el decreto de interdicción, son válidos. Los realizados con posterioridad, adolecerán de nulidad.

Con todo, el disipador interdicto podrá, por sí solo:

- ▶ Contraer matrimonio (los artículos 5º y 6º de la Ley de Matrimonio Civil no lo incluyen en las causales de incapacidad);
- ▶ Reconocer un hijo (ninguna norma lo impide);

sanciones que correspondan. / Cualquier persona podrá denunciar ante los organismos competentes las infracciones relativas al trabajo infantil de que tuviere conocimiento”.

“Art. 18. Queda prohibido a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales. El período durante el cual el menor de 18 años no puede trabajar de noche será de once horas consecutivas, que comprenderá, al menos, el intervalo que media entre los veintidós y las siete horas”.

- ▶ Otorgar testamento (es cierto que la ley no lo señala de manera expresa, pero tampoco incluye al disipador interdicto entre aquellos inhábiles para testar (artículo 1005);
- ▶ Repudiar el reconocimiento de la paternidad o de la maternidad que hubiere operado a su favor (artículo 191, inciso 3°);
- ▶ Artículo 58 Ley de Matrimonio Civil: para demandar el divorcio;
- ▶ Artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil, para demandar la nulidad de matrimonio.
- ▶ Artículo 24 del Código de Minería: los disipadores interdictos podrán hacer pedimentos o manifestaciones sin necesidad del consentimiento o autorización de su representante legal.

La interdicción del disipador o del demente, debe solicitarse al Juzgado Civil competente, si se trata de un mayor de edad, o al Juzgado de Familia competente, si se trata de un menor de edad (artículo 8 número 6 de la Ley número 19.968, sobre Tribunales de Familia), por determinadas personas, generalmente el cónyuge y ciertos parientes. En todo caso, tratándose de un loco furioso, cualquiera persona puede solicitar la interdicción (arts. 443 y 459).

3° Características comunes a los relativamente incapaces:

- Pueden actuar personalmente, previa autorización de sus representantes; o a través de éstos últimos; o excepcionalmente, por sí solos, sin mediar autorización.
- Si actúan por sí mismos, sin estar previamente autorizados, sus actos adolecerán de nulidad relativa (art. 1682), salvo en aquellos casos excepcionales en que puedan actuar por sí mismos sin autorización previa.
- Los actos de los menores adultos producen obligaciones naturales (art. 1470 N° 1); no así tratándose de los actos de los disipadores, porque éstos últimos carecen del suficiente juicio y discernimiento (con todo, según veremos en el estudio de las obligaciones, para una parte de la doctrina los actos de los disipadores interdictos sí generan obligaciones naturales).
- Los actos de los relativamente incapaces admiten caución (artículo 1447).
- Los actos de los relativamente incapaces pueden ser ratificados o confirmados (art. 1684).
- Las obligaciones naturales producidas por los actos de los menores adultos (y en opinión de algunos, también por los actos de los disipadores interdictos), pueden ser novadas (art. 1630).

f.3) Las incapacidades particulares (art. 1447, inciso final).

Se trata de prohibiciones particulares que la ley ha impuesto a determinadas personas, para ejecutar o celebrar ciertos actos jurídicos.

La infracción a dichas prohibiciones no acarrea una sanción uniforme, y para determinarla, debemos atender a si se trata de normas prohibitivas o imperativas. En el primer caso, la infracción ocasionará nulidad absoluta por objeto ilícito (arts. 10 y 1466). En el segundo caso, por regla general la sanción será la nulidad relativa.

Ejemplo de norma imperativa: art. 412, 1°, nulidad relativa. Ejemplos de normas prohibitivas: arts. 412, 2°; 1796 a 1798, nulidad absoluta.

En otros casos, la sanción puede ser distinta a la nulidad, como acontece en el art. 114.

La doctrina se refiere a todas estas incapacidades particulares como casos de ausencia de legitimación para un negocio jurídico, y resalta sus diferencias con la incapacidad propiamente tal. Esta dice relación con la carencia de una aptitud intrínseca del

individuo, mientras que la legitimación para el negocio es una relación entre el sujeto y el objeto del acto jurídico. La capacidad depende de un modo de ser del sujeto en sí, mientras que la legitimación resulta de un modo de ser frente a otra persona. La capacidad de ejercicio revela la idoneidad del sujeto para actos jurídicos en general, idoneidad que se mide en relación con un grado de desarrollo psíquico general, en tanto la legitimación considera la idoneidad para un acto singular que se mide conforme a circunstancias particulares. En definitiva, a las incapacidades particulares están expuestos accidentalmente sujetos con capacidad plena, es decir con capacidad de ejercicio.

Así las cosas, podemos concluir que las incapacidades particulares o prohibiciones, afectan la capacidad de goce de un individuo, porque le impiden, en ciertas circunstancias y respecto de determinadas personas, la adquisición de derechos y la asunción de obligaciones.

6.-) El objeto.

a) En qué consiste.

El artículo 1445 señala que *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: (...) 3º. Que recaiga sobre un objeto lícito”*. Luego, el artículo 1460 indica que *“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”*. El artículo 1461, por su parte, dispone que *“No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan (...) Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible”*. Los artículos 1462 a 1466, según veremos, establecen los casos de objeto ilícito. El artículo 1468, en fin, advierte que *“No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*.

Como ha subrayado nuestra doctrina, el Código chileno habla de un objeto de *“un acto o declaración de voluntad”* (artículo 1445), es decir, de los actos jurídicos en general, y en este punto fue más preciso que el Código francés, que se refirió al objeto del contrato o convención en el artículo 1108.³⁵

La palabra *“objeto”*, en el contexto que sigue, tiene en realidad un **triple significado**, según si aludimos al **objeto del acto o contrato**, al **objeto de la obligación** y al **objeto de la prestación**.³⁶ En efecto, si se trata de aludir al objeto del acto jurídico, debemos entender la palabra *“objeto”* como sinónimo de **finalidad**. Corresponde a la acepción de la palabra que el Diccionario de la Lengua define como *“Fin a que se dirige una acción u operación”*. En cambio, si nos referimos al objeto de la obligación y con mayor razón al objeto de la prestación, entendemos la expresión *“objeto”* en su acepción de **contenido** de las mismas, es decir, objeto de la obligación referido a la prestación, y objeto de ésta que recae en una cosa o hecho que, respectivamente, debe darse, entregarse o ejecutarse o no ejecutarse. De esta manera, el objeto del acto o contrato es lo querido por el autor o por las partes del acto jurídico, mientras que el objeto de la obligación es la

³⁵ León Hurtado, Avelino, *“El Objeto en los Actos Jurídicos”*, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1983, p. 2.

³⁶ Cfr. Ruz Lártiga, Gonzalo, *“Explicaciones de Derecho Civil. Parte General y Acto Jurídico”*, Tomo I, Santiago de Chile, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile, año 2011, pp. 391 a 393.

prestación, que a su vez tiene por objeto la cosa que debe darse o el hecho que debe ejecutarse o no ejecutarse.³⁷ El objeto en cuanto finalidad, es una cuestión abstracta o intelectual.³⁸ El objeto en cuanto contenido, es una cuestión concreta o material.

El objeto del acto jurídico, entonces, corresponde al fin que persiguen las partes que lo otorgan o celebran. Como expresa Eugenio Velasco, cuando las personas celebran actos o contratos, *“al hacerlo, persiguen, precisamente, la generación de ciertos derechos y obligaciones que les son indispensables para la satisfacción de sus necesidades. En otras palabras, los ejecutan con el fin, con el objeto de que produzcan esos derechos y obligaciones, razón por la cual es el conjunto de todos éstos lo que constituye el objeto jurídico del acto o contrato”*.³⁹

El autor citado, define consecuentemente el objeto de un acto o contrato como *“el conjunto de derechos y obligaciones que él crea, modifica o extingue”*. Avelino León, por su parte, señala que el objeto de los actos jurídicos –comúnmente contratos– es crear obligaciones y correlativamente derechos, según se considere al deudor o al acreedor. Más aún: el objeto podrá ser también la modificación, transferencia o extinción de derechos y obligaciones.⁴⁰

En estricto derecho, entonces, el objeto inmediato del acto jurídico es la obligación y el derecho correlativo que se genera por él.

A su vez, tales derechos y obligaciones, como agrega Velasco, *“no son concebibles en el aire, no tienen razón de ser si no se aplican a una cosa o a un hecho; deben necesariamente referirse a alguna finalidad material. En efecto, nadie puede tener un derecho o una obligación en sí, sin que el derecho sea de exigir la dación o entrega de una cosa, o la realización o abstención de un hecho, o sin que la obligación se refiera a dar o a entregar esa cosa, o a realizar o no realizar ese hecho. Y esas cosas o esos hechos –positivos o negativos– a que las obligaciones y derechos forzosamente deben referirse son, precisamente, su objeto: el objeto de la obligación es la cosa o el hecho a que el derecho se aplica”*.

En rigor, ahora en el plano material o concreto, el objeto de los derechos y de las obligaciones será la prestación, que a su vez, recae en una cosa o en un hecho.

El distingo entre el objeto del acto o contrato y el objeto de los derechos y obligaciones no se recoge claramente en el Código Civil, pues confundiría el objeto del acto o contrato con el objeto de la obligación. En efecto, en él, se suele entender por objeto del acto o contrato el contenido de la prestación que nace de la obligación. Tal pareciera ser el criterio del Código Civil en sus artículos 1438 y 1460, al señalar que el objeto de la declaración de voluntad es una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. En otras palabras, el Código, quizá con un criterio pragmático, omite aludir a los derechos y obligaciones como objeto del acto o contrato, y alude directamente a la prestación.⁴¹ Sin

³⁷ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 115.

³⁸ La noción *“finalista”* del objeto no debe confundirse con la causa final, una de las acepciones de causa que estudiaremos más adelante, y que corresponde a la causa de las obligaciones. Como se ha dicho, el objeto responde a la pregunta de *“a qué”* se comprometieron las partes, mientras que la causa responde a la pregunta de *“por qué”* contrataron y se obligaron las partes.

³⁹ Velasco Letelier, Eugenio, *“El Objeto ante la Jurisprudencia”*, pp. 6 a 9, citado a su vez por Figueroa Yáñez, Gonzalo, *“Curso de Derecho Civil”*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1975, pp. 212 y 213.

⁴⁰ León Hurtado, Avelino, ob. cit., p. 2.

⁴¹ Como expresa Avelino León Hurtado, esta confusión se explica, porque *“en último análisis el objeto del acto o contrato y el objeto de la obligación se confunden de hecho si consideramos que ambos persiguen*

embargo, es necesario llenar tal omisión, pues no es concebible una prestación, sin los derechos y obligaciones que la justifiquen.

De tal forma, el objeto del acto jurídico serían los derechos y obligaciones por él creados, mientras que el objeto de las obligaciones son una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, es decir, la prestación debida.

Velasco propone los siguientes ejemplos de objeto del contrato de compraventa y de las obligaciones por él creadas. Objeto del contrato de compraventa, será la obligación del vendedor de entregar la cosa (correspondiente al derecho del comprador a exigir dicha entrega) y la obligación del comprador de pagar el precio (correspondiente al derecho del vendedor de exigirlo). En cambio, el objeto de las obligaciones será la cosa vendida y el precio.

Gonzalo Ruz, plantea un ejemplo similar, pero precisando también cual es el objeto de la prestación: celebrado un contrato de compraventa de un automóvil, el objeto del contrato será el derecho del comprador para que se le entregue el automóvil y el derecho del vendedor para exigir el pago, y las obligaciones correlativas de cada uno; el objeto de dichas obligaciones serán las prestaciones o comportamientos debidos a que están sujetas las partes del contrato; finalmente, el objeto de tales prestaciones estará constituido por aquello que debe darse por cada parte, es decir, el automóvil y el precio.

Planiol dice que el objeto es precisamente lo que debe el deudor, lo que correspondería al objeto de la obligación y de la prestación.

En síntesis, el objeto de las obligaciones y de las prestaciones que de éstas emanan, puede consistir en **una cosa** o en **un hecho**.

b) Requisitos del objeto, cuando recae en una cosa.

b.1) Debe ser real.

La cosa debe existir o esperarse que exista (art. 1461). Por lo tanto, puede tratarse de cosas presentes o futuras. Si la cosa existe durante los tratos preliminares o precontractuales pero se destruye antes de perfeccionar el acto jurídico, éste no llega a nacer y por ende no hay obligación por ausencia de objeto (así, por ejemplo, las partes celebran una compraventa en una notaría en el centro de Santiago de un caballo de carrera, sin saber que éste ha muerto media hora antes de un ataque cardiaco, mientras trotaba en un entrenamiento; o, se celebra una compraventa de un bosque, ignorando las partes que el mismo se destruyó completamente por un voraz incendio en la madrugada del mismo día en que se contrató); igual acontece si se contrata en el supuesto que la cosa existía y dicho supuesto era falso: art. 1814, 1°. Algunos autores señalan que este es un caso de inexistencia jurídica, pues el artículo 1814 señala que en tal hipótesis, la venta “...no produce efecto alguno”. Puede ocurrir que la cosa sólo exista en parte. En tal caso, debemos distinguir según si falta una parte considerable o una parte no considerable de la

*como finalidad esencial el logro de la cosa, del hecho o de la abstención que las partes han tenido a la vista al contratar. Y de este modo el objeto de las obligaciones va involucrado en el objeto del acto o contrato”: ob. cit., p. 2. Gonzalo Ruz Lártiga, formula un planteamiento similar, salvo en cuanto indica que la confusión se produce entre el objeto del acto jurídico y el objeto de la prestación (el énfasis es nuestro): “...la confusión carece de real significación pues, en definitiva, todo acto jurídico se refiere a las cosas o hechos que han de darse o ejecutarse y que constituyen el contenido económico y práctico de éste. En claro, el **objeto mediato** de todo acto jurídico es una o más cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer. El **objeto inmediato** de todo acto jurídico es crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones”: ob. cit., p. 393.*

cosa. Si falta una parte considerable, nace una opción para el comprador, que ejerce a su arbitrio, o sea, libremente: podrá solicitar la resolución⁴² del contrato (el Código habla de “*desistir del contrato*”) o darlo por subsistente pero pidiendo la rebaja del precio (“*abonando el precio a justa tasación*”, dice el Código). Si falta una parte no considerable (fundamentalmente, cuando por ejemplo se compran varias cosas, como 50 vacas pero el vendedor sólo entrega 48 animales), el comprador podrá pedir, exclusivamente, la rebaja del precio.

En el caso de las cosas futuras, es decir si la cosa no existe al tiempo del contrato pero se espera que exista, el acto jurídico será válido, pudiendo asumir dos formas:

1° Puede tratarse de un contrato aleatorio: en este caso, las partes sujetan la prestación a una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Dependerá del álea, que la cosa objeto del acto jurídico llegue o no a existir y en qué cantidad. Por ejemplo, si se compra “*en verde*” la producción agrícola de 10 hectáreas de un predio, es decir, se compra antes de conocer qué rendimiento tendrá dicho predio, estipulándose desde ya un precio a pagar en todo evento. O si se paga una suma determinada, por todo lo que capture un buque pesquero de alta mar, durante un mes de faenas. En estas hipótesis, aunque nada se obtenga, el contrato será válido y obligará al comprador a pagar el precio, aunque nada reciba a cambio o lo que reciba sea mucho menos de lo esperado.

2° Puede tratarse de un contrato condicional: en este caso, el contrato se reputa celebrado bajo la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. De no acontecer lo anterior, la condición se entenderá fallida y en definitiva no habrá contrato.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1813, la regla general, cuando se trata de una cosa que no existe pero se espera que exista, será entender que el contrato es condicional, y la excepción, que se trata de un contrato aleatorio (aquí, estamos ante un caso en el cual, excepcionalmente, la ley presume una condición, alterándose el principio en virtud del cual las modalidades requieren de un pacto expreso).

b.2) Debe ser comerciable.

Que la cosa sea comerciable, significa que puede ser objeto de una relación jurídica, que puede radicarse en un patrimonio, que pueda ser susceptible de dominio. No debemos confundir las cosas comerciables con las cosas enajenables, aunque usualmente las primeras son también de la segunda clase. Así, una cosa puede ser comerciable pero inalienable, como ocurre con el derecho de alimentos o el derecho de uso o habitación. Se trata de derechos personalísimos, que se radican en un patrimonio, y que por lo mismo son comerciables, pero no pueden transferirse. Para que la cosa sea comerciable entonces, basta que pueda incorporarse al patrimonio de un individuo, sin que necesariamente pueda transferirse con posterioridad.

Por regla general, las cosas son comerciables. Excepcionalmente, algunas cosas están fuera del comercio humano, sea por su naturaleza (como las cosas comunes a todos los hombres: la alta mar, el aire), sea por su destinación (como los bienes nacionales de uso público: las playas, calles, puentes y plazas públicas, por ejemplo).

⁴² A juicio de algunos, en este caso, habría nulidad absoluta por falta de objeto: ver FIGUEROA Yáñez, Gonzalo, “*Curso de Derecho Civil*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, tomo II, año 1989), pág. 238. Creemos en cambio que habría incumplimiento por parte del vendedor de su obligación de hacer una entrega íntegra de la cosa objeto del pacto, y por ende, el comprador diligente podría pedir la resolución del contrato.

La inmercabilidad puede ser absoluta o relativa, caso éste último en que el uso exclusivo de una cosa puede entregarse, cumpliendo ciertos requisitos, a determinadas personas: por ejemplo, concesión de parte de un bien nacional de uso público.

b.3) Debe ser determinada o determinable.

Las cosas deben estar determinadas a lo menos en cuanto a su género (art. 1461). En otras palabras, debe tratarse de un género limitado -por ejemplo, un caballo -, dentro del género ilimitado de los animales. Tal es la determinación mínima requerida por la ley. La determinación máxima, será cuando estamos ante una especie o cuerpo cierto.

Además, debe haber una determinación cuantitativa, pues de lo contrario tampoco estaríamos ante una manifestación seria de voluntad. No obstante, la cantidad puede ser inicialmente incierta, siempre y cuando en el propio acto jurídico se fijen reglas o datos que permitan determinarla. Lo anterior deja de manifiesto que el objeto también puede ser determinable, es decir, susceptible de una determinación posterior.

En cuanto a la calidad de la cosa debida, se entenderá, si nada han dicho las partes, que se debe una cosa de calidad a lo menos mediana: art. 1509.

No es obligación de los contratantes, por ende, fijar la calidad de la cosa debida, a diferencia de lo que ocurre con su género y con la cantidad, aunque ésta puede ser determinable.

b.4) Debe ser lícita. Nos referiremos a este requisito más adelante.

c) Requisitos del objeto, cuando recae en un hecho: art. 1461, último inciso.

La prestación del deudor puede consistir también en la ejecución de un hecho o en obligarse a una determinada abstención. Es decir, puede obligarse a un hecho positivo (obligación de hacer) o negativo (obligación de no hacer). Tal hecho debe reunir los siguientes requisitos:

c.1) Debe ser un hecho determinado o determinable.

Debe consistir en un hecho claramente determinado o en una abstención precisa. No es admisible que el hecho quede entregado al arbitrio del deudor (en tal sentido, el art. 1809, la determinación del precio no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, aunque sí de un tercero). En todo caso, y al igual que ocurre con las cosas, el hecho puede ser determinable: art. 1808. Sería un hecho determinable, por ejemplo, el que emana del contrato que celebra el representante del Teatro Municipal con un cantante de ópera, obligándose éste a interpretar al menos una de tres posibles obras que se indican en la convención, de Verdi, debiendo el Teatro comunicarle al cantante cuál de ellas se interpretará por el artista, seis meses antes de la función.

c.2) Debe ser un hecho físicamente posible.

Un hecho es físicamente imposible, cuando es contrario a la naturaleza. Tal imposibilidad física debe ser absoluta, vale decir, el hecho debe ser irrealizable para cualquier persona. La imposibilidad absoluta puede ser perpetua o temporal. En el segundo caso, habrá que atender al momento y lugar en donde debe cumplirse la obligación, para concluir si se trata de un hecho posible.

Cabe agregar que por el avance de la ciencia y de la técnica, la imposibilidad es un concepto variable, y lo que hoy día es imposible, en el futuro perfectamente puede ser posible.

c.3) Debe ser un hecho moralmente posible.

Es moralmente imposible, el hecho prohibido por las leyes, o el contrario a las buenas costumbres o al orden público. Debemos tener presente en este punto los arts. 10 y 1466, acerca de los actos prohibidos por la ley.

d) El objeto lícito.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 1445 número 3, el objeto también debe ser lícito. No hay acuerdo en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por objeto lícito. Somarriva sostiene que objeto lícito es el que está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público. Alessandri hace sinónimos los términos “*lícito*” y “*comerciable*”. Claro Solar señala que es aquél que está conforme con la ley, es reconocido por ella. Para Eugenio Velasco, objeto lícito es aquél que cumple con todas las exigencias legales contenidas en el art. 1461: realidad, comerciabilidad y determinación, si se trata de una cosa, y además la posibilidad física o moral para realizarse, si se trata de un hecho.

De todas formas, la ley adopta un criterio casuístico, y señala las hipótesis de objeto ilícito en los arts. 1462 a 1466, que analizaremos a continuación.

1º Actos contrarios al Derecho Público chileno: art. 1462.

Igual sanción se consagra a nivel constitucional, en el art. 7º de la Constitución Política, al establecer que ninguna magistratura, persona o grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o de las leyes.

El caso señalado en el art. 1462, en cuanto a someter la decisión de un litigio a una jurisdicción no reconocida por nuestras leyes, es sólo ejemplar. En relación a este caso, se ha discutido en la doctrina si es válida o no la estipulación en virtud de la cual las partes acuerdan someter una controversia a un tribunal extranjero. A juicio de algunos, dicha estipulación sería ilícita, pues desconocería las normas de jurisdicción y competencia establecidas en el Código Orgánico de Tribunales, infringiendo por ende, el derecho público chileno. Para otros, tal estipulación no estaría prohibida por el artículo 1462, porque las jurisdicciones extranjeras estarían reconocidas por las leyes chilenas, desde el momento que el Código de Procedimiento Civil contiene normas relativas al cumplimiento de resoluciones dictadas por tribunales extranjeros.⁴³

Cabe advertir que la estipulación en cuestión, es muy frecuente en la práctica y legítima en el Derecho Internacional Privado (artículo 318 del Código de Bustamante).⁴⁴

En todo caso, es perfectamente válida la cláusula de un contrato en la que las partes acuerdan someter el conocimiento y fallo de cualquiera dificultad que entre ellas se suscite a un juez árbitro, pues tales jueces son admitidos por la ley para resolver determinados asuntos.

Ejemplos de ésta hipótesis de objeto ilícito: i) Conforme al artículo 39º del Decreto Supremo N° 1 de 6 de junio de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el propietario que hubiere sido beneficiario de subsidio habitacional, no podrá, durante el plazo de cinco años contados desde la entrega material del inmueble, celebrar acto o contrato alguno que importe cesión de uso y goce de la vivienda adquirida, sea a título gratuito u oneroso, sin previa autorización escrita del Serviu (Servicio de Vivienda y

⁴³ Vial del Río, Víctor, ob. cit., pág. 222.

⁴⁴ Vial del Río, Víctor, ob. cit., pág. 222.

Urbanización). Puesto que ella está incorporada en una norma de Derecho Público, su infracción constituirá objeto ilícito, y por ende el contrato adolecerá de nulidad absoluta, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en el citado Decreto. ii) Ante la eventualidad de que un municipio pueda dar en comodato un bien inmueble, habría que distinguir según se trate de bienes nacionales de uso público o de bienes municipales. Respecto de los primeros, no es posible entregarlos en comodato. En efecto, el artículo 36 de la Ley N° 18.695, “*Orgánica Constitucional de Municipalidades*”, deja en claro que éstas cosas pueden ser objeto de un permiso o de una concesión, más no de un comodato. Dispone la norma: “*Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos. / Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización. / Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público. / El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquél*”. Si el Municipio contraviene la norma transcrita, el acto jurídico adolecerá de objeto ilícito por haberse infringido una norma de Derecho Público.

2° Pactos sobre sucesión futura: art. 1463.

Se consagra en este precepto el principio siguiente: el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona. En consecuencia, quien tiene la expectativa de suceder a un futuro causante, no podría celebrar contrato alguno con un tercero, antes de que fallezca la persona de cuya sucesión se trate. A su vez, el propio futuro causante tampoco podría celebrar contrato alguno, obligándose a dejar el todo o parte de su herencia a un tercero.

Debemos tener presente que las asignaciones no pueden aceptarse o repudiarse antes de fallecer el causante: arts. 956 y 1226.

Los términos del art. 1463 no son del todo precisos, puesto que alude a “*una donación o contrato*”, en circunstancias de que la donación es también un contrato. Por ello, se ha entendido que el legislador ha querido decir que el derecho de suceder a una persona viva no puede ser objeto de convención alguna, a título gratuito u oneroso.

La prohibición se refiere tanto a los actos jurídicos unilaterales como bilaterales, sin perjuicio que preferentemente alude a estos últimos.

El pacto prohibido en el artículo 1463 puede ser:⁴⁵

- De institución: el pacto se celebra entre el futuro causante y un futuro asignatario, y en virtud de él, el primero se obliga, a cambio de un pago o sin mediar dicho pago, a instituir al segundo como su heredero o legatario. El pacto podría ser recíproco e incluso desprenderse de dos testamentos, caso en el cual el artículo 1059 reitera la nulidad de las disposiciones contenidos en ellos, que denomina “*captatorias*”. El artículo 1192, relativo a la legítima rigurosa (la más importante de las asignaciones forzosas), deja en claro también que ella no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno.

⁴⁵ Claro Solar, Luis, “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones*”, Tomo II, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, año 1937, pp. 280 a 285.

- De renuncia: el pacto se celebra entre el futuro causante y un futuro asignatario, o entre el segundo y un tercero (que podría ser o no otro posible asignatario), y en virtud de él, el futuro asignatario, a cambio de un pago o sin mediar dicho pago, renuncia desde ya a su futura herencia (que le habría correspondido como heredero abintestato).
- De cesión: el pacto se celebra entre el futuro asignatario y un tercero (que podría también serlo), en virtud del cual el primero se obliga, a cambio de un pago o sin mediar pago, a transferirle al segundo, una vez fallecido el causante, su derecho de herencia o al legado que le favorezca.

Luis Claro Solar señala que, de lo expuesto, para que exista un pacto sobre sucesión por causa de muerte de persona viva, que produce objeto ilícito, se requiere:

- a) Que la sucesión no esté abierta.
- b) Que el pacto verse sobre la totalidad o sobre una parte alícuota de la sucesión futura o sobre bienes comprendidos en ella.
- c) Que el promitente tenga un derecho puramente sucesorio sobre el objeto del pacto.⁴⁶

La regla general del art. 1463 tiene una excepción sin embargo, contemplada en el art. 1204, relativa a la cuarta de mejoras: la excepción consiste en prometer no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras. Es una obligación de abstención. En otras palabras, la ley no permite obligarse a dejar la cuarta de mejoras a determinado asignatario.

3º Enajenación de las cosas enumeradas en el art. 1464.

* Acepciones de la expresión “*enajenación*”.

La expresión “*enajenación*” está tomada en el precepto en su sentido amplio: significa todo acto de disposición entre vivos por el cual el titular de un derecho lo transfiere a otra persona o constituye sobre él un nuevo derecho a favor de un tercero, que viene a limitar o gravar el suyo. Por ejemplo, constituir una hipoteca o una prenda.

En un sentido restringido, enajenación es el acto por el cual el titular de un derecho lo transfiere a otra persona. Es decir, es el acto por el cual el derecho sale del patrimonio del primero, para radicarse en el patrimonio del segundo.

* Enajenación y adjudicación.

No debemos confundir la enajenación con la “*adjudicación*”. En efecto, cabe precisar que la adjudicación de alguno de los bienes señalados en el artículo 1464 no constituye enajenación, puesto que la adjudicación es un título declarativo y no traslativo de dominio. La adjudicación, que opera en el marco de la partición o liquidación de una comunidad, es el acto por el cual un determinado bien o derecho, que se poseía indiviso o en comunidad entre varios comuneros, se singulariza en forma exclusiva en el patrimonio de uno de ellos. En este caso, por una ficción legal, se entiende que el adjudicatario siempre fue el dueño exclusivo del bien que se le adjudicó, desde el mismo momento en que se formó la comunidad. En otras palabras, la adjudicación sólo viene a “*declarar*” un dominio preexistente, y por ende tiene efecto retroactivo. No hay pues enajenación, pues ésta supone un título traslativo que la anteceda. Los arts. 718, 1344 y 2417 responden a los principios anteriores.

* Venta y enajenación.

⁴⁶ Así, por ejemplo, el titular de la nuda propiedad podrá venderla antes de que expire un usufructo vitalicio, y en tal caso, el contrato será perfectamente válido.

En torno al art. 1464 se ha planteado también el problema de si habría objeto ilícito en la venta de las cosas que señala el precepto. Cabe en este punto relacionar el art. citado con el art. 1810, norma que dispone que pueden venderse todas las cosas corporales o incorpóreas, cuya enajenación no esté prohibida por ley.

Debemos recordar que una ley es prohibitiva cuando impide realizar un acto en forma alguna, bajo ninguna circunstancia o respecto. Considerando lo anterior, puede concluirse, siguiendo a Eugenio Velasco⁴⁷, que el art. 1464 es una norma prohibitiva sólo en sus números 1 y 2, pero no así en sus números 3 y 4, casos estos últimos en los que se permite la enajenación, cumpliendo ciertos requisitos, circunstancia que nos hace estar ante una norma imperativa de requisito. En consecuencia, la venta de las cosas a que se refieren los números 3 y 4 es válida, sin perjuicio de que la tradición o transferencia del dominio sólo se podrá efectuar una vez que se cumplan los requisitos que establece el art. 1464⁴⁸. Precisemos que para esta teoría, la venta será válida, sin necesidad de cumplir con los requisitos señalados en los números 3 y 4 del artículo 1464, pues ellos se exigen para la “enajenación”, no para la “venta”. Como argumento a favor de esta doctrina, cabe considerar lo dispuesto en el artículo 1466, cuando dice que hay objeto ilícito “en la venta” de las cosas que ahí se singularizan. Si el legislador se refirió expresamente a la venta, en éstos casos del artículo 1466, quiere decir que en aquellos contemplados en el artículo 1464, donde sólo alude a “la enajenación”, la venta sería perfectamente lícita, tratándose de las cosas mencionadas en los números 3 y 4 del precepto.

Carlos Ducci estima por su parte que no pueden venderse las cosas comprendidas en los cuatro números del art. 1464. Afirma que al referirse el art. 1810 a las cosas cuya enajenación esté prohibida, ha significado que la enajenación no esté autorizada, no esté permitida, pero en ningún momento ha querido exigir que la no enajenación esté consignada en una disposición de carácter absolutamente prohibitivo. O sea, el artículo 1810 aludiría tanto a normas prohibitivas como a normas imperativas de requisito. Por lo tanto, para vender alguna de las cosas señaladas en los números 3 y 4 del art. 1464, será necesario cumplir previamente con los requisitos allí enunciados a propósito de la enajenación⁴⁹.

* Enajenación de las cosas inenajenables: art. 1464 número 1.

Según si las cosas pueden o no ser objeto de relaciones jurídicas por los particulares, se clasifican en enajenables e inenajenables. Bienes enajenables son los que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, de manera que sobre ellos puede recaer un derecho real o puede constituirse a su respecto un derecho personal. Bienes inenajenables son los que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por los particulares. No puede existir a su respecto un derecho real ni personal.

Se incluyen en este número las cosas comunes a todos los hombres, como la alta mar y el aire (art. 585); los bienes nacionales de uso público (art. 589) y las cosas consagradas al culto divino (art. 586). En el primer caso, los bienes son inenajenables en

⁴⁷ “Derecho Civil. Parte preliminar y parte general”, Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic, Tomo Segundo, Quinta edición, Ediar Conosur, Santiago, año 1991, págs. 247 y 248.

⁴⁸ Antonio Vodanovic H., “Manual de Derecho Civil”, Tomo II, Parte Preliminar y General, Editorial LexisNexis, Santiago, año 2003, págs. 126 y 127.

⁴⁹ Ducci Claro, Carlos, “Derecho Civil. Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, año 1984, pág. 284.

razón de su naturaleza. En el segundo y tercer caso, se trata de bienes sustraídos del comercio humano para destinarlos a un fin público.

Cabe precisar que no es lo mismo bien intransferible y bien inalienable. Los primeros no pueden ser objeto de relaciones jurídicas de derecho privado; los segundos, son cosas que están sujetas simplemente a una prohibición de ser enajenadas, pero son transferibles, pues no obstante la limitación apuntada, constituyen el objeto de un derecho privado.

* Enajenación de los derechos personalísimos: art. 1464 número 2.

Son tales, aquellos que si bien pueden ser objeto de una relación jurídica, pueden radicarse en un patrimonio, sólo pueden ser ejercidos por su titular, sin posibilidades de ser enajenados por acto entre vivos y extinguiéndose con la muerte de éste. Los derechos personalísimos se agotan con su primer y único titular. Los derechos personalísimos, en consecuencia, son transferibles pero inalienables e intransferibles.

Son tales, por ejemplo, el derecho de uso o habitación (art. 819); el derecho de alimentos futuros (art. 334)⁵⁰; el derecho legal de goce o usufructo legal, que tiene el padre o madre sobre los bienes del hijo no emancipado (artículo 252).

* Enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial: art. 1464 número 3.

+ Sentido de la palabra “*embargo*” en este precepto: el embargo es una institución, en estricto sentido, propia del juicio ejecutivo, y consiste en la aprehensión compulsiva, hecha por mandamiento del juez que conoce la ejecución, de uno o más bienes determinados del deudor y en su entrega a un depositario, que debe mantenerlos a disposición del tribunal, todo con el fin de asegurar el pago de la deuda. Pero para la mayoría de la doctrina, el término “*embargo*” está tomado en un sentido más amplio en el art. 1464, abarcando, además del embargo propiamente tal, otras instituciones que también tienen por objeto asegurar el resultado del juicio, como acontece con las medidas precautorias de prohibición de enajenar y gravar bienes, de secuestro, retención y la prohibición judicial de ejecutar y celebrar actos y contratos sobre bienes determinados.

En este punto, debemos tener presente los arts. 297 y 453 del C. de P.C.

El art. 297 dispone que en el caso de que la prohibición recaiga sobre bienes raíces, deberá inscribirse en el Registro del respectivo Conservador, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros. Cuando la prohibición recaiga sobre bienes muebles, sólo producirá efecto respecto de terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato que celebren con el propietario de la cosa y que tenga por objeto la misma; pero no obstante lo anterior, el demandado será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas.

El art. 453 señala por su parte que si el embargo recae sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no producirá efecto alguno legal respecto de terceros sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio en donde estén situados los inmuebles.

Como se observa, en ambos casos, tanto respecto de las prohibiciones de gravar y enajenar cuanto respecto a los embargos, la ley exige, para su oponibilidad a terceros, cuando recaen en inmuebles, cumplir con los requisitos de publicidad indicados.

+ Aplicación tanto en las enajenaciones voluntarias como forzadas: el número 3 del art. 1464 se aplica tanto a las enajenaciones voluntarias como a las forzadas. Este último caso

⁵⁰ Decimos “*alimentos futuros*”, pues de conformidad al artículo 336 del Código Civil, tratándose de las pensiones alimenticias atrasadas, el derecho a demandarlas puede venderse y cederse.

se plantea cuando un bien ha sido embargado en dos o más juicios. Para proceder a su remate en uno de los tribunales, deberá requerirse la autorización de los restantes jueces o el consentimiento de los acreedores. Con mayor razón será necesaria la autorización o el consentimiento cuando la enajenación sea voluntaria, es decir, se realice fuera de juicio.

+ Situación de las prohibiciones voluntarias o convencionales: se ha planteado si la prohibición de enajenar convenida por las partes en un contrato, queda comprendida en el número 3 del art. 1464. En este caso, se estipula en una convención que el deudor -y propietario del bien- no podrá gravar o enajenarlo, sin previa autorización del acreedor, concedida usualmente compareciendo en la respectiva escritura de venta, hipoteca, etc. Se ha concluido que la violación de una cláusula de esta naturaleza no anula la venta y posterior enajenación, no adolecerán éstas de objeto ilícito. La infracción de la cláusula sólo hará responsable al transgresor de los perjuicios que ocasionare al acreedor en cuyo favor se estipuló la prohibición. Se fundamenta la conclusión anterior en el principio de que la facultad de disposición, de la esencia del dueño, es de orden público; la libre circulación de los bienes no puede limitarse por convención de las partes. Y si de hecho se limita, tal convención sería inocua, desde el punto de vista de la validez de los actos jurídicos que celebre el infractor. Por lo demás, se agrega que la nulidad es una sanción legal, y no una pena estipulada por las partes. De tal forma, sólo las prohibiciones legales y judiciales quedan comprendidas en el número 3 del art. 1464.

+ Medios de enajenar válidamente las cosas embargadas o sobre las cuales se ha decretado una prohibición judicial.

La ley señala dos medios para enajenar válidamente el bien que se encuentra en la situación descrita:

++ Autorización del juez: debe ser el mismo juez que decretó la prohibición o embargo. Si varios jueces han decretado embargos o prohibiciones sobre una misma cosa, todos deben autorizar su enajenación. La autorización debe ser expresa y obviamente anterior a la enajenación. En la práctica, si la cosa soporta embargos decretados por varios tribunales, debe pedirse en la causa en la que se pretende rematarla, que se oficie a los demás tribunales, solicitando las autorizaciones. Una vez que se reciban los oficios con las respuestas de éstos tribunales, se podrá pedir que se fije día y hora para la subasta.

++ Consentimiento del acreedor: el consentimiento puede ser expreso o tácito. La jurisprudencia ha señalado que habría consentimiento tácito si quien compra es el propio acreedor que solicitó el embargo, o si toma conocimiento del remate que se efectuará en otro juicio ejecutivo y no se opone. En todo caso, al igual que en la situación anterior, el consentimiento del acreedor debe ser previo a la enajenación. El consentimiento posterior no valida el acto, ya que la sanción del objeto ilícito es la nulidad absoluta y ésta no admite ratificación. El acreedor puede prestar su consentimiento por instrumento privado o público. Lo usual será que comparezca en la escritura de compraventa que servirá de título para la tradición, es decir, para la enajenación.

* Enajenación de especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio: art. 1464 número 4.

Cosas litigiosas son los muebles e inmuebles sobre cuyo dominio discuten en un juicio las partes. En esta materia, debemos tener presente lo dispuesto en los arts. 296 y 297 del C. de P.C. El inciso 2º del art. 296 dispone que para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número 4 del art. 1464, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos. La prohibición ha de ser la de celebrar actos y contratos sobre el bien en cuestión. No basta entonces con la sola existencia del litigio.

Considerando a su vez que la jurisprudencia ha extendido el sentido de la expresión “*embargadas*” del número 3 del art. 1464 a las prohibiciones judiciales de gravar y enajenar, el número 4 del mismo precepto estaría demás en realidad.

* Inaplicabilidad de los números 3 y 4 del artículo 1464, en los juicios especiales de la Ley General de Bancos: por expreso mandato del artículo 106 de la citada ley, en las enajenaciones que se efectúen en los aludidos juicios especiales, no tendrá aplicación lo dispuesto en los números 3 y 4 del artículo 1464 y el juez decretará sin más trámite la cancelación de los embargos u otras prohibiciones que afecten al predio enajenado, aun cuando hubieren sido decretados por otros tribunales.

4° Condonación del dolo futuro: art. 1465.

La condonación del dolo futuro es inaceptable para la ley, porque ello implicaría amparar una inmoralidad y proteger la mala fe, así como destruir de paso la presunción general de buena fe. El Código Civil consagra el principio opuesto al dolo, al proclamar en su artículo 1546 que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

Pero el dolo sí puede condonarse a posteriori, aunque dicha condonación ha de ser expresa. Tal derecho corresponderá a la víctima del fraude.

Como lo habíamos señalado, este caso de objeto ilícito corresponde al dolo que opera en el cumplimiento o ejecución de los contratos y que se contrapone a la buena fe con que deben ejecutarse los contratos, conforme a lo previsto en el artículo 1546. No se trata, por cierto, del dolo como vicio del consentimiento, porque éste opera al momento de nacer el contrato, y no sería por ende “*dolo futuro*”.

5° Deudas contraídas en juegos de azar: art. 1466.

En esta prohibición, deben comprenderse también las apuestas, de acuerdo a lo indicado en el art. 2259.

No obstante, hay diversos juegos de azar que leyes especiales permiten, fundamentalmente por razones de beneficencia o interés general.

No debemos confundir los juegos de azar con los llamados juegos de destreza. Esos últimos, en los que no predomina la suerte, como en los primeros, pueden ser a su vez de destreza corporal y de destreza intelectual, y son lícitos. Los juegos de destreza corporal dan origen a acciones y excepciones civiles, es decir, originan obligaciones civiles perfectas. Los juegos de destreza intelectual originarían una obligación natural, esto es, una obligación que no produce acción para exigir su cumplimiento, pero sí excepción, es decir, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas (arts. 2263 y 2260, en relación con el art. 1470).

6° Venta:

- de ciertos libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente;
- de láminas, pinturas y estatuas obscenas; y
- de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa (art. 1466).

Aquí, hay obviamente una razón de orden público y moral, para impedir su circulación. El art. 374 del Código Penal. establece una figura delictual relacionada con esta materia.

En relación a las publicaciones, cabe tener presente las normas de la Ley 19.733, “*Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.*”

Nótese que el artículo 1466 habla de objeto ilícito “*en la venta*”, mientras que, según vimos, el artículo 1464 se refiere al objeto ilícito “*en la enajenación*”. Pensamos que este distingo refuerza la tesis de Eugenio Velasco, en orden a que no hay objeto ilícito en la venta de bienes embargados, pues la ley alude a la enajenación, siendo, por cierto, uno y otro, actos jurídicos diferentes. Si la ley hubiere querido extender el caso de objeto ilícito del artículo 1464 a la venta, lo habría señalado, como lo hizo en el artículo 1466.

7º Actos prohibidos por la ley: art. 1466.

Constituye la regla general de objeto ilícito. Este precepto debemos relacionarlo con los arts. 10 y 1682, que establecen precisamente que por regla general, la sanción en caso de infringirse una norma prohibitiva, será la nulidad absoluta.

7.- La causa.

a) Legislación positiva.

Escasas son las disposiciones acerca de la causa en el Código Civil chileno. En primer lugar, la del artículo 1445, que incluye a la causa lícita entre los requisitos de validez de todo acto jurídico. Seguidamente, el artículo 1467, que define la causa, y finalmente el artículo 1468, que sanciona a quien contrata a sabiendas de que el acto jurídico adolece de causa ilícita.

Estas disposiciones, en términos generales, reproducen normas del Código Civil francés, que también trata la causa en forma insuficiente, lo que hace decir a Jossierand: “*La teoría de la causa tiene reputación bien ganada de ser abstracta y oscura; la reputación de ello incumbe al legislador, que sólo ha consagrado a esta importante materia tres disposiciones sumamente lacónicas, y a la tradición, que es indecisa y a veces contradictoria, como también a la jurisprudencia*”.^{51 52}

A estos tres artículos, podemos sumar también el artículo 1682, en las normas de la nulidad, que incluye la “*causa ilícita*” entre las causales de nulidad absoluta.

b) Doctrinas causalistas y anticausalistas.

La doctrina “*tradicional*” postula que el acto jurídico debe tener, junto a la voluntad y al objeto, una causa. Todos son presupuestos para la existencia del acto o contrato (a estos tres, en ciertos casos, habrá que agregar las solemnidades). Esta es la posición de los “*causalistas*”. Otros autores, en cambio, consideran que para la existencia del acto jurídico bastan la manifestación de voluntad y el objeto (y las solemnidades en ciertos casos), siendo la causa un requisito artificial y prescindible. Estos son los “*anticausalistas*”.⁵³

⁵¹ León Hurtado, Avelino, “*La Causa*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1990, p. 13.

⁵² Las normas del Código Civil francés relativas a la causa son las siguientes: “*Artículo 1131.- La obligación sin causa, o con una causa falsa, o con una causa ilícita, no podrá tener ningún efecto.*”; “*Artículo 1132.- La convención no es menos válida, aunque la causa no se haya expresado.*”; “*Artículo 1133.- La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público*”. Nótese que el Código Napoleón no contiene una definición de causa, a diferencia del Código chileno.

⁵³ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 133.

Dentro de la corriente de los causalistas, pueden observarse a su vez dos posiciones. Los que forman parte de la primera posición, siguen la doctrina francesa, llamada clásica o tradicional, o a la doctrina italiana más reciente, a las que haremos referencia. Esta primera tendencia concibe la causa en términos objetivos y vinculada con la obligación. Los que adhieren a la segunda posición, consideran la causa con un criterio subjetivo, aludiendo a los móviles o motivos que determinan contratar. Vinculan la causa, por ende, con el contrato.⁵⁴

Los anticausalistas, en cambio, rechazan la noción de causa, afirmando que es falsa e inútil. Algunos la consideran dentro del objeto y otros dentro del consentimiento. Veremos sus argumentos más adelante.

c) Causa del contrato y causa de la obligación.⁵⁵

Según ya hemos adelantado de los criterios doctrinarios, dentro de los causalistas existe un debate en orden a si la causa que contempla la ley es la del contrato o la de la obligación. Si nos referimos a la causa del contrato, la pregunta sería ¿por qué se contrató? En cambio, si aludimos a la causa de las obligaciones emanadas del contrato, la pregunta sería ¿por qué se debe tal cosa o hecho? Las normas de nuestro Código Civil, sin embargo, no permiten resolver la disyuntiva con claridad. En efecto, de la lectura de los artículos que se refieren a la causa, no queda en claro si el requisito de la causa lícita debe concurrir en todo acto jurídico, en la convención o contrato o en las obligaciones generadas por el acto jurídico. En efecto, el Código, en el artículo 1445, pareciera aludir a la causa de la obligación, al expresar: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario (...) 4º. Que tenga una causa lícita*”. Más adelante, en el artículo 1467, dice primero que “*No puede haber obligación sin una causa real y lícita*”, y después, al definir lo que se entiende por causa, indica que es “*el motivo que induce al acto o contrato*”.

Esta falta de precisión de la ley se advierte también en la doctrina. Así, algunos autores (Alessandri Rodríguez, Alessandri Besa y Leopoldo Urrutia) estiman que la causa es requisito de la declaración de voluntad, del acto o contrato, como se desprendería de la ubicación del artículo 1467, en el título que trata de los requisitos internos de los actos o declaraciones de voluntad. La causa del contrato sería el interés jurídico que induce a cada una de las partes a contratar, mientras que la causa de la obligación sería la fuente de donde ésta emana, a saber, el propio contrato.

Este criterio ha sido impugnado, y la doctrina dominante (en el derecho francés especialmente) se refiere a la “*causa de la obligación*”, confirmando, dicen quienes sustentan la doctrina, lo que expresa el propio artículo 1467.

Como vemos, el mismo precepto –artículo 1467- sirve de fundamento para las dos doctrinas.

No falta la posición ecléctica, como la de Claro Solar, que estima que el asunto no tiene importancia práctica, “*ya que afectando la causa esencialmente a la manifestación de voluntad, al consentimiento, tiene que referirse al contrato o al acto jurídico, así como a la obligación que en ellos se genera*”. Su posición ecléctica, que en definitiva no resuelve el problema, queda de manifiesto al agregar: “*Capitant sostiene que es un error hablar, como*

⁵⁴ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 134.

⁵⁵ Cfr. León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 14 a 17.

lo hacen ciertos autores, de la causa del contrato, porque la causa de un contrato nada significa. No nos parece, sin embargo –agrega Claro Solar-, que pueda prescindirse de la necesidad de la existencia de la causa de todo acto o declaración de voluntad de que emana una obligación, porque el hombre no se compromete a dar, hacer o no hacer algo, sino en virtud de un motivo, es decir, de una causa que lo mueve a contratar y que la obligación deberá realizar”.

Otros autores expresan con mayor precisión que la causa del contrato son los motivos que mueven a cada contratante a celebrar el acto. Estos móviles concretos, personales de cada contratante, constituyen la causa ocasional, que como veremos, no tiene influencia en la validez del contrato, a juicio de una parte de la doctrina.

En cambio, la causa de la obligación sería la razón jurídica por la cual el contratante asume su obligación. Esta causa final es idéntica en contratos de la misma especie y es ajena a la personalidad del contratante, es una noción abstracta de técnica jurídica.

La doctrina y legislación italiana (Código Civil de 1942), distinguen también la causa del contrato de la causa de la obligación. La doctrina dominante en Italia ha precisado que la causa del contrato es el fin económico-social perseguido en el contrato y que “*consiste en la modificación de una situación existente que el derecho objetivo considera importante para sus propias finalidades*”. La causa de la obligación, en cambio, es el fundamento jurídico del deber de cumplimiento (causa debendi).

Y así, puede haber causa del contrato y no haber causa de la obligación, como ocurre con la compraventa en que la causa para el vendedor es la promesa del pago del precio –causa del contrato-, pero una vez perfeccionado el contrato, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa si el comprador se niega a pagar el precio, pues la causa de la obligación del vendedor viene a faltar por ese incumplimiento. La causa del contrato actúa entonces antes que el contrato se forme o a lo sumo durante su formación; la causa de la obligación actúa después que el contrato se ha formado y cuando la obligación debe cumplirse.

Nuestros tribunales han empleado indistintamente los conceptos de causa del contrato y causa de la obligación. Un fallo señala: “*Nuestro Código Civil exige para que pueda haber obligación o contrato válido, fuera de otras condiciones, la existencia de una causa lícita*”.

Para Avelino León Hurtado, la causa se refiere a la obligación y no al contrato. La causa del contrato, en el sentido de motivo que induce a contratar, corresponde al concepto de causa ocasional, y no tiene influencia en la validez del contrato. La causa de la obligación, en cambio, corresponde a la causa final.

Vial del Río sintetiza los argumentos de los partidarios de una y otra doctrina en los términos siguientes:

- Argumentos de quienes sostienen que es la obligación y no el acto de la cual ésta emana, la que requiere causa:

- i) Tal sería el sentido del artículo 1445, que requiere para que una persona *se obligue* a otra por un acto o declaración de voluntad, una causa lícita.

- ii) El inciso 1º del artículo 1467 señala que no puede haber *obligación* sin una causa.

- iii) El Código Civil se dictó en pleno auge de la doctrina clásica o tradicional, que refiere la causa a la obligación y no al acto jurídico.

- Argumentos de quienes sostienen que el acto o contrato debe tener una causa:

- i) El artículo 1445, número 4, si bien, en apariencia vincula la causa a la obligación, está exigiendo en realidad una causa lícita para el acto que engendra la obligación.

- ii) La redacción del artículo 1467, que define la causa, deja en claro que es el acto o contrato el que la requiere, pues alude al motivo del mismo.
- iii) El artículo 2057 se refiere a las sociedades nulas por ilicitud del objeto o de la causa. Es la sociedad, es decir el contrato, el que adolece de causa ilícita.⁵⁶

d) La causa, elemento de las obligaciones de origen voluntario y especialmente contractuales.

Cabe indicar, como subraya A. León, que la causa se aplica sólo a las obligaciones de origen voluntario y especialmente contractuales. Cuando se habla de causa en relación con la obligación, ésta debe tener su origen en la manifestación de voluntad del deudor. La ley se refiere a la causa en los “*actos y contratos*” (artículos 1445 y 1467). Esta conclusión la corrobora el origen histórico de la causa, pues Domat creó la doctrina de la causa a propósito de los contratos sinalagmáticos.⁵⁷ El origen voluntario de la obligación, puede observarse, por ejemplo, en obligaciones que emanan de un testamento o de una convención.

En las obligaciones de otro origen, no cabe referirse a la causa en el sentido expuesto. Por eso, se ha fallado que no tratándose de una obligación emanada de un contrato, sino de una obligación legal, por ejemplo la de proporcionar alimentos a ciertas personas, –de un acto de autoridad, cuya fuente y causa está en la ley misma–, no es aplicable el artículo 1467. Por tanto, no puede existir la infracción consistente en que la obligación carecería de causa real y lícita.

e) Origen y evolución de la doctrina de la causa.⁵⁸

e.1) La causa y el Derecho Romano.

La causa no fue creada por el Derecho Romano ni tuvo aplicación en él de acuerdo con el concepto que le fija el Derecho actual.

Para los romanos, la causa era la formalidad, la entrega de la cosa o el cumplimiento de la fórmula que daba origen al contrato; es decir, la palabra causa se empleaba en el sentido de causa eficiente, de generadora del contrato.

En los primeros tiempos de Roma, existieron los contratos formales. La obligación surgía abstraída de causa, es decir, era una obligación abstracta. De tal forma, probándose el cumplimiento de la fórmula, es decir la existencia formal de la obligación, el deudor no podía excusarse de cumplirla a pretexto, por ejemplo, de falta de contraprestación del acreedor. Así, bastaba con la enunciación solemne de la fórmula, por ejemplo, referida a la promesa de pagar una suma de dinero, para que el declarante quedara obligado, aún cuando no hubiere tenido motivo alguno para sumir tal compromiso. En otras palabras, la razón que movía a contratar era ajena a la formación del contrato y por ende, los vicios de la voluntad no influían en la validez del contrato. Cumplida con la formalidad, no cabía alegar después, por ejemplo, error o falta de contraprestación de la contraparte (en igual sentido, se entendían los actos de la *emptio* y la *venditio*, independientes entre sí, a diferencia de lo que

⁵⁶ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 140.

⁵⁷ León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 17 y 18.

⁵⁸ León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 18 a 23.

ocurre en nuestros días en la compraventa, donde las obligaciones de las partes son interdependientes).

Pero como esta obligatoriedad rigurosa conducía a evidentes injusticias –por ejemplo, cuando el deudor se había obligado en consideración a la prestación u obligación recíproca del acreedor que éste no cumplía-, los pretores crearon acciones o excepciones destinadas a proteger al deudor, otorgándole acciones de repetición para impedir el enriquecimiento injusto o sin causa o le confirieron medios para excusarse de cumplir.

Estas acciones o excepciones no tendían a invalidar el acto, porque éste nacía por el cumplimiento de la fórmula, sino a privarlo de eficacia, por su carácter injusto. No se atacaba una supuesta invalidez, sino los actos contrarios a la equidad.

Estos principios de justicia conmutativa, se aplicaron progresivamente en los contratos más importantes.

Una razón de equidad fue exigiendo entonces que la fórmula contractual, para ser eficaz, tuviera un contenido, correspondiera a una realidad, de manera que había que probar, aparte del cumplimiento de la fórmula, la existencia de una causa, que para los romanos, equivalía al contrato mismo.

e.2) El aporte de los canonistas.

Los romanistas de la Edad Media y en especial los canonistas de esa época, fueron otorgando un mayor valor a los actos celebrados sin sujeción a fórmulas preestablecidas, privilegiando el consentimiento por sobre el ritualismo o recitación de fórmulas. De esta manera, los autores medievales, después de haber resaltado el respeto por la palabra dada por fuera de cualquier solemnidad (*pacta sunt servanda*) como reacción al formalismo romano, privilegiaron el aspecto psicológico de la formación del contrato. Los canonistas consideraron que la voluntad podría obligar solamente si estaba fundamentada en una razón, justificando así la voluntad de las partes desde un punto de vista económico.⁵⁹

En cuanto a su eficacia, la obligación contraída por una parte se subordina a la contraprestación de la otra parte, excepto, como es obvio, en aquellos contratos que sólo suponen la prestación de una de las partes, como en las donaciones. En el análisis del consentimiento, los canonistas concluyen que sin causa no hay obligación y que la causa es la obligación correlativa que contrae la otra parte. El Derecho canónico introduce de esta manera en los contratos sinalagmáticos **el principio de la conexión de las obligaciones** que explica que la obligación de una de las partes tiene por causa la obligación de la otra parte.⁶⁰ Este principio se concretará en el Siglo 18 en la fórmula “*no debe mantenerse la palabra propia respecto del que no mantiene la suya*”, lo que en términos actuales se expresa como “*la mora purga la mora*” o “*la excepción de contrato no cumplido*”, que recoge nuestro Código Civil en su artículo 1552. Nace entonces la causa como un elemento independiente de validez del contrato. Y al analizar la moralidad de los motivos que inducen a contratar, los canonistas llegan a la noción inicial de causa lícita. Con ello, integraron razones morales a la causa, lo que generó una gran polémica sobre hasta dónde

⁵⁹ Bernal Fandiño, Mariana, “*La transformación de la causa en el Derecho de Contratos francés*”, en *Vniversitas*. Bogotá, Colombia, número 111, enero-junio 2006, p. 229, en www.javeriana.edu.co. (consultada el 26 de julio de 2013).

⁶⁰ Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., p. 235.

se deberían trazar los límites de estas consideraciones, puesto que se le otorgaba de esta manera un gran poder de apreciación al juez.⁶¹

e.3) Doctrina de Domat.

La doctrina de la causa fue sistematizada por primera vez por el jurista francés Jean Domat (1625-1696, considerado el jurista francés más importante del Siglo XVII). Domat formuló lo que hoy se conoce como teoría clásica o tradicional de la causa, centrandose su análisis en la causa de la obligación y descartando indagar en los móviles o motivos del acto o contrato.⁶² Para ello, clasifica los contratos en cuatro categorías:

1º Casos en que dos individuos se dan recíprocamente cosa por cosa, como sucede en la venta y en la permuta.

2º Casos en que se prestan mutuamente algún servicio, como sucede al encargarse cada uno de los asuntos del otro.

3º Casos en que se presta algún servicio por una remuneración, como en el arrendamiento de servicios; y

4º Casos en que sólo una de las partes da o hace, sin contraprestación alguna, como en las donaciones por pura liberalidad.

Señala Domat que en las tres primeras especies de convención, la obligación de uno es el fundamento de la del otro. La obligación de uno tiene su causa en la obligación del otro. Si el acto es gratuito, el solo deseo de donar, de hacer el bien, toma el lugar de la causa.

De lo expuesto, aparece que Domat trata de explicar que la forma no tiene valor en sí, como originalmente aceptaron los romanos, si no hay un contenido en el contrato, una causa, que consiste en haber recibido, recibir o esperar recibir una contraprestación, o en el solo propósito de hacer el bien. Esta “*causa*” no viene a ser otra cosa entonces, que el contenido de cada contrato; este surge y es válido cuando las obligaciones que crea tienen una justificación, una causa, lo que aparece muy claro en los contratos onerosos, por oposición a los gratuitos, en que la mera liberalidad toma el lugar de la causa.

e.4) Doctrina de Pothier (1699-1772).

Siguiendo a Domat, Pothier, el más importante jurista francés del Siglo XVIII, formula la doctrina de la siguiente manera: toda obligación debe tener una causa honesta. Dicha causa es distinta, según se trate de contratos onerosos o gratuitos. En los contratos onerosos o interesados, la causa de la obligación que contrae una de las partes, es lo que la otra le da o se compromete a darle, o el riesgo que tome de su cargo. En los contratos gratuitos o de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere hacer en favor de la otra, es causa suficiente de la obligación que contrae en favor de ella. Pero cuando una obligación no tiene causa alguna, o lo que es lo mismo, cuando la causa por la cual ha sido contraída es falsa, la obligación es nula; y el contrato que la contiene es nulo. Agrega Pothier que si se cumple una obligación sin causa, hay acción de repetición; y esta acción se llama *conditio sine causa*.

⁶¹ Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., p. 230.

⁶² Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 134.

Esta es la fuente de donde los redactores del Código Civil francés tomaron la doctrina de la causa, y de ahí pasó a nuestro Código. Surge de este modo la noción de causa final, que difiere sustancialmente de la causa ocasional y de la causa eficiente.

f) La doctrina anticausalista y la réplica de los causalistas.

Planiol (1853-1931), fue el principal representante de esta corriente.⁶³ Formuló sus planteamientos en su “*Tratado elemental de Derecho Civil*”, publicado en 1899. Postula que la noción de causa es ajena al derecho romano y además falsa e inútil. Vial del Río resume los postulados del autor francés en los términos que seguidamente se expresan.⁶⁴

Postula Planiol, en primer lugar, que la causa es una **noción falsa**, cuestión que se advierte en cada una de las diversas clases de contrato que distingue Domat. Así:

- a. En los contratos bilaterales, plantea Planiol que Domat olvida que las obligaciones que recíprocamente son causa de la otra, nacen simultáneamente, y por ende ninguna puede ser causa de la otra (pues por lógica, la causa ha de acaecer antes de su efecto).
- b. En los contratos reales, Domat no tiene en cuenta que la entrega de la cosa no es causa de la obligación, sino un requisito para que el contrato nazca. Por ello, afirmar, como lo hace Domat, que la causa de la obligación en los contratos reales es la entrega de la cosa, equivale a sostener que la causa de la obligación es el propio contrato.
- c. En los contratos gratuitos, la doctrina tradicional confunde la causa con los motivos que han impulsado al disponente.

En segundo lugar, considera esta doctrina que la tesis tradicional de la causa es **inútil**, por las siguientes razones:

- a. En los contratos bilaterales, lo que de acuerdo a la doctrina clásica constituye causa de la obligación para una de las partes, es precisamente el objeto de la obligación de la otra, de manera que, la falta de causa de una de las obligaciones implicaría necesariamente la falta de objeto de la otra. Por eso, por falta de objeto y no por falta de causa, el contrato no producirá efectos. Así, volviendo a nuestro ejemplo planteado en el estudio del Objeto, de la compraventa de un caballo que había muerto pocos minutos antes de celebrar el contrato (ignorándolo las partes), la obligación del comprador de pagar el precio carece de causa, porque a su vez la obligación del vendedor de entregar la cosa carece de objeto, pues éste ya no existe al tiempo de contratar.
- b. En los contratos reales (y unilaterales), de nada sirve afirmar que si la cosa no se entrega la obligación (por ejemplo, del comodatario de restituir una cosa) carece de causa, ya que la falta de entrega de la cosa impide que el contrato nazca, y por ende, que surjan obligaciones. Sin entrega, no hay contrato, y ello ocurre no porque falte la causa de la obligación (que ni siquiera llegó a nacer), sino porque se omitió un requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato, cual es la entrega de la cosa.
- c. En los contratos gratuitos, la falta de intención de hacer una liberalidad vendría a constituir, en la práctica, falta de consentimiento, siendo esta la circunstancia que impide que el contrato produzca efectos.

⁶³ Otros anticausalistas son Giorgi, Laurent y Dabin. Para éste último, la causa queda absorbida por el consentimiento: Ducci Claro, Carlos, “*Derecho Civil. Parte General*”, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1984, p. 288.

⁶⁴ Vial del Río, Víctor, ob. cit., pp. 137 y 138.

Igualmente, advierte Planiol que también es inútil la noción de causa ilícita, pues tal hipótesis se confundiría con la ilicitud del objeto.

Las ideas anticausalistas suscitaron un amplio debate en la doctrina francesa, que terminó hacia 1920. Sin embargo, -como refiere Mariana Bernal-, el anticausalismo le permitió a la causa salir de los límites impuestos por la doctrina clásica. De esta manera, los autores más importantes en Francia de fines del Siglo XIX y de las primeras décadas del Siglo XX, como Capitant (1865-1937) y Josserand (1868-1941), precisarán la noción de causa, corrigiendo las fallas de la teoría clásica, que se limitaba al análisis de la causa de la obligación.⁶⁵ Revisaremos estos planteamientos más adelante.

Quien se distinguió por defender la tesis causalista y refutar los argumentos de los anticausalistas, fue Henry Capitant, en su libro *“De la cause des obligations”* (1922). Sus planteamientos los resume Avelino León en los siguientes términos:

La causa no es falsa:

- a. En los contratos bilaterales, las obligaciones recíprocas pueden servir de causa entre sí aunque nazcan simultáneamente, pues la relación de causalidad no implica escalonamiento en el tiempo. Por lo demás, la voluntad de las partes es la que sitúa en el tiempo estas dos obligaciones en un mismo plano. Si se exige que una obligación anteceda a la otra para que pueda servirle de causa, se está pensando en la causa eficiente, y no se trata aquí de esa causa fuente de obligaciones, sino de la causa final. Además, también se justifica este nacimiento coetáneo si se observa que la causa de la obligación de una parte **es la consideración de la obligación** que la otra contraerá en su favor y viceversa. Así, para cada contratante la obligación recíproca antecede a la propia.
- b. En cuanto a los contratos reales, es cierto que la causa de la obligación es al mismo tiempo el hecho que la genera, su causa eficiente; pero no hay por ello contradicción, pues la misma prestación puede desempeñar los dos roles.
- c. Decir que las liberalidades tienen por causa el ánimo de donar, no es una comprobación vana, pues sirve para distinguir los actos gratuitos de los onerosos, lo que además interesa al probar la utilidad de la causa.

La causa no es inútil:

- a. No es efectivo que, tratándose de contratos bilaterales, si el acto carece de causa el contrato será nulo por no tener objeto. Es cierto que si una obligación no tiene causa es porque la obligación de la otra parte carece de objeto. Pero sólo hasta aquí llegan los anticausalistas en su raciocinio y dan por terminada la discusión, en circunstancias que con esto no se ha explicado por qué cuando una obligación carece de objeto, la otra es nula. La razón de la nulidad está precisamente en la noción de causa, en la interdependencia que existe entre ambas obligaciones por la causalidad. No es efectivo tampoco que siempre pueda atacarse un acto sinalagmático por objeto ilícito. Se proporciona al efecto el siguiente ejemplo: si una parte se obliga a no ejecutar un acto delictuoso mediante el pago de una suma de dinero, considerando el objeto de ambas obligaciones –entrega de dinero y no cometer un delito-, habrá que concluir que se trata de una operación lícita. En cambio, si se considera la relación de causalidad, aparece la inmoralidad, pues se paga para que se respete la ley. El objeto juzga las prestaciones en sí. La causa, por el contrario, las considera vinculadas, relacionadas unas con otras.
- b. De la causa en los contratos bilaterales se desprende una serie de consecuencias muy importantes, como la acción resolutoria (artículo 1489), la teoría de los riesgos (artículo

⁶⁵ Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., p. 230.

1550) y la excepción de contrato no cumplido (artículo 1552), instituciones que derivan de la circunstancia de que una obligación sea la causa de la otra.

c. La causa es el fin perseguido y la parte se sirve para lograrlo de la capacidad, el consentimiento y el objeto; estos tres elementos del acto son distintos y **están al servicio de la causa**. Producen la relación jurídica, pero su eficacia queda subordinada a ese elemento primero y básico que es el fin perseguido, la causa. Luego, la causa sería el elemento primario y principal del acto.⁶⁶

g) Acepciones de la palabra causa en la doctrina.⁶⁷

Para Aristóteles, para entender cualquier ente, debemos considerar cuatro aspectos: la **causa material** (aquello de que está hecho algo); la **causa formal** (aquello que un objeto es); la **causa eficiente** (aquello que ha producido ese algo); y la **causa final** (aquello para lo que existe ese algo).

Desde un punto de vista jurídico, podemos considerarla en cuatro acepciones: **causa ocasional, causa eficiente, causa final y causa económica**.

g.1) Causa eficiente: es el elemento generador del acto, es el antecedente u origen de algo. Por tanto, en esta acepción, la causa de las obligaciones es la fuente de donde éstas emanan: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley.

En este sentido, entendían la causa los jurisconsultos romanos.

No es esta acepción la que nos interesa, pues si el legislador exige como condición de validez del acto o contrato que éste tenga una causa lícita (artículo 1445), no se está refiriendo evidentemente a las fuentes de las obligaciones, entre las que se encuentra el contrato, pues la causa sería requisito del contrato y a la vez el contrato mismo, lo que es un absurdo. Como causa del acto o contrato, por ende, debemos descartarla. La causa eficiente, con todo, sería, para algunos, causa de la obligación, según expresamos al inicio de esta materia.

g.2) Causa ocasional: son los motivos individuales, personales de cada parte, diferentes de una a otra persona, permaneciendo generalmente en el fuero interno de cada individuo, sin expresarse. Así, por ejemplo, en una compraventa, los motivos de cada comprador serán distintos: uno puede comprar para usar el bien; otro, para donarlo; un tercero, para arrendarlo, etc. Como dice la doctrina clásica francesa, si bien la causa queda dentro del campo contractual, los motivos son ajenos al acto jurídico. Tal distinción también se ha recogido en nuestra jurisprudencia, al señalarse que *“la causa de un contrato es el interés jurídico que induce a las partes a contratar, interés que es distinto e independiente del móvil utilitario o subjetivo que hayan podido tener en cuenta al momento de celebrar el contrato”* (fallos de enero de 1923, de la Corte de Valparaíso; y de septiembre de 1924, de la Corte Suprema, Repertorio, Tomo V, pág. 121).

g.3) Causa final: en esta acepción, la causa es el fin o propósito inmediato e invariable de un acto, es la razón o interés jurídico que induce a obligarse, es la finalidad típica y constante, cualquiera sea la persona que contrate y cualesquiera que sean sus móviles

⁶⁶ León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 79 a 82.

⁶⁷ Cfr. León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 23 a 27.

particulares. Es el fin que se propone lograr el deudor al obligarse y que es idéntico siempre en contratos de la misma especie. Por ejemplo, el mutuario siempre estará obligado a restituir el dinero en razón de que el mutuante le hizo entrega del dinero. O sea, el mutuario asume su obligación de restituir porque antes se le ha hecho entrega. Pero este fin inmediato, directo y uniforme, en contratos de la misma especie, no debe confundirse con otros móviles, que también determinan a contratar y que, generalmente, son distintos en cada contratante y en cada contrato, aunque sean de la misma especie. Estos motivos lejanos y distintos constituyen la causa ocasional. En el ejemplo, el mutuario puede haberse obligado, porque necesitaba pagar una deuda, comprar un bien, etc.

De tal forma, por ejemplo, en el contrato de compraventa, la causa final de cada contratante será siempre la misma: para el vendedor, la obligación que contrae el comprador de pagar el precio; para el comprador, la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida. La causa final será por tanto común a ambos contratantes e idéntica en contratos de la misma especie.

g.4) Causa económica: o doctrina del fin económico. Expuesta por Henry Capitant, puede considerarse como un derivado de la causa final. Sostiene Capitant que el fin que se persigue al celebrar un acto jurídico es de carácter económico y no puramente jurídico. La causa es un fin económico que las partes persiguen al contratar, lo que está más de acuerdo con la voluntad real del que se obliga. Incluso en los actos a título gratuito, el fin perseguido es de carácter económico: el donante desea hacer pasar una parte de sus bienes a otro sin contraprestación.

Coviello sigue también esta doctrina, señalando que *“el acto jurídico es la manifestación de voluntad de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van encaminadas a realizar el fin práctico de aquellas”*, siendo la causa *“la razón económico-jurídica del negocio”*.

Conforme con esta doctrina, la causa se identifica con el fin práctico y por tanto, en un contrato bilateral, la causa que determina a obligarse no es la obligación recíproca, sino el deseo de obtener la ejecución de la prestación que se le ha prometido a cambio. No es la obligación (concepto jurídico) sino la prestación (concepto económico) la causa.

En ocasiones, nuestros tribunales superiores han seguido esta doctrina. Así, en una sentencia de la Corte de Temuco de marzo de 1980, se afirma que *“ Toda persona que se obliga voluntariamente persigue un fin de orden económico y lo hace con la mira de llegar a alcanzarlo, incluso en los contratos a título gratuito (...) si un contratante se obliga, no sólo lo hace para obtener que el otro se obligue por su parte, pues ambas obligaciones correlativas constituyen un primer paso destinado a preparar el resultado definitivo, que es la ejecución de las prestaciones prometidas. En el contrato de compraventa lo que determina a una persona a vender una cosa no es la promesa del comprador de pagar el precio convenido, sino el interés de tener a su disposición el dinero y, por su parte, el comprador, si consiente en el pago del precio, es con el fin de adquirir la posesión pacífica y útil de la cosa vendida. Luego, en un contrato bilateral, la causa que determina a cada parte a obligarse es la intención de obtener la ejecución de la prestación que le ha sido prometida en cambio ”* (Repertorio, págs. 117 y 118).

Se ha criticado sin embargo esta concepción de la causa, ajena al Código Civil francés, a Domat y a Pothier, puesto que si no se cumple la prestación prometida, la obligación desaparecería por ausencia de causa, con lo cual *“estaríamos abandonando el terreno de los requisitos de validez de las obligaciones para pasarnos al de la resolución*

de los contratos”, enfatizándose que la obligación que tiene una causa al momento de nacer, no puede convertirse después en obligación sin causa.

h) La causa final en los diversos actos y contratos, conforme a la doctrina clásica o tradicional.

Como se ha señalado, la “*causa final*” corresponde a la causa de las obligaciones, la única considerada por la doctrina clásica o tradicional. Veamos en qué consiste dicha causa, en los contratos bilaterales; en los reales y unilaterales; en los gratuitos; en los aleatorios y en los accesorios.

h.1) La causa en los contratos bilaterales.

La causa de la obligación de una de las partes, es la contraprestación recíproca de la otra parte. La *causa debendi* se haya pues en la justicia conmutativa. La obligación de uno es el fundamento de la obligación del otro. De tal forma, por ejemplo, en la hipótesis del artículo 1814 del Código Civil, si la cosa que se pretendía comprar en realidad no existía, la obligación del comprador carece de causa, mientras que la obligación del vendedor carece de objeto. Asimismo, si en la compraventa no existe precio, la obligación del vendedor consistente en entregar la cosa vendida, carece de causa. Lo dicho respecto de la compraventa rige para otros contratos bilaterales, como el arrendamiento. Así, en el arrendamiento de cosas, si el arrendador nada puede entregarle al arrendatario, pues la cosa en realidad no existe, carecerá de causa la obligación asumida por éste de pagar al primero la renta por el uso y goce, y a la inversa, si no se estipuló pago de renta alguna, carece de causa la obligación del arrendador de entregarle al arrendatario el uso y goce de la cosa. En la transacción, puede haber falta de causa real y lícita para una de las partes si se refiere a derechos ajenos o inexistentes o si al tiempo de celebrarse la transacción el juicio ya había terminado por sentencia ejecutoriada (artículos 2452 y 2455 del Código Civil).⁶⁸

Cabe notar que en los contratos bilaterales, basta con la existencia de obligaciones recíprocas, sin que deba considerarse el valor de las mismas para establecer una equivalencia. Por lo demás, por regla general, la lesión no es causa de rescisión. Lo será excepcionalmente, cuando la ley expresamente establezca la sanción. Se impone el principio de que el valor de las cosas es muy relativo y son las partes las que deben fijarlo salvaguardando sus intereses. Por eso, se ha fallado que “*la desproporción de las prestaciones de un contrato sinalagmático* (del griego: que obliga a una y otra parte) *no implica una falta absoluta de causa y no afecta, desde este punto de vista, a la validez de la convención*” (Repertorio, pág. 126, sentencia de la Corte de Valparaíso, de mayo de 1919).⁶⁹

h.2) La causa en los contratos unilaterales y en los contratos reales.

La causa de la obligación está en la prestación que el otro contratante ha hecho ya al promitente, o que éste espera recibir. Es la obligación de restituir la cosa que ya se recibió en mutuo, depósito, comodato, prenda, etc.

⁶⁸ León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 31 a 33.

⁶⁹ León Hurtado, Avelino, ob. cit., p. 33.

Atendiendo a lo anterior, se ha fallado que si en un contrato de mutuo no ha existido entrega de dinero, el acto no se perfecciona; el contrato no queda legalmente celebrado y adolece de nulidad absoluta por falta de causa⁷⁰ (sentencias de la Corte Suprema de noviembre de 1938, junio de 1940, marzo de 1942 y abril de 1993, Repertorio, págs. 124 y 125).

h.3) La causa en los actos a título gratuito.

Dispone la ley que “*la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente*” (artículo 1467). Por lo tanto, en los actos a título gratuito, la causa es el “*animus donandi*”. Por ejemplo, en el contrato de donación; o en el mandato gratuito.

Siendo la donación un contrato gratuito, su causa, según se expresa en el artículo citado, es “*la pura liberalidad o beneficencia*”. El único móvil que tiene el donante, es proporcionar un beneficio al donatario, a costa de una merma en el patrimonio del primero y sin que ello obedezca a ningún imperativo jurídico que no sea otro que el propio contrato de donación.

Lo mismo puede afirmarse para otros contratos a título gratuito, distintos de la donación, como ocurre por ejemplo cuando una persona ejecuta un servicio en favor de otra, sin pedir ninguna retribución. En efecto, el contrato gratuito, que no reporta utilidad para una de las partes, puede o no implicar, además, empobrecimiento para el mismo contratante. Si se produce tal merma patrimonial, como por ejemplo ocurre con el contrato de donación, podemos hablar de contratos gratuitos *propriamente tales*; cuando no se produce un empobrecimiento, es decir, cuando uno de los contratantes, movido del deseo de prestar un servicio a otro, no se empobrece en su beneficio, pero no recibe nada a cambio de la prestación que hace o se obliga a hacer, estamos ante contratos gratuitos *desinteresados*. Es lo que acontece, por ejemplo, en el comodato, el depósito y la fianza no remunerada.⁷¹

De cualquier manera, sea que se trate de contratos gratuitos *propriamente tales* o de contratos gratuitos *desinteresados*, la causa, para quien hace la gratuidad, será la misma: “*la pura liberalidad o beneficencia*”.

¿Qué alcance tiene afirmar que “*la pura liberalidad*” es causa suficiente? La frase es confusa, si consideramos que la donación es una especie de liberalidad. Desde esta perspectiva, la liberalidad sería la causa de la especie de liberalidad que es la donación, lo que constituye obviamente una tautología. Sería equivalente a decir que la donación tiene por causa a la donación. En cambio, si la palabra liberalidad se interpreta como sinónimo de generosidad o munificencia, implica aceptar como causa de la donación a los motivos.⁷² De esta manera, se ha entendido que la causa a que alude el artículo 1467 cuando se refiere a la donación, no corresponde a la causa de la obligación, sino que a los motivos que llevan al donante a realizar la liberalidad. La norma, entonces, se referiría no a la causa de la obligación, general y abstracta, sino a la causa-motivo, es decir, a la causa concebida como

⁷⁰ León Hurtado, Avelino, ob. cit., p. 37.

⁷¹ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, año 1951, Tomo III, tercera edición española, pp. 603 y 604.

⁷² Guzmán Brito, Alejandro, “*De las Donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*”, Santiago de Chile, LexisNexis, año 2005, p. 144.

móvil psicológico que lleva a actuar.⁷³ Como expresa Somarriva, “es precisamente en materia de donación donde ha hecho crisis la doctrina clásica, que considera la causa como algo inmutable en todo contrato y se ha abierto campo el nuevo concepto de la causa, que ve en ésta el motivo impulsivo y determinante que lleva a contratar. Es la teoría de los móviles psicológicos, que tiene importancia, sobre todo, en relación con la ilicitud de la causa.”⁷⁴ En conclusión, se trataría de la denominada “causa ocasional” y no de la “causa final”.

Sin embargo, puede ocurrir que la donación tenga una doble causa: *animus donandi* y el deseo de lograr un resultado específico buscado por el donante, lo que constituye una causa onerosa. Para obtener dicho resultado específico, se le impone al donatario una carga u obligación modal, que debe cumplir a favor de un tercero. La doctrina considera que en tal caso, hay simultáneamente un acto a título gratuito y una operación sinalagmática. Para Avelino León, en esta hipótesis la donación sólo conserva el nombre de tal. Y se aproxima más que al contrato unilateral y gratuito al bilateral y oneroso.⁷⁵ En realidad, en este caso el contrato sería efectivamente bilateral, pero continúa siendo gratuito, pues el donante no obtiene beneficio alguno, ya que la obligación modal que le impone al donatario no cede en beneficio del primero, sino que de una tercera persona.

El carácter de bilateral que tiene la donación en el caso que analizamos, lo confirma el artículo 1426 del Código Civil: “Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación. / En este segundo caso será considerado el donatario como poseedor de mala fe, para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta. / Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación, y de que se aprovechara el donante.” O sea, se aplica el efecto propio de los contratos bilaterales: se concede la acción resolutoria del artículo 1489 del Código Civil. Efectivamente, en el caso planteado, el contrato de donación es bilateral, pues ambas partes se obligan: el donante, a transferir el dominio de la cosa; el donatario, a cumplir la carga que le ha impuesto el donante. Por ello esta figura es conocida como “donación con cargas” y se incluye entre los casos excepcionales de contratos que al mismo tiempo son bilaterales y gratuitos.

h.4) La causa en los contratos aleatorios.

La causa de las obligaciones recíprocas es la suerte, el álea. No podrá consistir la causa en la contraprestación, porque esta incluso puede no existir (como en el juego o en la apuesta) o ser insignificante.

Como resalta Avelino León, repugna a la conciencia y atenta al ordenamiento jurídico dar valor a contratos en que no hay contraprestación o en que ésta puede ser insignificante. Por eso, la ley concede validez a esos contratos con muchas limitaciones y

⁷³ Lecaros Sánchez, José Miguel, “Liberalidades y donaciones irrevocables”, Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones, año 1997, p. 46.

⁷⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, “Derecho Sucesorio”, versión de René Abeliuk M., séptima edición actualizada, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2009, p. 702.

⁷⁵ León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 37 a 39.

asegurando en todo caso que el álea –que es la causa- exista realmente (artículos 2259 y siguientes; 1813, 1913, 2266, 2270, 2279 del Código Civil).⁷⁶

h.5) La causa en los contratos accesorios.

La causa varía, según sea prestada la caución por el propio deudor o por un tercero.

Si la caución es constituida por el propio deudor, la causa de la obligación de garantía, es la misma de la obligación principal, si se constituye conjuntamente con ella. Si es posterior, la causa será alguna ventaja concedida por el acreedor: mayor plazo, reducción de intereses, etc.) o bien la mera liberalidad, el solo afán de favorecer al acreedor.

Si es un tercero el que presta la garantía (lo que siempre acontece con la fianza y eventualmente puede ocurrir con la prenda o la hipoteca), la causa puede ser la mera liberalidad, si el obligado nada recibe por el servicio que le presta al acreedor, o bien, en caso contrario, la obligación que el deudor contrae en su favor en compensación. En otras palabras, la causa de la obligación del tercero debe buscarse en sus relaciones con el deudor y no con el acreedor. Frente al acreedor, la obligación accesoria está desligada de causa, es una obligación abstracta.⁷⁷

i) Acepción de la palabra causa en el Código Civil chileno.⁷⁸

i.1) Doctrina dual de la causa.

Pareciera que en nuestro Código se alude a la causa final. En efecto, cabe descartar, por lo expuesto, que se refiera a la causa eficiente; tampoco ha podido referirse el Código a la causa ocasional, ya que si se atendiera a los móviles o motivos psicológicos de cada contratante, que pueden variar hasta el infinito, se crearía una total inestabilidad jurídica. Así lo resuelve la generalidad de la doctrina (Claro Solar, Alessandri, Avelino León Hurtado). De tal forma, en cada tipo de contrato, habrá siempre una misma causa de valor constante y abstracto, precisada de antemano por el Derecho.

En todo caso, la propia definición del artículo 1467 es poco feliz, pues parece confundir la causa con los motivos.

Pero aún aceptando como válido el principio general que el Código se refiere a la causa final, Avelino León y otros autores concluyen que es forzoso reconocer que cuando se plantea un problema de causa ilícita, debe atenderse a la intención real de las partes, a los motivos individuales, es decir, a la causa ocasional. Esta búsqueda es indispensable y está permitida por la ley, considerando la propia definición de causa lícita del artículo 1467.

En síntesis:

1º Cuando se trata de causa lícita: el legislador sólo se refiere a la causa final;

2º Cuando los motivos que inducen a contratar son ilícitos o contrarios a la moral, las buenas costumbres o al orden público, o sea cuando estamos ante una causa ilícita, el juez debe investigar la causa ocasional.

Visualizamos por tanto en nuestro Código Civil, en opinión de la mayoría de la doctrina nacional, un sistema dual y no una doctrina unitaria de la causa.

⁷⁶ León Hurtado, Avelino, ob. cit., p. 39.

⁷⁷ León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 39 y 40.

⁷⁸ León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 27 a 30.

i.2) Doctrina de Carlos Ducci.

No participa del criterio anterior acerca de la “*dualidad*” de la causa, porque a diferencia del Código francés, nuestro Código Civil definió expresamente la causa, aludiendo al motivo que induce al acto o contrato. El Código ha dicho pues claramente que entiende por causa el “*motivo*”. Antes, el Código, en el artículo 1455, había empleado los conceptos de intención o motivo y causa, al referirse al error en la persona. Igual cosa en el artículo 2456, respecto a la transacción.

Por lo tanto, el considerar la intención o motivo no es una cosa extraña o contraria al ordenamiento de nuestro Código Civil, más si consideramos que en él se señala la intención de los contratantes como el elemento que debe buscarse en la interpretación de los contratos (artículo 1560); igual acontece respecto a los testamentos (artículo 1069).

Haciéndose cargo de la conclusión de la doctrina mayoritaria, señala que si el juez va a tener que investigar siempre los motivos para saber si hay causa ilícita, se ve la inutilidad y lo artificioso de la causa final.

Lo lógico –concluye Ducci-, es que el concepto de causa comprenda tanto la causa lícita como la ilícita; no se trata de instituciones distintas, sino de una misma; la causa ilícita no es otra causa sino la misma que adolece de alguno de los vicios que la ley señala.

Acerca de la objeción que se ha hecho para considerar los motivos de cada acto como causa de él en razón de que ella variará con relación a cada contratante, que tendría un carácter personal, que el juez estaría obligado a escrutar pensamientos, señala Ducci que dicha objeción no es válida entre nosotros. En efecto, como la causa no necesita expresarse, su fijación sólo puede provenir de una interpretación del contrato. Ahora bien, el artículo 1560 dispone que se estará a la voluntad real y no a la declarada, para interpretar la voluntad de los contratantes. Pero lo establece en los siguientes términos: “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”.

Con ello, desaparece de inmediato toda investigación puramente psicológica; la intención debe haberse manifestado, ya que ésta es la única forma de conocer “*claramente*” la intención de los contratantes. Se realiza así una fusión de las ideas subjetivas y objetivas.

La causa es, en consecuencia, el motivo claramente manifestado del acto o contrato.⁷⁹

j) Evolución de la doctrina de la causa en el derecho francés, en las últimas décadas.

La concepción “*dual*” de la causa que contemplaría nuestro Código Civil, recoge en realidad la evolución que sobre la materia, puede observarse en la doctrina y en la jurisprudencia francesa. En efecto, señala Vial del Río, se distingue en el Derecho francés entre causa del contrato y causa de la obligación. La causa del contrato corresponde al móvil individual que determina su celebración. Es el motivo psicológico relevante que se tuvo para contratar. En cuanto a la causa de la obligación, se mantienen los postulados de la doctrina tradicional. Este distinguo surgió al advertirse que los postulados de la doctrina clásica no permitían invalidar contratos con un contenido evidentemente ilícito o inmoral. Así, señala Vial del Río, piénsese por ejemplo en un contrato de arrendamiento de un

⁷⁹ Ducci Claro, Carlos, ob. cit., pp. 291 a 293.

inmueble, en el cual el motivo que induce a su celebración es la instalación de un fumadero de opio (existía esta clase de establecimiento a fines del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX en París), motivo que es conocido por el arrendador, quien percibirá una renta de arrendamiento establecida sobre la base de un porcentaje de las utilidades que deje el negocio. Ahora bien, de aplicar la doctrina clásica, ésta se preguntará exclusivamente por la causa de las obligaciones que asumen las partes, y concluirá que la causa de la obligación del arrendador de entregar la cosa es la obligación del arrendatario de pagar la renta y que la causa de la obligación del arrendatario de pagar la renta es la obligación del arrendador de entregar la cosa. Dichas obligaciones, en sí mismas, no son ilícitas. El juicio de ilicitud surge cuando entramos a considerar los motivos que inducen a las partes a contratar (explotar en el inmueble un negocio prohibido por la ley). Por ello, la jurisprudencia francesa, para resolver situaciones similares a la expuesta, atiende al móvil determinante que impulsó a las partes a contratar. Si dicho móvil es ilícito, el contrato tendrá una causa ilícita y susceptible de nulidad por tal razón.⁸⁰

De esta manera, como afirma Mariana Bernal, la causa del contrato es claramente más concreta y menos inmediata que la causa de la obligación, a la cual se adiciona sin reemplazarla. Esta posición se ha desarrollado como la teoría moderna de la causa. La integración de los motivos a la causa, deviene entonces como algo fundamental para apreciar su licitud, cuestión que la causa de la obligación, dado su carácter objetivo y abstracto, no permite, pues presenta una neutralidad imposible de calificar como ilícita o inmoral. Ahora bien, no todos los motivos pueden ni deben ser tomados en cuenta para establecer la causa del contrato, sino que sólo deben considerarse los motivos principales y determinantes del acto.⁸¹

La evolución de la doctrina francesa, no se ha quedado sin embargo en el tránsito de la causa final o de la obligación al de la causa ocasional o del contrato para determinar la licitud y moralidad de los mismos. En efecto, se aprecia una renovación de la causa en el derecho de los contratos, llevada a cabo por la jurisprudencia, creando un fenómeno que algunos han denominado “*subjetivización de la causa*”. De esta forma, -como destaca Mariana Bernal-, algunas sentencias dictadas en los últimos años, vinculan la causa del contrato con la búsqueda de la protección de **la coherencia contractual**, así como también de **la proporcionalidad de las prestaciones**. Revisemos ambos aspectos, siguiendo en las líneas que siguen el trabajo de Bernal Fandiño, quien a su vez se basa en los planteamientos de Eve Mouial-Bassiliana.⁸²

- La causa como protección de **la coherencia contractual**: una sentencia de fecha 22 de octubre de 1996, de la sala comercial de la Corte de casación, que casó y anuló una sentencia de la Corte de Apelaciones de fecha 30 de junio de 1993, “*revolucionó la función de la causa en los contratos*”. Se trata del caso “*Chronopost*”. Los hechos fueron los siguientes: la sociedad “*Banchereau*”, a fin de participar en una licitación, celebró un contrato con la sociedad “*Chronopost*”, cuyo giro es el de correo de entrega inmediata, obligándose la segunda a llevar los documentos a su destinatario a más tardar al día siguiente de su envío. La publicidad de “*Chronopost*” la anuncia como “*maestro del tiempo*”, pues en contraprestación del sobrecosto en comparación al correo regular, se

⁸⁰ Vial del Río, Víctor, ob. cit., pp. 138 y 139.

⁸¹ Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., p. 236.

⁸² Mouial-Bassiliana, Eve, “*Du nouveau de la cause en droit des contrats*”, tesis publicada por la Universidad de Lille, año 2003, citada por Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., p. 234.

compromete a la puntualidad y cumplimiento en la entrega. Sin embargo, los documentos en cuestión llegaron a su destino con retraso, lo cual no permitió a la sociedad “*Banchereau*” formar parte de la licitación y obtener la adjudicación del contrato al que aspiraba. La sociedad víctima de este incumplimiento exigió reparación de sus perjuicios, respondiendo “*Chronopost*” que una cláusula del contrato limitaba su responsabilidad a causa del retraso al simple reembolso del precio del transporte. La Corte de casación acude a la noción de la causa para decidir que la cláusula debía considerarse como no escrita, puesto que contradecía el alcance del compromiso adquirido por “*Chronopost*”. Expresa el fallo que “...especialista del transporte rápido garantizando la fiabilidad y la celeridad de su servicio, la sociedad ‘*Chronopost*’ se había obligado a entregar los pliegos de la sociedad ‘*Banchereau*’ en un plazo determinado, y que en razón de la falta de esta obligación esencial la cláusula limitativa de responsabilidad del contrato, que contradecía el alcance del compromiso adquirido, debía ser reputada como no escrita...”. En efecto, al limitar la indemnización al simple reembolso del precio de transporte, la cláusula priva de objeto a la obligación del transportador y a la vez priva de causa a la obligación del expedidor. De ahí que la Corte proteja el interés del contrato, utilizando la causa como un instrumento de equilibrio y coherencia contractual. Concluye Bernal: “*En otras palabras, volviendo a la pregunta que explica la causa ¿‘por qué’ la sociedad demandante eligió a ‘Chronopost’ para transportar sus documentos en vez de acudir al correo normal, siendo éste mucho más económico? La respuesta es simple: porque ‘Chronopost’ le aseguraba una entrega rápida. Al introducir el motivo a la causa, esta decisión demuestra la tendencia por parte de la Corte hacia una visión más subjetiva de la causa*”.⁸³

No es el anterior un caso aislado en la jurisprudencia francesa reciente. En efecto, otra sentencia de la Corte de Casación, sala comercial, de fecha 17 de julio de 2001, se pronunció en términos casi idénticos. Otra sentencia similar, es la de fecha 3 de julio de 1996, de la Corte de Casación, sala primera civil. En este caso, unos particulares arrendaron 200 videocasetes a fin de crear un video club en el pueblo de su residencia. Sin embargo, descubrieron, después de celebrado el contrato, que apenas el 10% de la población poseía un equipo para ver dichos videocasetes, razón por la cual alegaron la nulidad del contrato por ausencia de causa. La Corte acogió dicha demanda, declarando que “... la ejecución del contrato según la economía del contrato deseada por las partes era imposible (...) estaba así constatada la ausencia de toda contraparte real a la obligación de pagar el precio de alquiler de los cassetes”.⁸⁴

● La causa como **control de la proporcionalidad de las prestaciones**: la Corte de Casación, -refiere Bernal Fandiño-, también ha hecho uso de la causa para sancionar el desequilibrio de las prestaciones contractuales, pero sólo cuando este abuso es considerado como excesivo. Un ejemplo es la sentencia de fecha 14 de octubre de 1997, de la sala comercial. Se trataba de un contrato por el cual una empresa se obligó a comprar ciertos productos sólo a otra compañía, y distribuirlos después al mercado, y ésta, a cambio de dicha exclusividad, se obligó a obtener y garantizar para la primera un préstamo por 40.000 francos, reembolsable en cinco años. La compañía que se había obligado a obtener el préstamo, demandó la nulidad del contrato por ausencia de causa, lo que así declaró la Corte, que consideró que la ventaja que obtendría la demandante sería “*irrisoria*”. Otro ejemplo citado por Bernal Fandiño, se refiere a la llamada “*cláusula de no concurrencia*”,

⁸³ Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., pp. 237 y 238.

⁸⁴ Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., pp. 237 y 238.

que se estipula en ocasiones en un contrato de trabajo.⁸⁵ Sin perjuicio de estar limitadas estas cláusulas en el tiempo y en el espacio, la Corte de Casación, por sentencia de fecha 10 de julio de 2002, concluye que debe existir una contraprestación que la justifique. El empleador, en efecto, debe otorgar al trabajador una indemnización compensatoria, a cambio de limitar el segundo su libertad de trabajo. Dichas prestaciones, además, deben ser proporcionadas. En caso contrario, la cláusula será nula por falta de causa.⁸⁶

Cabe señalar que algunos autores han formulado críticas a estas soluciones de la Corte, por considerar esta posición jurisprudencial un atentado contra la seguridad jurídica y una puerta abierta hacia el abuso de poder por parte del juez. Entre ellos, Yves Laquette, quien considera que la Corte va demasiado lejos en la sentencia de fecha 3 de julio de 1996, pues en su opinión *“siguiendo a la Corte de Casación, desde que una parte de a conocer a la otra parte el fin que aquélla persigue y que ese fin no sea viable económicamente, podrá demandar la nulidad del contrato por ausencia de causa (...) en esta lógica, toda persona que contrate deberá en adelante preocuparse de la viabilidad de la empresa a la cual su contratante destine el objeto que se procura por medio del contrato”*. Con todo, concluye Mariana Bernal, *“a pesar de las críticas, es innegable el esfuerzo de la Corte por lograr a través de la causa un mayor equilibrio en los contratos”*.⁸⁷

k) La causa para la doctrina italiana.

Dentro de los causalistas, dijimos que podíamos distinguir entre los que plantean una causa objetiva y otra subjetiva. A su vez, dentro de los que plantean una doctrina objetiva, hemos señalado que están los que adscriben a la doctrina clásica o tradicional, de Domat, y los que se alinean en la tesis propuesta por la doctrina italiana. En el marco de ésta, Betti plantea que *“la causa del negocio es, propiamente, la función económico-social que caracteriza al tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido mínimo necesario”*.⁸⁸

Cariota Ferrara, por su parte, señala que *“La causa exigida por el derecho no es el fin subjetivo, cualquiera que éste sea, perseguido por el contratante en el caso concreto (...) sino que es la función económico-social que el derecho reconoce como relevante para sus fines”*.⁸⁹

Para la doctrina italiana, entonces, el análisis de la causa debe centrarse en la causa del acto o contrato, en el negocio, y no en la obligación que éste genera. La causa del acto o contrato, será de esta forma la función económico-social que caracteriza al tipo de negocio.⁹⁰

l) Las obligaciones no causales o abstractas de causa.

⁸⁵ Se trata de una cláusula en virtud de la cual el trabajador se obliga, una vez expirado el contrato de trabajo, a no realizar después una actividad que suponga competir con su empleador, o a no prestar sus servicios a un competidor del empleador.

⁸⁶ Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., p. 239.

⁸⁷ Bernal Fandiño, Mariana, ob. cit., p. 240.

⁸⁸ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 136.

⁸⁹ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 136.

⁹⁰ Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 137.

El requisito general de que no puede haber obligación sin causa real y lícita, no se exige en el caso de los actos abstractos, que operan como la antigua estipulación del derecho romano. Revisemos a continuación algunas figuras jurídicas en las que se acepta obligaciones abstractas de causa. En todos estos supuestos intervienen tres personas, y una se obliga frente a otra por cuenta u orden de la tercera.

1.1) Tratándose del contrato de fianza y en general en el caso de cauciones constituidas por terceros.

La obligación del fiador frente al acreedor, es abstracta de causa y es perfectamente válida. La causa sólo aparece cuando se consideran las relaciones del fiador con el deudor, o sea, la causa queda fuera del contrato de fianza. Lo mismo cabe decir de una hipoteca o de una prenda constituidas por terceros, para asegurar una obligación ajena.

1.2) Delegación: se trata de un caso semejante al de la fianza o caución prestada por un tercero. En efecto, el delegado (o nuevo deudor) se obliga frente al delegatario (o acreedor) por orden del delegante (antiguo deudor). La causa de esa obligación se encuentra en las relaciones del delegado con el delegante, pues frente al delegatario la obligación asumida por el delegado carece de causa. La obligación del delegado tendrá por causa normalmente una deuda u obligación anterior en favor del delegante; es decir, el nuevo deudor o delegado, se hace cargo de la deuda que el delegante tenía frente al delegatario, con el consentimiento de éste (artículo 1635 del Código Civil). Con ello, el delegado extinguirá la obligación que a su vez mantenía para con el delegante. Esa es su causa. Pero para el acreedor del delegante, la asunción de la obligación por el delegado carece de causa, es un acto abstracto.

Si el nuevo deudor o delegado consiente en la operación, o sea acepta obligarse frente a un nuevo acreedor en reemplazo del anterior, y si también consiente el delegatario o acreedor, habrá novación, en este caso subjetiva, por cambio de deudor.

1.3) Estipulación en favor de un tercero.

Se trata de una figura regulada en el artículo 1449 del Código Civil y que estudiaremos a propósito del efecto relativo de los contratos. En ella, el promitente se obliga frente al beneficiario por la contraprestación del estipulante en su favor. Tal es la causa de su obligación. Por ejemplo, una compañía de seguros (prometente) se obliga a pagar una suma de dinero a cierta persona (beneficiario), en el evento que fallezca el asegurado (estipulante). La causa de la obligación del prometente, se encuentra en el pago que el estipulante efectuó de las primas pactadas. Pero también podría ocurrir que el prometente se obligue gratuitamente, caso en el cual la causa de su obligación será la mera liberalidad.

1.4) Letra de cambio y demás efectos de comercio.

En la letra de cambio, el aceptante o librado, desde el momento de su aceptación, se obliga a pagar el documento al legítimo tenedor de ella. La obligación del librado tiene su causa en sus relaciones con el girador o librador, el cual le habrá hecho o prometido la correspondiente provisión de fondos. También podrá ser el deseo de hacer una donación, un préstamo, etc. Pero frente al tenedor de la letra, la obligación del aceptante es abstracta,

carece de causa. Igual situación se presenta en los cheques, títulos al portador, a la orden y en general, tratándose de los denominados “*títulos negociables*”, que se transfieren mediante la simple entrega manual o el endoso. Se trata de efectos de comercio, cuya fácil circulación es indispensable, lo que supone a su vez garantía de pago a sus portadores. Es decir, el obligado –suscriptor del documento- no puede oponer al portador de buena fe las excepciones que podría hacer valer a los portadores anteriores. En tal sentido, el artículo 28 de la Ley 18.092 sobre letras de cambio, establece que el aceptante no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra. Esta inoponibilidad no cubre las relaciones del aceptante con el librador en cuyo poder se encuentra la letra.

Destaca Avelino León que la “*seguridad del tráfico*” ha obligado a configurar estos actos como abstractos de causa, de modo que serán válidos aunque la causa no exista o sea ilícita, pues en este supuesto la seguridad jurídica ocupa el lugar de la justicia, respecto del portador legítimo y de buena fe.

Carlos Ducci critica la noción de obligaciones abstractas de causa, consecuente con su concepción de la misma, recordando que no existen, excepto entre los locos, los actos inmotivados. Así, por ejemplo, tratándose de una letra de cambio, la causa es la negociación que llevó a girarla y aceptarla. Señala Ducci que la palabra abstracto ha seducido a veces a nuestros tribunales, que han atribuido dicho carácter a los efectos de comercio, aún cuando se encuentren en poder de la parte originaria que los ha recibido en una negociación, lo que constituye un error. Así, por ejemplo, en una compraventa en la que se pacta pagar una parte del precio a plazo, estipulándose intereses usurarios por el saldo de precio y en la cual el comprador acepta letras de cambio para asegurar el pago del referido saldo, mientras tales letras estén en poder del vendedor, el comprador podrá objetarlas por ilicitud de la causa, lo que nuestros tribunales no han considerado siempre así. Si esas letras son endosadas a un tercero, no se discute por Ducci que el aceptante no podrá alegar la ilicitud de la causa. Se apoya Ducci en el tenor del propio artículo 28 de la Ley número 18.092, del cual se desprende que las excepciones causales proceden entre los que fueron partes en la relación causal o negocio fundante del vínculo.⁹¹

m) Concepto de causa del Código Civil y requisitos de la causa.

De acuerdo al artículo 1467 del Código Civil, la causa es “*el motivo que induce al acto o contrato*”. Dicho concepto, corresponde al de la causa del contrato. No define el Código la causa de la obligación, pero podríamos definirla como la circunstancia que induce al autor de un acto jurídico o a la parte de una convención, para ejecutar una prestación en favor de otro. La causa debe reunir dos requisitos, según el Código: ha de ser real y además lícita. Debemos entender que estos requisitos deben ser cumplidos tanto por la causa del contrato cuanto por la causa de la obligación. La causa no necesita expresarse sin embargo, agrega el artículo 1467. ¿Qué causa es aquella que no es necesario expresar en el acto o contrato? Por cierto, la llamada causa ocasional no queda reflejada en el contrato. Respecto de la causa final, aunque tampoco debe expresarse, aparece implícita en el acto o contrato, en cuanto ella fluye de las prestaciones a que se obligan las partes.

m.1) La causa debe ser real.

⁹¹ Ducci Claro, Carlos, ob. cit., pp. 296 y 297.

Se entiende por tal, aquella que efectivamente existe. La existencia de la causa debe ser objetiva; no basta que exista solamente en el fuero interno de la persona. No interesa saber si subjetivamente existe para el autor o la parte una causa, porque ello implicaría caer en la causa ocasional. El acto jurídico no producirá otro efecto que el correspondiente a su estructura jurídica, cualquiera que sea la idea que al respecto tengan las partes. Esta objetividad es la que distingue la causa de los motivos.

La causa no será real en las siguientes hipótesis:

1º Cuando es inexistente. En este caso, ninguna causa justifica la prestación que se ejecuta. Tal ocurre con el ejemplo propuesto en el mismo artículo 1467, inciso 3º: “... *la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa*”; así acontece también en el caso de la compraventa del caballo que había muerto poco antes de su celebración; o tratándose de un testamento en el que se instituyó un legado, pero que después el causante revocó, falleciendo sin haber dispuesto de sus bienes (ya que se limitó en su último testamento a revocar todo testamento anterior, pero no dispuso de sus bienes).

2º Cuando es falsa, por incurrir las partes en un acto simulado: o sea, cuando sin existir, se hace aparecer como existente el acto jurídico y la causa que motiva a las partes a celebrarlo; si bien es cierto el acto simulado tiene una causa, a saber el engaño a los terceros, no existe una causa real que induzca a las partes a celebrar el acto simulado, éste es sólo una apariencia. Como explica Víctor Vial del Río, “*Supongamos, por ejemplo, que las partes aparecen celebrando una compraventa simulada cuando, en realidad, no quieren celebrar contrato alguno. Fácil es desprender que en esta hipótesis ni el vendedor ni el comprador necesitan para nada la compraventa; sin que se hayan representado motivo alguno que los induzca a su celebración. Hay un motivo para la simulación, que es el engaño de terceros, pero no existe motivo alguno para la celebración del contrato aparente*”.⁹²

3º Cuando erróneamente se cree que existe una determinada causa, pero en realidad existe otra: esto ocurre en el caso del pago de lo no debido, cuando quien paga es efectivamente el deudor, pero le paga a quien no es su verdadero acreedor (en cambio, si la deuda no hubiere existido, estaríamos en la primera hipótesis, esto es, causa inexistente). Lo mismo ocurrirá en el caso de pagar un legado instituido en un testamento que después fue revocado, otorgándose en el nuevo testamento el legado en favor de otra persona. Con todo, puede ocurrir que la deuda haya existido, y quien recibe el pago es el verdadero acreedor, pero quien paga no era el deudor. En tal caso, quien pagó tendrá derecho a repetir en contra del acreedor, a menos que nos encontremos en el caso previsto en el artículo 2295, inciso 2º: “...*cuando una persona a consecuencia de un error suyo ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que a consecuencia del pago ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito; pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor*”.

De esta manera, la existencia de una causa real implica que ella sea verdadera. Esto no significa que si la persona cree que la causa es una, pero es otra, el acto será inválido, pues el acto tendrá siempre una causa real; tal es el caso del artículo 2295. Ahora bien, si derechamente la causa no existe, el error de las partes, que creyeron que existía, no alterará la situación y el acto seguirá careciendo de causa, incluso aunque se trate de un error de derecho: arts. 2297 y 2299 del Código Civil. En conclusión: si no hay causa, el acto es nulo aunque las partes por error de hecho o de derecho crean que existe una causa. A la inversa,

⁹² Vial del Río, Víctor, ob. cit., p. 145.

si hay una causa y las partes por error creen que es otra o que no existe causa, el acto puede ser válido.

Cabe señalar que si se incurre en un error en cuanto a la persona, la sanción será la correspondiente a ese vicio del consentimiento, pero no puede hablarse de falta de causa. En otras palabras, el error en la persona se sancionará con la nulidad relativa, mientras que la falta de causa con la nulidad absoluta.

De acuerdo con esta necesidad de existencia de una causa real, se ha fallado que carece de ella la transacción sobre un pleito que había concluido: *“Es nula la transacción si las partes sabían que el pleito respecto del cual recae dicho contrato ya había fenecido. En este caso faltan el objeto y la causa. Falta el objeto, porque no existiendo el derecho que disputar ni incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho que resolver, no ha podido obligarse una de ellas para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, que es lo que constituye una convención o contrato y lo que determina el objeto de toda declaración de voluntad según los artículos 1438 y 1460 del Código Civil. Falta la causa, porque no existe motivo real ni aun aparente que haya inducido a las partes a la celebración del contrato, esto es, a poner fin extrajudicialmente a un litigio terminado ya por los tribunales de justicia”* (fallo de mayo de 1909, de la Corte Suprema). También han concluido nuestros tribunales que si no se entrega por el mutuante la cantidad objeto del contrato, el contrato de mutuo carece de causa (sentencias de la Corte Suprema de abril de 1933, noviembre de 1938, junio de 1940 y marzo de 1942). De igual forma, que carece de causa la compraventa si los derechos vendidos sobre un inmueble pertenecían al comprador o no existían (Corte de Valdivia, sentencia de noviembre de 1933).

La necesidad de una causa real se desprende, además de lo establecido expresamente en el artículo 1467 del Código Civil, de lo dispuesto en el artículo 2299 del Código Civil. Igual necesidad de causa real considera el artículo 1816 del Código Civil, al disponer que la compra de cosa propia no vale.

Lo anterior, cabe tratándose de actos jurídicos onerosos. Si el acto es a título gratuito, no se concibe la falta de causa, dado que siendo el fin la mera liberalidad, siempre habrá una causa, siempre se obtendrá el fin de hacer la liberalidad. Es casi imposible separar aquí la causa del consentimiento.

m.2) La causa debe ser lícita.

La exigencia de licitud de la causa, que formula el artículo 1467, permite a los tribunales mantener el control de la moralidad de los contratos. La autonomía de la voluntad, que posibilita a los particulares una absoluta libertad contractual, está necesariamente limitada por el interés general que exige reprimir la inmoralidad.

Según nuestro Código, hay causa ilícita cuando el acto:

- 1° Está prohibido;
- 2° Es contrario a las buenas costumbres; y
- 3° Es contrario al orden público.

Habiendo entregado con anterioridad los conceptos de actos prohibidos⁹³ y de orden público⁹⁴, nos detendremos en lo que dice relación al concepto de buenas costumbres. Precisar su concepto no es tarea fácil. Se entiende por buenas costumbres todos los hábitos

⁹³ Cfr. nuestro apunte de “Teoría de la Ley e Interpretación de la ley”.

⁹⁴ Cfr. nuestro apunte “El Ordenamiento Jurídico”.

que se conforman con las reglas morales de un estado social determinado. Es un concepto esencialmente relativo, si se consideran distintos lugares dentro de un país o distintas épocas y países. Pero no obstante la relatividad apuntada, como dicen Planiol y Ripert hay un cuerpo común de doctrinas morales que la civilización occidental ha tomado de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, que forman un sustrato moral esencial aceptado por todas las naciones civilizadas. Cabe precisar que para conocer esas normas, los jueces no siempre deben sujetarse a la opinión de la mayoría circunstancial, ya que no pocas veces existen prácticas inmorales toleradas e incluso favorecidas por la mayoría. Además, el concepto de las buenas costumbres debe ser suficientemente flexible como para que los jueces con sano criterio sepan determinarlo en cada caso.⁹⁵

Dentro de este concepto, se ha fallado que *“Es abiertamente inmoral y contrario a las buenas costumbres, lo que lo vicia de nulidad absoluta, por la ilicitud de su causa, el contrato celebrado entre el deudor ejecutado y un tercero para alterar el verdadero precio de la subasta del bien embargado por medio de maniobras extrañas y perjudiciales para el acreedor ejecutante convenidas y llevadas a cabo subrepticamente”* (sentencia de la Corte Suprema de octubre de 1918, Repertorio, pág. 128). De igual forma, es contrario a las buenas costumbres el contrato de arrendamiento hecho para destinar el inmueble a un fin inmoral: *“Aunque no se consulte en los términos de un contrato dado, en el espíritu de todo contrato de arrendamiento de casas está que no puede destinarse a lupanares o mancebías, porque estas industrias son inmorales, desde que su objeto es la prostitución, o sea, la deshonorra de la mujer por comercio que se hace de su cuerpo. En consecuencia, reconocido por el demandado el hecho de que en la casa que arrienda tiene establecido un lupanar, procede la acción de terminación inmediata del arrendamiento ejercitada por el acreedor y fundada en el derecho que le concede el artículo 1973 para expeler al inquilino que empleare la casa o edificio en un objeto ilícito”* (Corte de Iquique, sentencia de 28 de junio de 1918, Repertorio, pág. 128). Son también inmorales y contrarios a las buenas costumbres, según ha concluido la jurisprudencia, los actos ejecutados por el mandatario en el ejercicio de su mandato, cuando el beneficio queda en su poder y no redunda en beneficio del mandante.

Para apreciar cada caso, la jurisprudencia ha atendido a los motivos que determinaron a contratar, apartándose así de la doctrina de la causa final para adentrarse en el campo de la doctrina de la causa ocasional, conforme a la dualidad de la doctrina de la causa a la que se hizo referencia.

A propósito de la licitud de la causa, se presenta el problema de dilucidar si el fin o motivo ilícito debe ser común a ambas partes para que la causa pueda considerarse ilícita. En Francia, en los contratos onerosos, la jurisprudencia ha estimado que, para ese efecto, una parte debía conocer el fin ilícito que determinaba a la otra; aún más, se ha llegado a exigir que el fin ilícito fuera común, es decir, convenido. Como precisa Carlos Ducci, nada hay en nuestro Derecho que permita sustentar un criterio de esta naturaleza. La solución entre nosotros pasa por determinar, de acuerdo al artículo 1683 del Código Civil, quienes pueden solicitar la declaración de nulidad absoluta. Sólo la parte que ignoró el vicio que invalidaba el contrato podrá pedir su nulidad. Lo anterior concuerda con el artículo 1468 del Código Civil, que establece que no habrá derecho a exigir que se restituya lo dado o pagado, cuando el que dio o pagó sabía que la causa era ilícita (según veremos, este es un caso de excepción a la regla del artículo 1687 del Código Civil, conforme a la cual,

⁹⁵ Cfr. León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 63 a 65.

decretada la nulidad del contrato, las partes deben ser restituidas al estado anterior al de la celebración del contrato).

n) Prueba de la causa.

Atendido lo dispuesto en los arts. 1467 y 1698 del CC., puede concluirse que la causa se presume, desde el momento en que la ley no exige expresarla en el acto o contrato. Como señala nuestra jurisprudencia, probar que una obligación carece de causa real y lícita corresponde a quien alega tal hecho, ya que si bien es cierto no puede haber obligación sin causa real y lícita, no es menos cierto que no es necesario expresarla, por lo cual el hecho de que no se exprese no basta para deducir que la obligación carece de ella. En síntesis, el que pretenda que el acto o contrato o que las obligaciones en él contenidas carecen de causa, deberá probarlo, prueba muy difícil por cierto.

La falta de causa puede acreditarse:

- Por cualquier medio de prueba, excepto la testifical, si la causa se expresó en el acto o contrato, de acuerdo al art. 1709 del Código Civil;
- Pero si en el acto o contrato no se expresa la causa, su inexistencia podrá acreditarse por todos los medios, incluso testigos, toda vez que no debe probarse “*contra*” el documento, dado que en este nada se dice respecto de la causa.

ñ) La causa simulada.

Existe causa simulada cuando las partes, de común acuerdo, para inducir a error a los terceros, señalan a la convención una causa que es falsa.

Si la simulación es absoluta, si no hay causa, el acto será nulo. Por ejemplo: el caso del deudor insolvente que reconoce una deuda inexistente, coludido con un tercero, a fin de perjudicar a sus acreedores en el futuro procedimiento concursal de liquidación (especialmente, cuando la deuda que se reconoce otorga un crédito preferente).

Si la simulación es relativa, es decir, si hay una causa falsa señalada por las partes para inducir a error a los terceros, pero existe una causa real y también lícita no expresada, el acto es perfectamente válido. Por eso, se ha fallado que no obsta a la validez de la obligación la simulación de la causa, si la causa verdadera u oculta es perfectamente lícita. Si la causa oculta es ilícita, obviamente que el acto adolecerá de un vicio de nulidad (por ejemplo, si se reconoce deber a título de mutuo lo que se debe por juegos de azar, habrá causa ilícita; igualmente, si se hace una donación a una persona para que ésta de muerte a un tercero, y se simula una compraventa en la que el vendedor declare recibir el precio, la causa es inmoral y por ende hay nulidad absoluta).

o) Sanción de la falta o ilicitud de la causa.⁹⁶

o.1) **Sanción por la falta de causa.**

Para una parte de la doctrina, la falta de causa acarrea la **inexistencia jurídica**. Para otros (A. León entre ellos), la sanción, atendiendo a nuestra legislación positiva, será la **nulidad absoluta**. La misma opinión sostienen J.C. Fabres y los dos Alessandri. Los partidarios de la nulidad plantean los siguientes argumentos:

⁹⁶ Cfr. León Hurtado, Avelino, ob. cit., pp. 56 a 58.

- El art. 1682 del Código Civil dispone que hay nulidad absoluta si se omite “*algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan*”, y entre tales requisitos está indiscutiblemente la causa.⁹⁷
- Además, en numerosos casos el legislador sanciona la falta de causa con la nulidad absoluta: arts. 1630; 1814; 2452; 2455, etc.
- A su vez, el art. 1467 equipara la causa real a la causa lícita, de manera que la falta de causa real debe tener igual sanción que la causa ilícita.

La jurisprudencia ha llegado a la misma conclusión en forma constante.

La opinión que propugna la inexistencia jurídica en caso de falta de causa se basa principalmente, citando a Claro Solar, en que “*si todo acto o declaración de voluntad requiere esencialmente una causa, la falta de causa se opone al perfeccionamiento jurídico del acto, y el contrato, por lo mismo no existe; no es acto nulo sino un acto que no ha podido nacer a la vida jurídica*”.

Julio Philippi Izquierdo también se muestra partidario de la inexistencia, porque el art. 1682 no señala como causal de nulidad absoluta la falta de causa, y como las causales de nulidad son de derecho estricto, la sanción ha de ser otra y ninguna cabe fuera de la inexistencia. Pero el autor citado olvida, como expresa Alessandri Besa, que la causa puede quedar incluida entre los requisitos que se exigen en consideración a la naturaleza del acto o contrato. En otras palabras, no se requiere alusión explícita a la falta de causa, entendiéndose comprendida en dicha causal genérica.

o.2) Sanción por causa ilícita.

Según se desprende del artículo 1682 del Código Civil, la sanción será la nulidad absoluta, cuestión no discutida en la doctrina.

Cabe indicar que no obstante declararse la nulidad del acto o contrato por falta de causa o causa ilícita, podrá operar una excepción, conforme al art. 1468 del CC., a los efectos de dicha declaración, que naturalmente retrotraen a las partes al mismo estado en el que se encontraban al ejecutar o celebrar el acto o contrato. En el caso del art. 1468, que castiga la mala fe de uno de los contratantes, no operará el principio general aludido.

8.- Las formalidades.

a) Concepto.

Las formalidades son los requisitos externos con que deben ejecutarse o celebrarse algunos actos jurídicos, por disposición de la ley.

Los actos a los cuales la ley no exige ninguna formalidad, se denominan consensuales o no formales. A contrario sensu, nos encontraremos ante actos formales.

⁹⁷ ¿Cuál es el alcance de la frase “*algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan*”. Habrían dos posibles interpretaciones: i) La frase aludiría al objeto, a la causa y a las solemnidades propiamente tales. Esta es la interpretación que sostienen los partidarios de la nulidad absoluta como sanción ante la falta de causa. ii) La frase sólo aludiría a la omisión de las solemnidades propiamente tales, y no al objeto o a la causa. Por tanto, sólo si faltan las primeras corresponde invocar como sanción la nulidad absoluta. En cambio, si falta el objeto o la causa, la sanción sería la inexistencia. Esta es la interpretación que sostienen los partidarios de la segunda doctrina.

b) Clasificación.

Hay diversas clases de formalidades cuya infracción conlleva sanciones diferentes. Distinguímos al respecto cuatro clases de formalidades:

- 1° **Las solemnidades propiamente tales.**
- 2° **Las formalidades habilitantes.**
- 3° **Las formalidades de prueba o “*ad probationem*”.**
- 4° **Las formalidades de publicidad.**

A estas cuatro, podemos agregar las **solemnidades voluntarias**, que la ley no exige pero que los contratantes acuerdan incorporar en sus contratos.

El género es por tanto la formalidad y la solemnidad es una especie de formalidad.

c) Las solemnidades propiamente tales.

c1) Concepto.

Son los requisitos externos prescritos por la ley como indispensables para la existencia misma o para la validez del acto jurídico, exigidos en atención a la naturaleza o especie del acto o contrato.

c.2) Clases de solemnidades propiamente tales y sanción por su omisión.

La doctrina distingue entre solemnidades exigidas por la ley para la **existencia** del acto jurídico y aquellas exigidas para la **validez** del acto o contrato⁹⁸. Las revisaremos por separado.

c.2.1) Solemnidades propiamente tales requeridas para la existencia del acto jurídico.

Como señala Vial del Río, se trata de *“los requisitos externos que exige la ley para la celebración de ciertos actos jurídicos, pasando a ser la solemnidad el único medio a través del cual el autor o las partes que celebran el acto pueden manifestar su voluntad.”*

Como sabemos, lo normal es que los actos o contratos sean consensuales. Excepcionalmente, la ley exige para el perfeccionamiento del acto jurídico, el cumplimiento de una solemnidad. Si ésta falta, el acto no existe, no produce efecto alguno.

Constituyen ejemplos de solemnidades exigidas para la existencia del acto o contrato, las siguientes:

- En el contrato de promesa, que ésta conste por escrito (artículo 1554 número 1);
- En el contrato de compraventa de inmuebles, que éste se convenga por escritura pública (artículo 1801 inciso 2°);
- Igualmente, la compraventa de una servidumbre, del derecho de censo o del derecho de herencia (artículo 1801, inciso 2°);

⁹⁸ Vial del Río, Víctor, *“Actos Jurídicos y Personas. Volumen Primero. Teoría General del Acto Jurídico”*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1991, pág. 149.

- En el contrato de hipoteca, que debe estipularse por escritura pública (artículo 2409);
- El usufructo, cuando se constituye por acto entre vivos y recae en inmuebles, debe constar en una escritura pública (artículo 767);
- La presencia de un Oficial del registro Civil o de un Ministro de Culto de una entidad religiosa con personalidad jurídica de derecho público, al contraer matrimonio (Ley de Matrimonio Civil);
- Que el testamento conste por escrito (artículo 1011).

c.2.1) Solemnidades propiamente tales requeridas para la validez del acto jurídico.

En ciertos casos, la ley exige el cumplimiento de una solemnidad no como requisito de existencia, sino para la validez del acto o contrato. Aquí, la solemnidad no constituye el único medio a través del cual el autor o las partes deban manifestar su voluntad⁹⁹.

Víctor Vial del Río menciona dos ejemplos de solemnidades propiamente tales exigidas para la validez del acto jurídico:

- El testamento, que exige la presencia de tres o cinco testigos, según los casos. Si se omite esta solemnidad, habría nulidad y no inexistencia del testamento;
- El contrato de donación, que exige de insinuación, o sea, de autorización judicial (artículo 1401). De omitirse, la sanción sería la nulidad absoluta del contrato, el que existiría por ende;
- La presencia de dos testigos, en la celebración del contrato de matrimonio (Ley de Matrimonio Civil).

De lo expuesto, se puede colegir qué sanciones operan, si se omiten solemnidades propiamente tales: si se omite una solemnidad propiamente tal exigida para la existencia del acto jurídico, la sanción será, entonces, la inexistencia del mismo (artículos 1443 y 1701); en caso de infringirse una solemnidad propiamente tal exigida para la validez del acto jurídico, el acto o contrato adolecerá de nulidad absoluta (artículo 1682 del CC)

c.3) Ejemplos de solemnidades propiamente tales.

Varían las solemnidades según el acto jurídico de que se trate:

1° Instrumento público: el art. 1699, inciso 1° del CC., define al instrumento público, precepto que debemos relacionar con los arts. 18 y 1701. Algunos casos en que la ley exige el otorgamiento de instrumento público como solemnidad del acto jurídico:

- Artículo 698, constitución de una servidumbre;
- Artículo 735, constitución de un fideicomiso por acto entre vivos;
- Artículo 767, constitución de un usufructo sobre inmueble por acto entre vivos;
- Artículo 812, constitución de un derecho de uso sobre inmueble o de un derecho de habitación;
- Artículo 1400, contrato de donación;
- Artículo 1716, para celebrar capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio;

⁹⁹ Vial del Río, Víctor, ob. cit., pág. 150.

- Artículo 1801, 2°, contrato de compraventa de inmueble, de un censo, de una servidumbre o de un derecho de herencia;
- Artículo 1898, contrato de permutación de inmuebles o de derechos de herencia;
- Artículo 2409, contrato de hipoteca, etc.

2° Instrumento privado: por ejemplo,

- Artículo 1011, otorgamiento de testamento;
- Artículo 1554 N° 1, contrato de promesa; y;

3° Presencia de determinados funcionarios y/o testigos: por ejemplo,

- Artículo 1014, otorgamiento de testamento abierto;
- Artículo 1021, otorgamiento de testamento cerrado;
- Artículo 17 de la Ley de Matrimonio Civil, contrato de matrimonio.

4° Instrumento público o privado y presencia de testigos: artículo 5° del Decreto Ley 993, sobre arrendamiento de predios rústicos.

d) Formalidades habilitantes.

d.1) Concepto.

Son los requisitos externos exigidos por la ley, en atención a la calidad o estado de las personas que ejecutan o celebran el acto o contrato.

La ley, velando por los intereses de los relativamente incapaces, exige, para la validez o eficacia de ciertos actos jurídicos, el cumplimiento de formalidades que tienden a integrar la voluntad de aquellos o el poder de sus representantes legales.

Se denominan habilitantes, porque habilitan a los incapaces para actuar en la vida jurídica.

En ciertos casos, también protegen a personas capaces, como acontece con la mujer casada en sociedad conyugal o al cónyuge no propietario, en el caso de los bienes familiares.

d.2) Clasificación.

Las formalidades habilitantes varían según el incapaz o persona de que se trate. En teoría se distinguen tres tipos de formalidades habilitantes:

1° Autorización: es el permiso que confiere el representante legal de un relativamente incapaz o la autoridad judicial para que dicho incapaz ejecute o celebre un acto jurídico. También opera la autorización en casos en que no intervienen incapaces, como los previstos a propósitos de los bienes familiares y la sociedad conyugal. Algunos casos:

- Artículo 254, autorización al padre o madre para enajenar o gravar los inmuebles o el derecho de herencia del hijo no emancipado;
- Artículo 393, autorización al guardador para enajenar o gravar ciertos bienes de su pupilo;
- Artículo 398, autorización al guardador para repudiar una donación o legado hechos al pupilo;
- Artículo 402, inciso 2°, autorización al guardador para donar muebles del pupilo;
- Artículo 142, autorización al cónyuge propietario, para que pueda gravar o enajenar el bien familiar;

- Artículo 1749, autorización al marido casado en sociedad conyugal para gravar y enajenar ciertos bienes o celebrar determinados contratos;
- Artículo 1759, autorización a la mujer casada en sociedad conyugal para gravar y enajenar ciertos bienes o celebrar determinados contratos; etc.

2° Asistencia: consiste en la concurrencia del representante legal, al acto que el relativamente incapaz celebra, colocándose jurídicamente al lado de éste. La asistencia y la autorización suponen la actuación del propio incapaz, y sólo difieren en que la segunda es un asentimiento dado de antemano, mientras que la primera implica un asentimiento coetáneo al acto mismo. En la práctica, son lo mismo. Un ejemplo de asistencia encontramos en el artículo 1721, respecto a las capitulaciones matrimoniales convenidas por el menor adulto con 16 años cumplidos.

3° Homologación: es la aprobación por la autoridad judicial de un acto ya celebrado, previo control de su legitimidad. Sólo después de este control y la aprobación consiguiente, el acto adquiere eficacia. Así:

- El artículo 1342 del Código Civil, la partición en que intervienen determinadas personas. El juez debe examinar si se han respetado las exigencias legales que tienden a resguardar los intereses de las personas protegidas por la ley.
- Lo mismo ocurre en el caso del artículo 2451, que dispone que *“La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial”*.
- Igualmente, la aprobación por el juez de familia, en el caso de los acuerdos que se adopten ante el mediador (artículo 111 de la Ley sobre Tribunales de Familia).

d.3) Sanción.

La omisión de las formalidades habilitantes produce, por regla general, la nulidad relativa (art. 1682, inciso final). Excepcionalmente, la sanción podría ser otra (por ejemplo, la inoponibilidad, en dos de los casos previstos en el artículo 1749, referido a la autorización que la mujer debe otorgar al marido, para ciertos actos o contratos).

e) Formalidades de prueba.

Están constituidas por diversas formas o requisitos externos que sirven como el principal medio de prueba del acto. Si se omiten, la ley priva al acto de determinado medio de prueba. Por ejemplo: arts. 1708 y 1709 del Código Civil, que establecen en qué casos el acto jurídico debe constar por escrito, so pena de no poder acreditarlo mediante la prueba de testigos. La omisión de las formalidades de prueba, por ende, no acarrea la nulidad del acto jurídico, sino que restringe la forma de probarlo.

f) Formalidades de publicidad.

f.1) Concepto.

Son los requisitos externos exigidos por la ley, para poner **en conocimiento de los terceros** el otorgamiento o celebración de un acto o contrato, y, en algunos casos, para que el acto o contrato sea **eficaz** ante terceros.

f.2) Clases de formalidades de publicidad y sanción en caso de omitirlas.

La doctrina las clasifica en:

1° Formalidades de simple noticia: tienen por objeto llevar a conocimiento de los terceros en general, las relaciones jurídicas que puedan tener interés en conocer. La falta de publicidad- noticia tiene por sanción la responsabilidad de quien debió cumplir la formalidad y no lo hizo; debe indemnizar a los que sufrieron un perjuicio a causa de la infracción. El fundamento de esta responsabilidad reside en el art. 2314 del CC. Un ejemplo de esta clase de formalidad de publicidad, son las publicaciones que deben efectuar las sociedades anónimas dando cuenta de “*hechos esenciales*”; otro caso es el relativo a la notificación al público por medio de tres avisos publicados en un periódico, de los decretos de interdicción provisorio o definitiva del demente o del disipador (artículos 447 y 461 del Código Civil)¹⁰⁰.

2° Formalidades sustanciales: tienen por objeto no sólo divulgar los actos jurídicos sino también precaver a los llamados terceros interesados, que son los que están o estarán en relaciones jurídicas con las partes. La falta de publicidad sustancial tiene como sanción la ineficacia del acto jurídico respecto de terceros, o sea, la inoponibilidad. Un ejemplo de esta clase de formalidad de publicidad es la exigencia del artículo 1902 del Código Civil, en orden a notificar al deudor, cuando operó la cesión del crédito. Otro ejemplo encontramos en la Ley número 20.190, que regula la prenda sin desplazamiento. Su artículo 25 dispone que el derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación. Agrega que a partir de esa fecha, la prenda será oponible a terceros. Esta es la regla general. Puede suceder, sin embargo, que la especie prendada esté sujeta a inscripción obligatoria en algún otro registro (como en el caso de los automóviles o de las naves menores, por ejemplo), en cuyo caso la prenda será inoponible a terceros, mientras no se anote una referencia del contrato de prenda al margen de la inscripción correspondiente. Así, por ejemplo, si lo prendado fuere un vehículo motorizado, deberán practicarse dos inscripciones en el Servicio de Registro Civil e Identificación: la primera, en el Registro de Prendas sin Desplazamiento; y la segunda, en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados.

g) Actos solemnes por determinación de las partes.

La ley es la que da a un acto el carácter de solemne o no solemne. Las partes, sin embargo, pueden hacer solemne un acto que por exigencia de la ley no tiene tal naturaleza. Por ejemplo, si se pacta que la compraventa de ciertos bienes muebles se celebrará por escrito: art. 1802 del CC. En este caso, la ley confiere a las partes el derecho a retractarse de la celebración del contrato. Lo mismo se contempla en el artículo 1921, a propósito del contrato de arrendamiento.

¹⁰⁰ Vial del Río, Víctor, ob. Cit., pág. 258. Luis Claro Solar también estima que la inscripción del decreto de interdicción, es una formalidad de publicidad de simple noticia. Otros autores, en cambio, sostienen que se trata de una formalidad de publicidad sustancial, de manera que mientras no se practique la inscripción, la interdicción sería inoponible a terceros. Defienden esta doctrina, entre otros, José Clemente Fabres y Manuel Somarriva: véase la obra “*Tratado de los Derechos Reales*”, de Alessandri-Somarriva-Vodanovic, Tomo I, Quinta Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 1993), págs. 237 a 239.

Por lo demás, si las partes celebran el contrato sin cumplir con la formalidad voluntariamente acordada, se entenderá que han renunciado tácitamente a la señalada formalidad.

h) Las formalidades son de derecho estricto.

Constituyendo una excepción al derecho común, las formalidades deben interpretarse restrictivamente: las formalidades que la ley exige para un acto o contrato, no pueden aplicarse o exigirse para otro acto jurídico, por semejante que sea; asimismo, no pueden exigirse otras formalidades que aquellas que la ley expresamente establece. Nada impide en todo caso, como se dijo, que las partes acuerden incorporar formalidades al acto jurídico.

Cabe destacar finalmente, en esta materia, que en el Derecho de Familia los actos son usualmente solemnes, mientras que en el Derecho Patrimonial constituyen una excepción.

V.- LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

a) Concepto.

Los actos jurídicos tienen por efecto crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir derechos y obligaciones. El efecto de un acto jurídico es entonces la relación jurídica que engendra. Por lo tanto, cada especie de acto jurídico generará efectos diferentes.

Interesa por el momento determinar, en términos generales, a quien o a quienes alcanzan dichos efectos.

En principio, los actos jurídicos sólo producen efectos, o sea derechos y obligaciones, entre las partes, y no benefician o perjudican a quienes no los han celebrado. Estos últimos se denominan terceros, y mal pueden quedar ligados por el acto jurídico, considerando el alcance relativo del mismo. Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones.

b) Las partes.

Son aquellos que personalmente o representados, concurren a la formación del acto jurídico. Respecto a ellos, el acto jurídico produce todos sus efectos: art. 1545 del CC.

Como se ha dicho, una parte puede estar conformada por una o más personas, que articulan un solo centro de interés (artículo 1438 del Código Civil).

Generalmente, se llama autor a la persona que genera, al manifestar su voluntad, un acto jurídico unilateral, mientras que se reserva la expresión "parte", a los que concurren para que se perfeccione un acto jurídico bilateral.

Precisando aún más los conceptos, se habla de partes o de autor para referirse a quienes generan con su voluntad el acto jurídico, siendo este el elemento decisivo para que tal hecho acontezca. Distinta es la situación de aquellos que si bien también concurren a la ejecución o celebración del acto jurídico, al otorgamiento del mismo, lo hacen cumpliendo otras finalidades, especialmente relativas a las solemnidades o las formalidades: tal ocurre,

por ejemplo, con el Notario, los testigos, etc., los que obviamente no son “autores” ni “partes”.

c) Los terceros.

c.1) Concepto.

Seguendo a Giovene, se dice que el concepto de tercero es negativo, dado por antítesis al de parte. En general, se entiende por tercero toda persona, que no ha participado ni ha sido válidamente representada en la generación del acto. Se trata de todos aquellos que aún habiendo participado físicamente en el acto jurídico, su voluntad no ha sido determinante para la generación del mismo.

c.2) Clasificación.

Entre los terceros, debemos distinguir: entre los terceros absolutos y los terceros relativos.

1° Los terceros absolutos: son las personas extrañas a la formación del acto jurídico y que no están ni estarán en relaciones jurídicas con las partes. Es decir, son y continuarán siendo extraños al acto jurídico. Respecto a los terceros absolutos, el acto jurídico no produce efectos, principio que constituye la contrapartida a la norma del art. 1545 del CC., respecto de las partes del contrato.

2° Los terceros relativos: también llamados “interesados”, son aquéllos que si bien no han generado el acto jurídico, están o estarán en relaciones jurídicas con las partes, sea por su propia voluntad o por disposición de la ley. Dice Giovene que la idea jurídica de terceros relativos presupone, por una parte, un acto al cual el tercero es extraño, y por otra parte, un nuevo acto o hecho jurídico en general, en el que esta persona es parte con relación a uno de los sujetos del primer acto y en virtud del cual, llega, necesariamente, a encontrarse en relación con el otro sujeto que intervino en el primer acto, a consecuencia del contenido de las dos estipulaciones.

A su vez, entre los terceros relativos o interesados distinguimos dos categorías: los causahabientes y, a juicio de una parte de la doctrina, los acreedores comunes del deudor:

i) **Los causa-habientes:** se trata de una expresión genérica empleada para designar cualquiera persona que deriva el todo o parte de sus derechos de otra persona que se llama su “autor” o “causante” y que, desde el punto de vista de estos derechos, se encuentra en el lugar y situación de su autor. Hay en la idea de causa-habiente dos nociones esenciales: sucesión de una persona en los derechos de otra, y por ende, igual posición jurídica en cuanto a los derechos transmitidos o transferidos. Los causa-habientes pueden serlo a título universal (cuando suceden a una persona en todos sus bienes, derechos u obligaciones o en una cuota de ellos) o a título singular (cuando suceden a una persona en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de cierto género). Asimismo, la sucesión puede operar por acto entre vivos (en cuyo caso hablamos de transferencia) o por causa de muerte (en cuyo caso hablamos de transmisión). En nuestro Derecho, esta última puede ser

a título universal (herencia) o a título singular (legado), según el art. 951 del CC; mientras que la transferencia o sucesión por acto entre vivos sólo puede ser a título singular, por regla general (excepcionalmente, lo será a título universal, tratándose de la tradición del derecho real de herencia).

En síntesis, quien transmite un derecho en alguna de las situaciones indicadas, se denomina causante, y quien lo adquiere causa-habiente, siendo estos últimos, para considerarlos terceros relativos, los sucesores o cesionarios de las partes. Estos reciben el derecho de su causante en las mismas condiciones en que éste lo tenía: el derecho pasa del causante al sucesor con todas sus ventajas y cargas.

Tratándose de los sucesores o causa-habientes a título universal, puede afirmarse, en principio, que todos los actos jurídicos del causante les aprovechan o perjudican, excepto aquellos personalísimos o inherentes a su persona, como los derechos de uso o habitación o el derecho de alimentos; en otras palabras, suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, salvo los intransmisibles (artículo 1097). En verdad, no serían propiamente terceros, pues al fallecimiento del causante, lo reemplazan en sus relaciones jurídicas, son la misma “*parte*”.

Por su parte, los causa-habientes a título singular solamente se benefician con las facultades o sólo contraen las cargas que correspondan al derecho o bien en que han sucedido. Estos serían efectivamente terceros relativos, respecto de las relaciones jurídicas de las que era parte el causante, y que incidían en el derecho o bien respectivo, ahora en el patrimonio del causahabiente.

- ii) **Los acreedores comunes del deudor:** el art. 2465 del Código Civil consagra el llamado derecho de prenda general de los acreedores. Ahora bien, siendo los acreedores de un deudor ajenos al acto jurídico que éste celebra, sufren sin embargo los efectos del mismo, desde el momento que puede afectar o disminuir el conjunto de bienes del deudor con los cuales responder al derecho de prenda general mencionado. En todo caso, también pueden verse beneficiados, si a consecuencia de los actos o contratos celebrados por el deudor, se incrementa su patrimonio. En este contexto, también debemos tener presente que los acreedores comunes tienen ciertas acciones, destinadas a proteger sus intereses, como son la acción pauliana o revocatoria (art. 2468 del CC) y la acción oblicua o subrogatoria. La tendencia de la doctrina moderna, es considerar a los acreedores de una de las partes contratantes como terceros absolutos, y no como terceros relativos. Estudiaremos la materia a propósito del principio del efecto relativo de los contratos.

VI.- INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

a) Acepciones de la ineficacia jurídica.

a.1) Ineficacia jurídica en sentido amplio.

Un acto jurídico es ineficaz cuando no genera sus efectos propios desde el momento mismo en que se otorgó o celebró o deja de producirlos por cualquier causa.

Cuando la causa que priva de efectos al acto jurídico opera desde el momento mismo en que se otorgó o celebró y consiste en un defecto intrínseco, hay invalidez del mismo. Tal ocurre cuando uno de sus elementos constitutivos está viciado (por ejemplo,

error en la voluntad). Se plantea sin embargo el siguiente problema: ¿Se comprende dentro de la noción de invalidez la inexistencia jurídica?; es decir, la omisión de un requisito esencial para la existencia de un acto jurídico, como por ejemplo la demencia de una de las partes, lo que implica ausencia de voluntad y no sólo una voluntad viciada, como en el caso de error (salvo que se trate del error esencial u obstáculo, donde también falta la voluntad y por ende habría, a juicio de algunos, inexistencia jurídica).

Algunos sostienen que la inexistencia jurídica no puede comprenderse en la noción de invalidez, puesto que solamente un acto que existe puede ser válido o inválido. Para otros, mirando el problema con un criterio práctico, se justifica que la invalidez comprenda la inexistencia y que ésta se sancione con la nulidad absoluta. En el marco de la primera doctrina, se ha sostenido por algunos autores que si se omite una condición de existencia, el acto es inexistente ante el Derecho. En tal caso, se está ante una apariencia o malentendido, ante una “*tentativa*” de acto, más que ante un acto jurídico; podría decirse, como afirma Josserand, que el acto ha nacido muerto y desprovisto por lo tanto de existencia legal (a diferencia de la nulidad, donde el acto nace con vida, pero con defectos que lo hacen susceptible de ser invalidado). Claro Solar, que se inscribe entre los partidarios de esta teoría, señala que el artículo 1445 del Código, al enumerar los requisitos del acto o contrato, “*confunde en realidad los requisitos de existencia con los requisitos de validez de todo acto o declaración de voluntad. Son, sin embargo, cosas bien diversas la existencia y la validez de un acto jurídico. Si falta una de las cosas esenciales a la existencia, el acto no puede jurídicamente existir, no puede producir efecto civil alguno, es la nada. Si falta algo necesario para la validez del acto, el acto existe con el vicio; es un acto nulo, pero no un acto inexistente*”.¹⁰¹ De tal forma, el acto será inexistente cuando falte la voluntad, el objeto, la causa o las solemnidades. En cambio, si un acto jurídico se ejecuta o celebra cumpliendo con sus requisitos de existencia pero con prescindencia de una de las condiciones de validez, es nulo. La nulidad, en el ámbito patrimonial, a su vez puede ser de dos clases: **ABSOLUTA**, si se omite un requisito exigido en consideración al acto en sí mismo, a su naturaleza; y **RELATIVA**, si se omite un requisito exigido en consideración al estado o calidad de las personas que lo ejecutan o celebran.

En consecuencia, la ineficacia en sentido amplio, se define como la falta de idoneidad de un acto jurídico para producir sus efectos propios, **por un defecto intrínseco y “congénito”**, defecto que puede consistir en la falta de alguno de sus elementos esenciales o constitutivos, tanto de existencia como de validez. Excepcionalmente, el testamento cerrado o secreto puede ser anulado por un hecho sobreviniente o posterior a su otorgamiento: cuando al presentarlo tras la muerte del testador, el sobre o carátula que lo contiene, hubiere sido abierto sin las formalidades prescritas en la ley.

a.2) Ineficacia jurídica en sentido estricto.

Supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce efectos o queda privado de ellos, a consecuencia de un hecho que usualmente acaece con **posterioridad** a la ejecución o celebración del acto, **y de carácter extrínseco**, es decir, ajeno al acto mismo, como por ejemplo en el caso de la resolución, la revocación, la caducidad, la inoponibilidad, etc.

¹⁰¹ Claro Solar, Luis, “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones*”, Tomo II, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, año 1937, p. 10.

b) Diferencias entre la inexistencia y la nulidad.

Según una parte de la doctrina, la que es partidaria de la inexistencia jurídica, serían las siguientes:

b.1.) La nulidad debe ser declarada por los Tribunales, no así la inexistencia. Basta que ésta última se manifieste, para valerse de ella.

Con todo, en ambos casos debe recurrirse a los tribunales, aunque con un objetivo diferente.

Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa que adolece de nulidad (por ejemplo, por objeto ilícito), la parte que pretenda la devolución de la cosa debe pedir primero que se declare la nulidad del contrato. Mientras ello no ocurra, el contrato producirá todos los efectos que le atribuye la ley. En cambio, tratándose de una venta inexistente (por ejemplo, por falta de precio o porque se vendió un inmueble por escritura privada), se podría solicitar de inmediato la restitución de la cosa, interponiendo la acción reivindicatoria (lo que supone, obviamente, que se desconoce el contrato).¹⁰²

b.2) El acto inexistente no produce efecto alguno, mientras que el nulo produce todos sus efectos, mientras un tribunal no declare la nulidad.

b.3) Mientras el acto nulo puede sanearse con el transcurso del tiempo, el acto inexistente no.

b.4) La inexistencia no puede ratificarse (*“la nada confirmada continúa siendo la nada”*); la nulidad relativa puede ratificarse.

b.5) La nulidad puede alegarse como acción o excepción, mientras que la inexistencia sólo como excepción.

En efecto, mientras se contempla la acción para obtener que se declare nulo un acto jurídico, no hay acción para solicitar que se declare la inexistencia de un contrato. Por ello, ésta última sólo podrá deducirse como excepción contra el demandante.

b.6) La inexistencia puede ser alegada por cualquiera persona. La nulidad en cambio puede ser alegada por determinadas personas, en mayor o menor amplitud, según se trate de la nulidad absoluta o nulidad relativa.

b.7) La nulidad judicialmente declarada, produce efectos sólo en relación a las partes en cuyo favor se ha decretado. La inexistencia, constatada judicialmente, permite a todo interesado aprovecharse de ella.

c) El Código Civil chileno frente a la inexistencia y la nulidad.

¹⁰² Refiere Claro Solar que *“La compraventa de bienes raíces hecha verbalmente o en documento privado, no será compraventa aunque el supuesto comprador haya pagado el precio y recibido el bien raíz y hayan transcurrido más de treinta años (hoy, más de diez años) desde que le fue entregado: no se tratará de una compraventa nula, sino de una compraventa inexistente”*: Claro Solar, Luis, ob. cit. *“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones”*, Tomo II, p. 15.

Entre los que niegan que el Código Civil contemple como sanción la inexistencia, están José Clemente Fabres y Arturo Alessandri; entre los que están en la posición contraria, se encuentran Luis Claro Solar y Enrique Rossel.

c.1) Argumentos de los que niegan la teoría de la inexistencia dentro de nuestro Código: señalan que los actos “*inexistentes*” quedan comprendidos entre los actos que adolecen de nulidad absoluta, considerando:

1° El tenor del art. 1682 del CC., precepto que al aludir a la nulidad absoluta, engloba tanto los requisitos de existencia como los de validez de los actos jurídicos. De tal forma, de faltar el objeto (art. 1460), la causa (art. 1467) o las solemnidades (art. 1701), la sanción será la nulidad absoluta. En efecto, así se interpreta por esta doctrina la frase “*omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan*”. La palabra “*requisito*”, aludiría tanto a la falta de objeto o de causa, cuanto al objeto o la causa ilícitos. La expresión “*formalidad*”, se referiría a las solemnidades propiamente tales.

2° El Código no reglamenta los efectos que produce la inexistencia del acto. El art. 1681 sólo se refiere a la nulidad absoluta y a la rescisión o nulidad relativa.

3° Los actos de los absolutamente incapaces, de acuerdo al art. 1682, inciso 2°, adolecen de nulidad absoluta. Si se admitiera como sanción la inexistencia, sería éste un caso neto de la misma, habida cuenta que hay ausencia de voluntad. Como no es así, quedaría claramente demostrado que para el legislador, la nulidad absoluta engloba a la inexistencia.

c.2) Argumentos de los que afirman la teoría de la inexistencia en nuestro Código:

1° Hay diversas disposiciones en el Código Civil, que, aunque dispersas, implican un reconocimiento a la inexistencia como una hipótesis diversa de la nulidad:

- En el art. 1444, se expresa que el acto jurídico “*no produce efecto alguno*” y no que sea “*nulo*”;
- En el art. 1681 se dice que “*Es nulo (...) para el valor*”, en lugar de decir “*para su existencia*”; lo que permite concluir que la nulidad sólo se refiere a la falta de requisitos de validez y no de existencia.
- En el artículo 1682, se dice que la nulidad se produce por omitir requisitos o formalidades que las leyes prescriben “*para el valor*” de ciertos actos o contratos, no para su existencia.
- En el art. 1701, se interpreta como sanción de inexistencia la frase “*... se mirarán como no ejecutados o celebrados*”.
- En el art. 1801, la frase “*perfecta ante la ley*”, se interpreta como “*existente ante la ley*”.
- En el art. 1814, en la venta de una cosa que se supone existir al contratar pero en realidad no existe, la expresión “*no produce efecto alguno*” aludiría a una venta inexistente.

- En el art. 2055, al decir el precepto “*No hay sociedad*”, no se trataría simplemente de una sociedad nula, sino de una inexistente.

2° Saliendo al paso de los que argumentan que el Código sólo reglamenta la nulidad, se indica que mal puede quedar comprendida la inexistencia en la nulidad pues esta se encuentra tratada en el Código Civil como un modo de extinguir las obligaciones (art. 1567 N° 8), lo que supone que exista una obligación que adolezca de algún vicio, mientras que los actos inexistentes no producen obligación alguna, razón por la cual el art. 1681 no se ocupa de la inexistencia. Al tratar de la nulidad, en cambio, la ley parte de la base de que el acto jurídico existe. Por la misma razón, el artículo 1682, al aludir a la “*omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan*” no podría contener en ella los casos de falta de causa o de objeto, pues el precepto parte del supuesto de que el acto o contrato exista. La frase, entonces, sólo debiera circunscribirse a la omisión de solemnidades propiamente tales.

3° En cuanto al argumento postulado por quienes rechazan la inexistencia acerca de que los actos de los absolutamente incapaces están sancionados con la nulidad absoluta y no con inexistencia, se contra-argumenta que ello se debe a que hay una apariencia de voluntad, por lo que expresamente la ley declara que sus actos adolecen de nulidad absoluta. Este último argumento parece en verdad más débil que los dos anteriores.

Carlos Ducci, por su parte, considera que carece de lógica la oposición entre actos inexistentes y actos nulos. Señala que no puede haber un acto inexistente, es una contradicción de términos. Si se ha emitido una declaración de voluntad en vista de producir un efecto jurídico, el acto existe; el problema que se presenta es saber si ha cumplido los requisitos de forma y fondo para producir efectos. Si no es así, el acto no es inexistente, es nulo.

Agrega Ducci que la noción de inexistencia es incierta e inútil, recordando que, por lo demás, nuestra Corte Suprema ha fallado que se confunden los efectos de la carencia de requisitos de existencia y validez¹⁰³.

Cabe indicar que en el derecho comparado, la tendencia es incluir la inexistencia dentro de la nulidad absoluta.

De cualquier manera, en nuestro Derecho hay un caso en el cual, claramente, se distinguen los requisitos de existencia de aquellos de validez: el contrato de matrimonio.

d) La nulidad.

d.1) Concepto.

Es la **sanción civil** establecida por la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben por la ley para el valor de un acto jurídico, según su naturaleza o especie (nulidad absoluta) y la calidad o estado de las partes (nulidad relativa). Se desprende esta definición del art. 1681.

¹⁰³ Carlos Ducci Claro, “*Derecho Civil. Parte General*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, año 1984, págs. 310 y 311.

d.2) Clases de nulidad.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

NULIDAD ABSOLUTA es la sanción civil impuesta a los actos ejecutados o celebrados con omisión de un requisito exigido por la ley para el valor de un acto jurídico, en consideración a su naturaleza o especie.

NULIDAD RELATIVA es la sanción civil impuesta a los actos ejecutados o celebrados con prescindencia de un requisito exigido por la ley para el valor de un acto jurídico en atención a la calidad o estado de las partes que lo ejecutan o celebran.

En la doctrina, se suele reservar la palabra “*nulidad*” para referirse a la nulidad absoluta, mientras que se emplea la expresión “*rescisión*” para referirse a la nulidad relativa,¹⁰⁴ denominaciones que sigue nuestro Código en el art. 1682, aunque posteriormente alude indistintamente a la nulidad absoluta o relativa.

La regla general es la nulidad relativa, ya que el art. 1682, después de señalar los casos de nulidad absoluta, agrega que “*cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa*”.

Cabe advertir que el distingo entre la nulidad absoluta y la relativa, no se plantea tratándose de la nulidad del contrato de matrimonio: aquí, es una sola.

d.3) La nulidad absoluta.

d.3.1) Casos en que tiene lugar:

1° Cuando hay objeto ilícito.

2° Cuando hay causa ilícita.

3° Cuando se omite algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la especie o naturaleza de ellos (o sea, solemnidades propiamente tales, exigidas para la validez del acto jurídico).

4° Cuando los actos o contratos han sido ejecutados o celebrados por absolutamente incapaces.

5° Falta de objeto (para aquellos que no son partidarios de la inexistencia).

6° Falta de causa (para aquellos que no son partidarios de la inexistencia).

Algunos agregan los casos de error esencial u obstáculo.

d.3.2) Características de la nulidad absoluta.

¹⁰⁴ La palabra rescisión, se aplicaba para aludir al acto por el cual las partes se restituyen al estado anterior, cuando alguna de ellas sufría lesión o en la hipótesis de restitución in integrum. Refiere al efecto Luis Claro Solar: “*Etimológicamente, la palabra rescisión, rescissio, significa la acción de anular, cortar, despedazar, destrozarse, romper una cosa; y en el derecho civil se ha aplicado particularmente para designar la acción de restitución de las partes contratantes en el estado anterior cuando alguna de ellas sufría lesión en el acto o contrato. En este sentido, principalmente, se ha conservado en el Código Civil francés; pero en nuestro Código, en que (...) la acción rescisoria de restitución in integrum ha sido suprimida, no tiene esta significación sino en los contados casos en que la admite la ley por lesión enorme (...) y en general se emplea como sinónima de nulidad relativa, en el sentido de sanción de esta clase de nulidad*”: Claro Solar, Luis, “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones*”, Tomo III, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, año 1939, pp. 613 y 614.

La nulidad absoluta no se encuentra establecida en interés de determinadas personas, sino de la moral y de la ley. O sea, lo que se protege es el interés de toda la colectividad y no el de ciertas personas. De este principio fundamental, se desprenden las características de la nulidad absoluta, recogidas en el art. 1683 del CC. y que seguidamente enunciamos:

1° La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

La expresión “*aparece de manifiesto*” implica que de la sola lectura del instrumento en que se contiene el acto o contrato puede apreciarse el vicio de que estos adolecen, sin necesidad de otras pruebas. Así, por ejemplo, si se está en presencia de un contrato de arrendamiento de un inmueble, celebrado entre el curador y su pupilo, representado por el primero, declarándose en el contrato tal circunstancia (artículo 412 del Código Civil). O si las partes de una compraventa declaran ser marido y mujer, y además señalan que no se encuentran separados judicialmente (artículo 1796 del Código Civil). En ambos casos, la causal de la nulidad absoluta será el objeto ilícito (artículo 1466 del Código Civil).

2° Puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

La nulidad absoluta puede solicitarse, por ende, no sólo por una de las partes, sino también por un tercero, siempre que tenga interés en su declaración. Tal “*interés*” debe reunir los siguientes requisitos:

- Debe tratarse de un interés pecuniario, avaluable en dinero, y no un interés puramente moral.
- Debe existir al tiempo de producirse la nulidad, es decir, al verificarse la infracción que acarrea la sanción, lo que acontecerá al ejecutar o celebrar el acto o contrato.
- Debe existir también al momento de pedir la declaración de nulidad;
- El interés debe tener su causa jurídica y necesaria en la lesión o perjuicio producido por la infracción.

Cabe señalar que nuestra jurisprudencia permite pedir la declaración de nulidad a terceros, que tengan el interés antes descrito. En tal sentido, se afirma en un fallo de la Corte de Santiago, de agosto de 1939, que “*Basta tener interés en la declaración de nulidad absoluta; y no es necesario haber intervenido en el contrato cuya validez se impugna*”; criterio ratificado por una sentencia de la Corte Pedro Aguirre Cerda, de junio de 1989: “*La nulidad absoluta pueden solicitarla todos aquellos que de algún modo se vean afectados por las consecuencias jurídicas que emanen del contrato viciado por dicha nulidad, aunque no hayan intervenido en la celebración de éste y, por ende, no hayan consentido en el mismo*”(Repertorio, Tomo VI, pág. 229).

Pero no todos pueden pedir la declaración de nulidad. Se priva de este derecho a quienes conocieron o debieron conocer el vicio que invalidaba al acto jurídico. Se recoge aquí el principio “*nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*” (“*nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza*”). La jurisprudencia ha señalado que la palabra “*sabiendo*” supone el conocimiento personal del vicio de nulidad, mientras que las expresiones “*debiendo saber*” aluden a la obligación de conocer el vicio, deducible de otros preceptos legales (o, agregamos nosotros, de situaciones de hecho, como en el caso de un abogado que celebre un pacto sobre sucesión futura). Los tribunales también han concluido que el conocimiento del vicio debe ser real y efectivo y no el presunto o ficto a

que se refiere el art. 8° del Código Civil, lo que resulta de toda lógica, pues una conclusión contraria, en la práctica impediría a cualquiera de los contratantes pedir la declaración de nulidad. En tal sentido, un fallo de la Corte Pedro Aguirre Cerda, de enero de 1988, deja en claro que *“En el artículo 1683 del Código Civil no se trata de la presunción de conocimiento de la ley establecida en el artículo 8° del mismo Código. Por el contrario, se trata del conocimiento material, real y efectivo del vicio que afecta al acto o contrato. Esto es tan evidente que, de no ser así, nunca podrían los que ejecutan o celebran un acto o contrato alegar por su parte la nulidad absoluta, ya que siempre la ley los consideraría como sabedores del vicio que contaminaría al negocio jurídico”*(Repertorio, Tomo VI, pág. 234). De esta manera, la ley admite aquí el error de derecho, no para dejar de cumplir con las normas jurídicas, sino para restablecer su imperio declarando la nulidad.

En la doctrina, se ha discutido si la prohibición aludida se extiende al representado o mandante, cuando actuaron a través de representante o mandatario que conocieron o debieron conocer el vicio; o a los herederos o cesionarios de aquél que ejecutó el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Así, por ejemplo, cabe preguntarse si el mandante podría solicitar la nulidad del contrato celebrado por su mandatario, si éste actuó dolosamente. Mayoritariamente, los autores consideran que puede solicitar la declaración de nulidad, puesto que el conocimiento es personal de quien efectivamente ejecutó o celebró el acto o contrato.

La jurisprudencia, sin embargo, en lo que respecta a los representantes o mandatarios, no ha sido uniforme. En algunos fallos de la Corte Suprema (diciembre de 1923, diciembre de 1930 y julio de 1938) y de las Cortes de Apelaciones (Corte de Tacna, marzo de 1916; Corte de La Serena, diciembre de 1921), se concluye negativamente, porque de acuerdo al art. 1448, lo hecho por el representante se estima hecho por el representado. La doctrina sustentada por estas sentencias es la siguiente: *“Cuando la ley dispone que no puede alegar la nulidad el que ha intervenido a sabiendas en el acto nulo, se refiere también a los que obran representados por otro, porque la ley no distingue y porque lo que una persona ejecuta a nombre de otra, facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo. No procede sostener que el legislador en el artículo 1683, al establecer la inhabilidad para alegar la nulidad respecto del que intervino en el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, ha querido sancionar el dolo del contratante directo y que por ser personalísimo dicho dolo, la privación de acción de nulidad no puede referirse a otro que a ese contratante, pues si ello es verdad en lo penal, no lo es en lo civil”*(Repertorio, Tomo VI, págs. 244 y 245).

Pero en otros fallos, la misma Corte Suprema (diciembre de 1904, 29 de julio de 1941 y 12 de enero de 1954) y algunas Cortes de Apelaciones (Corte de Concepción, agosto de 1912; Corte de Valdivia, agosto de 1924; Corte de Concepción, diciembre de 1930) establecen que el representado puede pedir la nulidad absoluta del acto celebrado con dolo por su representante, porque el dolo es un acto personalísimo y porque el representante sólo está autorizado para ejecutar actos lícitos y no ilícitos (cabe aclarar que la causal de la nulidad absoluta no es el dolo, obviamente, pero éste impide alegarla en principio). La doctrina de estos fallos, se sintetiza como sigue: *“El artículo 1683 traduce el principio del Derecho Romano de que “nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza”, y establece una verdadera incapacidad o inhabilidad, que, como tal, siendo una regla de excepción, debe interpretarse restrictivamente al único caso a que la ley literalmente se refiere (...) El dolo, que es lo que la ley castiga negando la acción de nulidad, es un acto*

personalísimo. La representación autoriza al representante para ejecutar actos lícitos a nombre del representado, pero no para ejecutar actos ilícitos violatorios de la ley. En consecuencia, el representado que no intervino personalmente en el acto absolutamente nulo, celebrado a sabiendas de esta nulidad por su representante, puede deducir la acción respectiva, ya que no puede imputarse a él la nulidad del acto”(Repertorio, Tomo VI, Pág. 245). En el mismo sentido, la Corte de Talca expresó en un fallo que *“la prohibición para demandar la nulidad que establece el art. 1683 se refiere al que ha intervenido directamente en el acto o contrato, pero no al que ha sido representado convencional o legalmente, a menos que se compruebe la concurrencia inequívoca de su voluntad”*.

En cuanto a los herederos o cesionarios, los tribunales han señalado, mayoritariamente, que no pueden alegar la nulidad en la hipótesis planteada, por dos razones fundamentales:

- El causante o cedente no tenía tal derecho, y por lo tanto, mal pudo transmitirlo o transferirlo;
- Se tiene presente también que cuando un incapaz incurre en dolo, ni éste ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad (art. 1685). Por ende, con mayor razón no podrían alegarla los herederos o cesionarios de una persona capaz.

La jurisprudencia mayoritaria (Corte de Talca, julio de 1898 y marzo de 1899; Corte de Valparaíso, julio de 1899; Corte de Valdivia, mayo de 1910, mayo de 1911, julio de 1912; Corte de Concepción, octubre de 1913, diciembre de 1931; Corte Suprema, septiembre de 1920, septiembre de 1927, julio de 1930, octubre de 1934 y octubre de 1938) se sintetiza en los siguientes términos: *“Están inhabilitados para alegar la nulidad absoluta los herederos del que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Los herederos no podrían invocar por una parte el carácter de herederos para demostrar el interés que tienen para pedir la declaración de la nulidad absoluta del acto, y desentenderse de ese carácter para evitar que les alcance la prohibición que gravita sobre sus antecesores para alegar la nulidad. Los herederos representan y continúan la persona del difunto sin solución de continuidad alguna; le suceden en todos sus derechos y obligaciones contractuales y transmisibles con las mismas calidades y vicios; salvo ciertas situaciones personalísimas del de cujus, son la misma persona que él, no pueden ni más ni menos que éste en lo que actúan en su representación y sin derecho propio: el muerto vive en el heredero. No procede conferir al heredero un derecho que no sólo no radicaba en su causante, sino que le empecía a él una expresa prohibición (...) Si se facultara a los herederos para alegar la nulidad por no haber tenido injerencia en el dolo que la origina, con la misma lógica habría que concederles la facultad para excepcionarse sosteniendo que la nulidad que se solicita en su contra es consecuencia de un dolo que no han cometido y no les debe perjudicar. Si aún tratándose de incapaces que han inducido con dolo al acto o contrato, no se les permite a ellos ni a sus herederos o cesionarios alegar la nulidad, con mayor razón debe sostenerse que tal prohibición abarca también a los herederos y cesionarios de los capaces”*(Repertorio, Tomo VI, pág. 240).

Sin embargo, no faltan los fallos que sustentan la doctrina minoritaria (Corte de Valparaíso, abril de 1933, julio de 1935; Corte de Temuco, agosto de 1935; Corte de Santiago, noviembre de 1952, septiembre de 1958 y noviembre de 1960), y que posibilitan pedir la declaración de nulidad a los herederos y cesionarios, expresando al respecto: *“La regla del artículo 1683 del Código Civil en cuanto prohíbe alegar la nulidad absoluta al que pacta un contrato a sabiendas del vicio que lo invalidaba, o no pudiendo menos de*

conocerlo, establece una excepción al principio general contenido en el mismo precepto, en virtud del cual la acción de nulidad compete a todo el que tenga interés en ello. Siendo ésa una excepción, la incapacidad o inhabilidad especial que establece no puede aplicarse a otras personas que a aquellas que señala determinadamente el texto de la ley; de lo que sigue que, como el tenor del artículo 1683 no priva de un modo expreso y categórico de ejercitar la nulidad de un contrato al heredero de quien lo celebró, conociendo o debiendo conocer el vicio que lo anulaba, todo intento de extender a él la mencionada inhabilidad o incapacidad significa una extralimitación de la norma especial, cuyo alcance, por ser de excepción, no puede ampliarse más allá del radio precisado por su tenor literal. (Repertorio, Tomo VI, pág. 241). Además, el artículo 1684, para la nulidad relativa, sí privó de acción a los herederos y cesionarios, lo que no hizo el artículo 1683 para la nulidad absoluta.

En todo caso, en las hipótesis anteriores, y aún cuando una o ambas partes estén impedidas de impetrar la nulidad absoluta, el juez, cuando aparezca de manifiesto el vicio, o el ministerio público judicial, si el asunto está sometido al conocimiento de las cortes, podrán declarar y solicitar que se declare, respectivamente, la nulidad absoluta.

3° Puede asimismo pedirse la declaración de nulidad absoluta por el ministerio público judicial, en el solo interés de la moral o de la ley.

Conforman el ministerio público judicial el fiscal de la Corte Suprema y los fiscales de las Cortes de Apelaciones (arts. 350 y siguientes del COT). No existen en los juzgados de letras (en 1927 se suprimió el cargo de promotores fiscales).

No debemos confundir el ministerio público judicial, con el ministerio público de la reforma procesal penal. El Código Civil se refiere al primero de ellos.

Cabe consignar que el ministerio público judicial puede pedir la declaración de nulidad aunque ella no aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

4° La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación o confirmación de las partes.

Ello obedece a que la nulidad absoluta está establecida en el interés general y por ende no puede quedar supeditada a la voluntad de los contratantes (excepcionalmente, la Ley N° 19.499, sobre saneamiento de vicios formales de sociedades, permite subsanar la nulidad absoluta de que puede adolecer una sociedad, otorgando una escritura de saneamiento, lo que en la práctica viene a ser un acto de ratificación).

5° La nulidad absoluta no puede sanearse por un lapso de tiempo que no pase de diez años.

Al completarse el período señalado, el acto se convalida o purifica del vicio que lo invalidaba, prescribiendo la acción para solicitar la declaración de nulidad. El plazo se cuenta desde que se ejecutó o celebró el acto o contrato y puede interrumpirse natural o civilmente, de acuerdo a las reglas generales, aunque no admite suspensión, pues esta queda sin efecto pasados 10 años (arts. 2518 y 2520).

6° La acción para solicitar la declaración de nulidad absoluta es irrenunciable, porque se trata de una institución de orden público, establecida en el interés general y no particular. No cabe aplicar el art. 12 del CC., siendo irrenunciable el derecho a solicitar la declaración de nulidad absoluta.

7° La acción de nulidad absoluta se concede sin distinguir si se ha cumplido o no el contrato nulo, según lo ha declarado nuestra Corte Suprema.

8° La nulidad absoluta no se produce de pleno derecho, sino que debe ser declarada judicialmente. De tal forma, el acto jurídico que adolece de un vicio de nulidad absoluta, cumple todos sus efectos, mientras esta no sea declarada.

d.4) La nulidad relativa.

d.4.1) Casos en que tiene lugar.

El art. 1682 del CC., tras enumerar los casos de nulidad absoluta, dispone que *“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato”*

Dichos casos son:

1° Los actos realizados por los relativamente incapaces, sin actuar representados o autorizados por sus representantes (salvo, en los casos excepcionales ya vistos, en que el menor adulto puede actuar por sí mismo; en cuanto al disipador, estimamos que puede también otorgar testamento y reconocer hijos por sí mismo).

2° Los casos de error de hecho (sin perjuicio de la opinión de aquellos que concluyen que tratándose de error esencial u obstáculo, la sanción es la nulidad absoluta o la inexistencia).

3° Los casos de fuerza (cuando se trata de vis compulsiva).

4° Los casos de dolo principal.

5° Cuando se omiten formalidades exigidas por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que ejecutan o celebran el acto o contrato (es decir, tratándose de formalidades habilitantes).

6° Las hipótesis de lesión, en los casos en que la ley establece como sanción la nulidad relativa.

d.4.2) Características.

A diferencia de la nulidad absoluta, la nulidad relativa no está establecida en el solo interés de la moral y la ley, no está destinada a proteger los intereses de la colectividad, sino los de ciertas y determinadas personas, en cuyo beneficio el legislador la estableció. Sus características son una consecuencia del principio anterior:

1° Sólo puede alegarse por aquellos en cuyo favor o beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios (art. 1684).

Por tanto, no puede declararse de oficio por el juez sino a petición de parte, y podemos agregar que de cierta parte solamente. Tampoco puede pedirse su declaración por el ministerio público judicial en el solo interés de la ley.

De tal forma, por ejemplo quien contrata con un relativamente incapaz (menor adulto o disipador interdicto), no puede pedir la nulidad. Esta solo podrá ser invocada por el representante del propio incapaz, en cuyo beneficio la ley la estableció.

Excepcionalmente, si de parte del incapaz hubo dolo para inducir a ejecutar o celebrar el acto o contrato, quedará impedido, igual que sus herederos y cesionarios, para alegar la nulidad (art. 1685). Sin embargo, el art. 1685 establece una contraexcepción: la

aserción (o sea, la afirmación) de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad. Como se observa, la ley castiga aquí al que contrató con el incapaz sin indagar con la debida diligencia si éste era capaz.

Asimismo, pueden solicitar la declaración de nulidad las víctimas del error, la fuerza o del dolo, o aquellas personas en cuyo favor se estableció por la ley la formalidad habilitante (por ejemplo, art. 1757, respecto de la mujer casada en sociedad conyugal) y también aquél que sufrió lesión, en los casos en que la ley la sanciona.

2° La nulidad relativa puede sanearse por el transcurso del tiempo, lapso que es inferior al de la nulidad absoluta.

Conforme al art. 1691, el plazo para pedir la rescisión o declaración de nulidad relativa será de cuatro años, contados:

- En caso de fuerza: desde el día en que ésta hubiere cesado¹⁰⁵;
- En caso de error o dolo: desde el día de la celebración del acto o contrato¹⁰⁶.
- En el caso de incapacidad legal: desde el día en que haya cesado esta incapacidad.

En todo caso, preceptos especiales del Código Civil pueden designar otros plazos, como acontece, por ejemplo:

- En el art. 1757 del CC., respecto al saneamiento de los actos o contratos ejecutados o celebrados por el marido en contravención a los arts. 1749, 1754 y 1755: el cuadrienio se contará desde **la disolución de la sociedad conyugal o desde que cese la incapacidad** de la mujer o de sus herederos;
- En el caso del artículo 1759, respecto de los contratos celebrados por la mujer como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal por interdicción del marido, en el cual el cuadrienio se cuenta desde que **cesó el hecho** que motivó la curaduría del marido;
- En el caso del artículo 1782 la acción de la mujer para pedir la rescisión del acto mediante el cual hubiese renunciado a los gananciales, prescribirá en cuatro años, contados **desde la disolución de la sociedad conyugal**;
- En el caso del artículo 1792-4, en el régimen de participación en los gananciales: el cuadrienio dentro del cual debe entablarse la acción rescisoria, se cuenta desde que el cónyuge que alega la nulidad, **tuvo conocimiento del acto o contrato** ejecutado o celebrado por el otro cónyuge;
- En el caso de la lesión enorme, en la compraventa de inmuebles, la acción prescribe en cuatro años, contados **desde la fecha de la celebración del contrato** (artículo 1896);
- En el caso de infracción a lo dispuesto en el artículo 88 del Código Civil, a propósito de la muerte presunta. En efecto, si se omite cualquiera de los requisitos indicados en el precepto al venderse y enajenarse un bien mueble o inmueble del desaparecido, tal venta y enajenación (o hipoteca, en su caso) adolecerá de nulidad relativa. Será nulidad

¹⁰⁵ Distinta es la situación tratándose de la nulidad de matrimonio, pues conforme al artículo 48 de la Ley de Matrimonio Civil, prescribe la acción para impetrar la nulidad, en el plazo de tres años, y no de cuatro, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que originó la fuerza.

¹⁰⁶ El citado artículo 48 de la Ley de Matrimonio Civil, establece que la acción de nulidad de matrimonio fundada en el error, prescribe en el plazo de tres años, y no de cuatro, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que originó el error.

relativa, porque estando establecida en favor del ausente, para el caso de reaparecer, sólo él puede alegarla. La acción de nulidad prescribirá en 4 años, contados desde el reaparecimiento del desaparecido.

En el Código Civil, hay un caso en el cual nada se dice acerca del cómputo del plazo de cuatro años. Es aquél relativo al artículo 143, concerniente a **los bienes familiares**. El punto suscita dificultades, pues a diferencia de la nulidad absoluta, donde hay una regla general (artículo 1683, 10 años contados desde la fecha del acto o contrato), no existe una regla uniforme para el cómputo de los 4 años, tratándose de la nulidad relativa (artículo 1691). Ramos Pazos estima que el plazo de prescripción correría desde la celebración del contrato, aunque no fundamenta su conclusión. Eduardo Court, en cambio, opina que en esta materia, debería seguirse la misma fórmula consagrada en el artículo 1792-4, para el régimen de participación en los gananciales. Por ende, para el último autor, el cuadrienio se contaría desde el día en que el cónyuge que alega la nulidad, tomó conocimiento del acto, rigiendo también la limitación de 10 años, que contempla el artículo mencionado.¹⁰⁷

La prescripción de la acción para pedir la declaración de nulidad relativa, a pesar de ser de corto tiempo (artículo 2523), se suspende, a diferencia de lo que ocurre tratándose de la nulidad absoluta, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1692. Para el caso, debemos distinguir si los herederos son mayores o menores de edad.

- Si fueren mayores, debemos subdistinguir si el cuadrienio había empezado o no a regir el fallecimiento del causante. Si había empezado a correr, los herederos sólo gozarán del residuo; si aún no había empezado, gozarán del cuadrienio entero.
- Si fueren menores, empieza a correr el cuadrienio completo o su residuo, según sea el caso, desde que hubieren llegado a la mayor edad; la prescripción se suspende en favor de los herederos menores de edad.

En cualesquiera de los casos de nulidad relativa, sin embargo, no podrá solicitarse la declaración de nulidad, pasados 10 años desde la celebración del acto o contrato. Al respecto, algunos han señalado que en el caso de incapacidad legal, podría invocarse la nulidad aún después de transcurridos los 10 años, basándose en el aforismo de que *“al impedido no le corre término o plazo”*. Ducci no está de acuerdo, sosteniendo que nuestro Código está basado en el principio de que al cabo de 10 años, se consolidan las situaciones existentes, como se desprende de los arts. 2520, 1683 y 1692. La responsabilidad recaerá entonces en los representantes de los incapaces, quienes deberán reaccionar dentro del plazo de 10 años.

3° La nulidad relativa puede sanearse por la ratificación o confirmación de las partes.

La ratificación consiste en la confirmación del acto o contrato e implica renunciar a pedir la declaración de nulidad. Ella se justifica, porque la nulidad relativa mira al interés particular de las personas y queda comprendida en la norma contenida en el art. 12 del CC.

La ratificación es un acto jurídico unilateral e irrevocable y puede ser expresa o tácita (arts. 1693 a 1697). Tanto una como otra, para ser válidas, deben emanar de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad (art. 1696) y de quienes son capaces de contratar (art. 1697); además, deben hacerse con las formalidades legales a que esté sujeto

¹⁰⁷ Ramos Pazos, René, *“Derecho de Familia”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2010, 7ª edición actualizada, p. 372.

el acto o contrato que se ratifica. Para que sea eficaz la confirmación, no debe estar afectada por el mismo vicio del acto o contrato ratificado y debe hacerse con conocimiento de tal vicio y del correspondiente derecho a exigir la declaración de nulidad, y con la intención de confirmarlo.

De tal forma, deben concurrir los siguientes requisitos:

- Que el acto jurídico adolezca de nulidad relativa;
- Que la ratificación emane de quien o quienes tienen derecho a pedir la declaración de nulidad;
- Que aquél que ratifica, posea capacidad de contratar (incluyendo la autorización que requiere un incapaz, por ejemplo, si es éste quien ratifica); y
- Cumplimiento de las formalidades legales.

La confirmación (ratificación) sólo es posible antes de la declaración de nulidad.

En relación a esta característica de la nulidad relativa, Víctor Vial del Río distingue entre la ratificación y la confirmación, aunque admite que el Código emplea la primera expresión. Para este autor, la ratificación *“se reserva para los casos en que el mandante aprueba lo obrado por el mandatario que actuó sin poder suficiente o excediéndose de los límites de éste; o en que el dueño aprueba la venta que de la cosa ajena hizo otra persona.”*¹⁰⁸

Podemos apreciar entonces que para Vial, la ratificación opera tratándose de la inoponibilidad, y no de la nulidad relativa.

A su vez, define Vial la confirmación *“...como el acto unilateral por el cual la parte que tenía el derecho de alegar la nulidad relativa renuncia a esta facultad, saneando el vicio de que adolecía el acto o contrato.”*¹⁰⁹

Una vez que se produce la ratificación o confirmación, sus efectos son retroactivos, es decir, como si el acto jurídico hubiera nacido sin reparos jurídicos.

4° La acción de nulidad relativa se concede sin distinguir si se ha cumplido o no el contrato nulo. Al igual que lo señalado en la nulidad absoluta.

Con todo, si al cumplirse el contrato opero una ratificación tácita, se entenderá extinguida la acción de nulidad.

5° La nulidad relativa no se produce de pleno derecho, sino que debe ser declarada judicialmente. Opera lo mismo que se dijo en la nulidad absoluta.

En relación con la nulidad, cabe señalar que el art. 1686 abolió la institución de la *restitución in íntegrum*, establecida en favor de los incapaces y las personas jurídicas, y mediante la cual éstos podían pedir, cuando se sentían perjudicados en sus intereses, que el acto celebrado se tuviera por inexistente, aún cuando se hubieran cumplido todos los requisitos legales. Al operar, las cosas debían restituirse al estado anterior al del contrato. La Ley Sobre Efecto Retroactivo de las leyes, en su art. 11, hace hincapié en la abolición de esta institución. El propio Mensaje del Código Civil se exploya en las razones tenidas en cuenta para abolir semejante privilegio, pernicioso en definitiva para la seguridad jurídica.

¹⁰⁸ Vial del Río, Víctor, *“Actos jurídicos y personas. Volumen primero. Teoría general del acto jurídico.”* Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, segunda edición, año 1991, pág. 179.

¹⁰⁹ Vial del Río, Víctor, ob. cit., pág. 192.

d.5) Diferencias fundamentales entre la nulidad absoluta y la relativa.

Dicen relación a los siguientes aspectos:

- 1° En cuanto a las causales;
- 2° En cuanto a la posibilidad de declararla de oficio por el juez o solicitarla el ministerio público judicial;
- 3° En cuanto a las personas que pueden alegarla;
- 4° En cuanto al lapso exigido para su saneamiento y al cómputo del plazo; y
- 5° En cuanto a su posible ratificación o confirmación.

d.6) Efectos de la nulidad.

Para que produzca sus efectos, toda nulidad necesita ser judicialmente declarada. Se requiere por tanto de una sentencia ejecutoriada o firme, es decir con autoridad de cosa juzgada, acogiendo la acción o excepción deducida en un juicio ordinario o ejecutivo (en este último caso, conforme al art. 464 N° 14 del CPC) para declarar la nulidad de un acto o contrato.

Cabe señalar que sin perjuicio de las diferencias apuntadas entre la nulidad absoluta y la relativa, en nada se distinguen en lo concerniente a sus efectos. Son idénticos, cualquiera sea la nulidad declarada.

Corresponde sí distinguir en esta materia entre los efectos de la nulidad entre las partes y respecto de terceros

1° Efectos de la nulidad entre las partes.

En primer lugar, debemos tener presente lo dispuesto en el art. 1690, consecuencia lógica del principio general contenido en el art. 3, ambos del Código Civil, acerca del efecto relativo de las sentencias judiciales: la nulidad sólo beneficiará a la persona en favor de la cual fue declarada. Si existen otras personas en la misma situación, también deberán accionar para que puedan beneficiarse con los efectos de la nulidad. Nada impide sin embargo una acción conjunta.

Dos situaciones debemos distinguir entre las partes:

- Si el acto o contrato no se ha cumplido: en este caso, no podrá pedirse la ejecución de lo pactado, porque el contrato y las obligaciones que de él emanan, se extinguen con la declaración de nulidad: art. 1567 N° 8. La nulidad opera entonces como un modo de extinguir obligaciones.
- Si el acto o contrato ha sido cumplido total o parcialmente por una o por ambas partes: tiene lugar lo dispuesto en el art. 1687. De tal forma, la ley da a las partes el derecho a exigirse, recíprocamente, la restitución de todo lo que hubieren entregado en virtud del acto o contrato, de manera que las cosas queden como si este nunca se hubiere celebrado. Para concretar estas restituciones recíprocas que retrotraen a las partes al estado anterior al del acto o contrato, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 904 a 915, que reglamentan las prestaciones mutuas que operan entre el poseedor vencido y el dueño, cuando el último interpuso acción reivindicatoria. Operan estas normas, pues constituyen “*las reglas generales*” a que alude el inciso 2° del art. 1687.

En ciertos casos, sin embargo, no operan estas prestaciones mutuas, o sólo operan parcialmente, castigándose la mala fe o premiándose la buena fe:

- El poseedor de buena fe no está obligado a entregar los frutos que ha percibido mientras estuvo de buena fe, y se presume que lo está hasta el momento de la contestación de la demanda (art. 907, inciso 3°). La buena fe, para estos efectos, se define en el art. 706.
- Cuando se ejecutó o celebró el acto o contrato, a sabiendas de que el acto jurídico adolecía de causa u objeto ilícito: art. 1468.
- Cuando se contrató con un incapaz sin los requisitos que la ley exige (art. 1688): el que contrató con el incapaz, no podrá pedir la restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato. Contra-excepción, fundada en el enriquecimiento sin causa: si se prueba que a consecuencia del contrato, se hizo más rica con ello la persona incapaz (en el mismo sentido, el art. 2218, en el ámbito del contrato de depósito). Para zanzar dificultades, la ley preceptúa que se entenderá haberse hecho más rico el incapaz:
 - i) En cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias (por ejemplo, porque invirtió lo que percibió en adquirir otra cosa);
 - ii) O en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas;
- En el caso de la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, el vendedor deberá restituir el precio y el comprador la cosa, con intereses y frutos, pero sólo aquellos devengados o percibidos desde la notificación de la demanda correspondiente: art. 1890, inciso 2° (el precepto alude a “*la fecha de la demanda*”, pero debe entenderse por tal la fecha en que ésta se notifica). La excepción consiste en que no se pagan todos los intereses devengados desde la fecha del contrato, sino sólo aquellos devengados a partir de la fecha en que se notificó la demanda.
- En la misma hipótesis de lesión enorme, nada se pagará por los gastos que hubiere ocasionado el contrato (artículo 1890, inciso 2°).
- También a propósito de la rescisión de la compraventa por lesión enorme, el vendedor, conforme al art. 1894, no podrá pedir cosa alguna en razón de los deterioros que haya sufrido la cosa, excepto en cuanto el comprador hubiere aprovechado de ellos (norma similar a la del art. 906). El comprador, entonces, se considera de buena fe, durante el tiempo en que se produjo el deterioro de la cosa, a menos que se hubiere aprovechado del menoscabo.
- Los casos de obligaciones nulas pero naturales contemplados en los números 1 y 3 del art. 1470: ello, porque el acreedor podrá retener lo que se dio o pagó en razón de tales obligaciones.

2° Efectos de la nulidad respecto de terceros.

Rige al respecto el art. 1689: la nulidad, judicialmente declarada, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores. Observamos en consecuencia que los efectos de la nulidad no se limitan sólo a los contratantes, sino que también afectan a terceros, cuyos derechos provienen de la persona que a su vez adquirió la cosa en virtud del contrato nulo. Aquí, debemos tener presente que nadie puede transferir más derechos de los que tiene y tampoco adquirir más derechos que aquellos que tenía su causante. Lo anterior se extiende también a las obligaciones accesorias, que sufren la misma suerte que la obligación principal: art. 2416.

Tratándose de la nulidad, no tiene importancia si el tercero poseedor está de buena o mala fe, a diferencia de lo que acontece tratándose de la resolución, dado que esta última da sólo acción reivindicatoria contra poseedores de mala fe (arts. 1490 y 1491). La nulidad en cambio tiene tal fuerza, que pasará aún por sobre la buena fe que pueda invocar el tercero. Este disímil tratamiento responde al diverso origen de la nulidad y la resolución. Mientras la primera se declara a consecuencia de infracción de ley, la segunda se declara a consecuencia de infracción del contrato.

Solo excepcionalmente, la nulidad no da acción reivindicatoria contra terceros poseedores. Tales casos son:

- Tratándose de la rescisión de la compraventa de un bien raíz por lesión enorme: dispone la ley que no caducan las hipotecas u otros gravámenes constituidos sobre la cosa (art. 1895). En efecto, si el comprador está obligado a purificar la cosa de los gravámenes, significa que ellos no han caducado por la sola declaración de rescisión. Además, si el comprador enajena la cosa (en su sentido restringido: transfiere el dominio), no puede pedirse la rescisión por lesión enorme (art. 1893).
- Si el tercero adquirió el dominio de la cosa por prescripción: lo que se desprende de los arts. 682, 683, 717 y 2517. En este caso, rigen los arts. 898 y 900:
 - i) De acuerdo al art. 898, la acción reivindicatoria tiene lugar contra el que enajenó la cosa, quien debe restituir lo que recibió por ella y además indemnizar los perjuicios, si enajenó sabiendo que la cosa era ajena.
 - ii) De acuerdo al art. 900, también podrá interponerse acción reivindicatoria contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya, dejó de poseer.

En los dos casos anteriores, la acción reivindicatoria, que por regla general sólo puede interponerse contra el actual poseedor no dueño, se interpone, excepcionalmente, contra quien dejó de poseer.

- Víctor Vial del Río, agrega también el caso del heredero indigno, que había enajenado bienes de la sucesión, caso en el cual los herederos sólo tendrán acción contra los terceros adquirentes, cuando éstos estaban de mala fe (artículos 974 y 976 del Código Civil).¹¹⁰ Sin embargo, no estamos de acuerdo con que esta hipótesis constituya una excepción a los efectos de la nulidad judicialmente declarada, pues la enajenación hecha por el heredero indigno no es nula, sino que inoponible al resto de la sucesión, y por ello, procede contra los terceros acción reivindicatoria, salvo que éstos hubieren adquirido de buena fe;
- Algunos autores agregan el caso de los arts. 93 y 94 N° 4, referido a la muerte presunta, pero en realidad, aún cuando la ley habla de “*rescisión*” del decreto de posesión definitiva, estaríamos ante un caso de revocación. No se trataría por ende de una hipótesis de nulidad.
- Finalmente, también se menciona el caso del art. 1432 número 2, con relación a los arts. 1425 y 1426, todos relativos a la donación.

d.7) Acciones a que da origen la nulidad.

¹¹⁰ Vial del Río, Víctor, “Actos jurídicos y personas. Volumen primero. Teoría general del acto jurídico.” Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, segunda edición, año 1991, pág. 192.

Dos son las acciones que se pueden entablar, las que se dirigen contra sujetos distintos y tienen diferentes finalidades:

1° Una acción personal, la acción de nulidad, destinada a solicitar la declaración de nulidad de un acto o contrato. Si la demanda se interpone por uno de los contratantes, debe dirigirse contra el otro contratante. Si la interpone un tercero, debe dirigirla contra ambos contratantes o contra el que ejecutó el acto jurídico.

2° Una acción real, la acción reivindicatoria, destinada a recuperar una cosa que se encuentra en poder de otra persona, el actual poseedor. Cabe tener presente, conforme al principio general del efecto relativo de las sentencias, que no puede desposeerse a los terceros poseedores, si no han sido partes en el juicio. En consecuencia, es conveniente interponer conjuntamente ambas acciones, en lugar de entablar primero la de nulidad y una vez declarada ésta, entablar la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa. La interposición conjunta de acciones está contemplada en los arts. 17 y 18 del CPC.

d.8) Conversión de los actos nulos.

Opera la conversión cuando un acto jurídico en el que no se cumplen todos los requisitos para que surta efecto tal como las partes se lo propusieron, cumple los requisitos de otro tipo de acto jurídico. En lugar del acto nulo, se entiende ejecutado o celebrado otro acto o contrato, si hay razones para suponer que las partes, de haber sabido que el que ejecutaban o celebraban era nulo, habrían encaminado su voluntad a éste. Eduardo Court la define en los siguientes términos: *“La conversión del acto nulo es un fenómeno que consiste en que, declarada la nulidad de un acto jurídico, éste desaparece en su sentido primitivo, dando origen a otro acto civilmente válido entre las partes”*.¹¹¹

En este punto, debemos tener presente el art. 1444, cuando alude a la posibilidad de que el acto degenere en otro diferente. En el mismo sentido, el art. 1701, inciso 2°, cuando la ley establece que en algunos casos, el acto defectuoso en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes. Así, por ejemplo, el contrato de compraventa de un inmueble celebrado por instrumento privado, podría valer como un contrato de promesa, pues en este caso la ley sólo exige que conste por escrito. O una donación irrevocable hecha entre cónyuges, que la ley entiende siempre como revocable (artículos 1137 y 1138).

Para que opere la conversión, la jurisprudencia ha señalado que deben concurrir dos requisitos:

- Que el acto jurídico nulo contenga todos los elementos constitutivos del nuevo acto válido; y
- Que el nuevo acto produzca el mismo fin o beneficio económico que las partes perseguían con el acto nulo.

Se ha discutido si puede o no operar la conversión del acto nulo, cuando no existe norma legal expresa que así lo disponga. Algunos piensan que no existiendo norma legal que así lo establezca, no es posible la conversión del acto nulo. Otros opinan que estaríamos ante una institución de aplicación general, que opera siempre que se den los

¹¹¹ Court Murasso, Eduardo, *“Curso de Derecho Civil. Teoría General del Acto Jurídico”*, Santiago de Chile, LegalPublishing, año 2009, 2ª edición, p. 111.

requisitos necesarios para ella, en virtud del principio de conservación de los actos jurídicos y sin necesidad de una norma legal que la autorice.¹¹²

e) Ineficacia jurídica en sentido estricto.

Como señalamos, hay ineficacia en sentido estricto cuando el acto jurídico, por sí idóneo, no genera sus efectos o deja de producirlos, por un hecho extrínseco, una circunstancia sobreviniente y extraña a su estructura. La doctrina señala los siguientes casos:

e.1) La suspensión.

Hay suspensión del acto jurídico cuando los efectos de éste, para tener lugar, están subordinados a la ocurrencia de un hecho, el cual aún no se ha verificado. Tal hecho puede emanar de las partes o de la ley. En el primer caso, mediante una condición suspensiva o por un plazo suspensivo pactados por los contratantes; en el segundo caso, mediante una condición legal (por ejemplo, tratándose del testamento, las disposiciones testamentarias están supeditadas a la muerte del causante; o la celebración del matrimonio, tratándose de las capitulaciones matrimoniales pactadas con anterioridad).

La suspensión es transitoria, pero puede tornarse definitiva en ciertos casos: por ejemplo, los esposos celebran capitulaciones matrimoniales antes de casarse y uno de ellos muere con anterioridad al matrimonio; o el testador revoca su testamento; o no se cumple el hecho convenido en el contrato, del cual dependía el nacimiento del derecho y obligación correlativa.

e.2) La resolución.

Los efectos de un acto jurídico pueden cesar y eliminarse la eficacia de los ya producidos, si sobreviene un hecho determinado. Por ejemplo, en el caso de la condición resolutoria tácita (art. 1489).

e.3) La revocación.

Se trata de una declaración unilateral de voluntad, que consiste en la retractación de un acto jurídico precedente, incluso bilateral, cuando la ley así lo autoriza.

Hay actos jurídicos unilaterales esencialmente revocables, como en el caso del testamento (art. 999); o la oferta hecha a otro para celebrar un contrato; pero también pueden revocarse algunos actos jurídicos bilaterales, como ocurre en el mandato (art. 2163 N° 3); con la donación (artículo 1428); y con el arrendamiento bajo la forma de confección de obra material (artículo 1999, inciso 2°). En estos casos, no opera el aforismo en virtud del cual en Derecho, las cosas se deshacen de la misma manera como se hicieron.

e.4) El desistimiento unilateral.

¹¹² Court Murasso, Eduardo, ob. cit., p. 112.

Opera cuando una de las partes decide y comunica a la otra el término de la relación **contractual** (a diferencia de la revocación, que puede operar respecto de actos jurídicos unilaterales y excepcionalmente, bilaterales). Este es ciertamente un derecho excepcional y puede ejercitarse sólo cuando la ley lo establece o los contratantes lo pactan. Usualmente, opera en los contratos de plazo indeterminado, como por ejemplo el desahucio en el contrato de arrendamiento pactado mes a mes y de duración indefinida (art. 3º, Ley N° 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos y artículo 1951 del Código Civil).

e.5) La caducidad.

Significados diversos tiene esta expresión:

1º Pérdida de un derecho por no hacerlo valer en el plazo legal o contractual (por ejemplo, art. 1209, 2º, en relación a la acción para impugnar el desheredamiento; art. 212, impugnación de la paternidad);

2º Ineficacia de un acto jurídico, por el solo ministerio de la ley, a causa de hechos sobrevinientes: por ejemplo, testamentos privilegiados, que caducan sin necesidad de revocarlos (art. 1212); las donaciones revocables que caducan por el mero hecho de morir el donatario antes que el donante (art. 1143). Donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable; donación entre vivos lo mismo que donación irrevocable (art. 1136); respecto de la caducidad de la hipoteca de cuota (artículo 2417);

3º Exigibilidad anticipada de las obligaciones: caducidad del plazo estipulado para cumplir la obligación, en los casos del art. 1496 y en la hipótesis del artículo 2427.

4º Extinción de usufructos sucesivos o alternativos o de fideicomisos sucesivos (artículos 745 y 769).

e.6) La resciliación.

La resciliación es aquella convención en virtud de la cual, las partes, de común acuerdo, estipulan dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado, en la medida que sus efectos no estén totalmente cumplidos.

Se trata del primero de los modos de extinguir las obligaciones, y aluden a él, aunque en forma más bien indirecta y con un lenguaje no del todo exacto, los artículos 1545 y 1567 del Código Civil, donde se incurre en el error de señalar que las partes “*dan por nula*” la convención, lo que obviamente constituye un error, pues sólo la ley (artículo 11 del Código Civil) y el juez pueden declarar nulo un acto jurídico.

e.7) La inoponibilidad.

- Concepto: es la ineficacia de un acto jurídico o la ineficacia de su nulidad, respecto de ciertos terceros, por no haber cumplido las partes algún requisito externo, dirigido precisamente a proteger a los terceros. Para analizar esta materia, los autores distinguen, Carlos Ducci entre ellos, entre los efectos de un acto jurídico (o sea, los derechos y obligaciones que de él emanan) y la realidad jurídica de un acto jurídico. Los efectos del acto jurídico sólo obligan a las partes, pero la realidad jurídica del mismo no puede ser desconocida por terceros. No obstante, en determinadas circunstancias éstos pueden alegar que el acto jurídico no les empece. La

inoponibilidad, por ende, no implica un vicio del acto, no afecta su validez. La inoponibilidad no tiene un tratamiento homogéneo en la ley; dependiendo de los casos, puede tener su origen en la omisión de ciertas inscripciones en registros públicos, o por no haber notificado a determinadas personas o simplemente por la no-concurrencia o ratificación del titular de un derecho.

- Diferencias entre la inoponibilidad y la nulidad. Estas instituciones presentan varias diferencias:
 - ❖ La nulidad deriva de infracciones legales o vicios que se producen en el momento del nacimiento del acto jurídico; la inoponibilidad, en cambio, es independiente de la generación del acto jurídico; el contrato es válido, pero otras circunstancias determinan su ineficacia frente a terceros. En otras palabras, las causas o motivos de nulidad y de inoponibilidad, son distintos.
 - ❖ La nulidad produce efectos tanto entre las partes que ejecutan o celebran el acto nulo, como respecto de terceros; la inoponibilidad dice relación, exclusivamente, con los terceros.
 - ❖ La nulidad es una sanción de orden público y por lo mismo, no puede renunciarse de antemano; la inoponibilidad, establecida únicamente en beneficio de los terceros que pueden prevalerse de ella, es de orden privado. Estos pueden renunciar a su derecho a invocarla.
 - ❖ Si la nulidad absoluta aparece de manifiesto en el acto o contrato, puede y debe ser declarada de oficio por el juez; la inoponibilidad nunca puede declararse de oficio.

- Ejemplos de inoponibilidad: art. 1707 (contraescrituras); art 1902 (cesión de derechos); art. 407 (guardas); art. 1815 (compraventa de cosa ajena); art. 1450 (promesa de hecho ajeno); art. 2160 (mandato); art. 2079 (sociedad). La doctrina ha distinguido entre causales de fondo y de forma.
Entre las causales de fondo, se señalan:
 - ❖ La falta de concurrencia o consentimiento (arts. 1450; 1815; 1916, 2º; 2390; 2160; 2079).
 - ❖ El fraude (art. 2468, acción pauliana; art. 1578 N° 3).
 - ❖ La lesión de derechos adquiridos (art. 94 N° 4; arts. 1815 y 2517; respecto de la prescripción ya cumplida).
 - ❖ La lesión de las asignaciones forzosas en las sucesiones (arts.1216)
 - ❖ La buena fe en el caso de la resolución de un contrato (arts. 1490, 1491 y 1492: sólo hay acción contra terceros poseedores cuando éstos se encuentran de mala fe).
Entre las causales de forma, se señalan:
 - ❖ La falta de publicidad (arts. 447, 455 y 468; 1902; 1707; 2513 del C.C.; arts. 297, 1º y 453 del CPC, respecto a la medida precautoria o embargo trabados sobre un inmueble). Carlos Ducci agrega entre estos casos los arts. 1716 y 1723, pero en verdad se trata de casos de nulidad, no de inoponibilidad.
 - ❖ La falta de fecha cierta: art. 1703.

- Quienes pueden invocar la inoponibilidad: el tercero de buena fe podrá hacer valer la inoponibilidad ante aquel que intenta hacer valer en su contra un derecho emanado de un acto jurídico que le es inoponible. En opinión de Vodanovic, los terceros que pueden

invocar la inoponibilidad son, en general, los llamados “*terceros interesados*” o terceros relativos, es decir, aquellos que no participan ni personalmente ni representados en el acto jurídico inoponible, pero que están o estarán en relaciones jurídicas con las partes (causahabientes y a juicio de algunos los acreedores de las partes). López Santa María señala que en ocasiones también puede invocarse la inoponibilidad por terceros absolutos, como acontece, por ejemplo, en los casos de inoponibilidad por falta de concurrencia o consentimiento, de los arts. 1815, 1916, 2º y 2390. Estas inoponibilidades de contratos al dueño de la cosa, por ausencia de su consentimiento, ceden en beneficio de un tercero absoluto o *penitus extranei*. Este es el carácter, en efecto, del verdadero dueño de la cosa, en los casos de contratos de compraventa, arrendamiento o prenda sobre bienes ajenos.

La inoponibilidad opera a petición de parte y el juez, según dijimos, no puede declararla de oficio. Usualmente, se alega por vía de excepción, salvo cuando se interpone la acción pauliana o revocatoria a que se refiere el art. 2468, o la acción reivindicatoria, en el caso de la venta de cosa ajena.

VII.- LA REPRESENTACIÓN.

1.-) Concepto.

La voluntad, requisito de existencia de todo acto jurídico, puede manifestarse personalmente o a través de otra persona, que se denomina representante.

Existe representación, entonces, cuando un acto jurídico es celebrado por una persona en nombre y por cuenta de otro, en condiciones tales que los efectos se producen directa e inmediatamente para el representado, como si éste hubiera celebrado el acto jurídico. La podemos definir, entonces, como **una modalidad del acto o contrato, en virtud de la cual, lo que una persona ejecuta o celebra a nombre de otra, estando facultada por ésta o por la ley para representarla, se radica en el patrimonio de la segunda.**

La consagración positiva de la representación la visualizamos en dos artículos fundamentales del CC.: los arts. 43 y 1448.

Especial importancia tiene esta institución, dado que en su virtud los incapaces absolutos (siempre) y los incapaces relativos (usualmente) pueden actuar en el mundo jurídico. Asimismo, permite a los plenamente capaces actuar en diversas partes a la vez, jurídicamente hablando: estamos ante una verdadera ubicuidad jurídica.

2.-) Origen histórico de la representación.

La representación, tal como hoy la entendemos, se perfeccionó por el derecho francés. En el Derecho Romano, se la desconoció por largo tiempo: no se admitía que un acto jurídico pudiera crear derechos y obligaciones para otras personas que aquellas que habían contribuido personalmente a formarlo. Se partía del principio que aquellos que no habían sido partes en un acto no podían, por efecto de éste, llegar a ser propietarios, acreedores o deudores. El escaso poder de abstracción de los romanos de los primeros siglos, les impedía concebir o aceptar la representación. Ello no se oponía, sin embargo, a que una persona ejecutara un acto por mediación de otra, como ocurría con la gestión de los bienes de menores sujetos a tutela y con el mandato. Pero los juristas romanos daban a

estos actos una solución jurídica más engorrosa: para ellos, los efectos del acto ejecutado por un representante se producían siempre para quien lo había realizado; pero éste último debía traspasar los derechos que había adquirido, al verdadero interesado, y éste a su vez debía descargar al representante de las obligaciones que había contraído. Había en consecuencia una doble operación jurídica, con todos los riesgos que ello implicaba; entre otros, exponiendo al representante y al representado a sufrir los efectos de su recíproca insolvencia.

Paulatinamente, fue perfeccionándose la institución, simplificándose la formación de la relación jurídica entre el representado y el tercero, o sea, con aquél que había contratado con el representante: se admitió que el acto ejecutado por un intermediario produjera efectos para éste y que, además, engendrará acciones útiles entre el interesado o representado y aquél que había tratado con el representante.

Pero sería en el antiguo Derecho Francés, donde se admitiría que la relación jurídica se forma directamente entre el representado y el tercero que contrató con el representante, suprimiéndose al intermediario, en lo relativo a los efectos jurídicos del contrato.

3.-) Naturaleza jurídica de la representación.

Diversas teorías han tratado de explicar la naturaleza jurídica de esta institución. Entre las principales:

- a) Teoría de la ficción;
- b) Teoría del nuncio, mensajero o emisario;
- c) Teoría de la cooperación de voluntades; y
- d) Teoría de la representación-modalidad del acto jurídico.

a) Teoría de la ficción.

Se reputa que el representado ha manifestado su voluntad por mediación del representante, no siendo el segundo más que el vehículo de la voluntad del primero. Se le llama también teoría clásica y fue expuesta por Pothier.

La teoría ha sido abandonada hoy en día, especialmente porque resulta impotente para explicar los casos de representación legal, como en los casos del demente o del impúber. En efecto, es imposible sostener que el representante expresa la voluntad del demente o del impúber, ya que la ley les da precisamente curador y tutor porque carecen de voluntad.

Asimismo, se critica esta teoría, señalándose que no resuelve el problema de cual de las dos voluntades, la del representante o del representado, engendra el acto jurídico.

b) Teoría del nuncio, mensajero o emisario.

Sostiene que el representante no es más que un mensajero, un portavoz que transmite más o menos mecánicamente la voluntad del representado, de manera que el contrato se celebra real y efectivamente entre dicho representado y el tercero. Formuló esta teoría Von Savigny.

Para la doctrina contemporánea, tampoco es satisfactoria esta teoría. Decir que un representante es un simple mensajero, es negarle la calidad de representante. Además, mal puede transmitir éste una voluntad que no existe, como en el caso del impúber o demente.

Por último, no explica el caso de los mandatos generales, en los cuales no se encarga al representante la realización de un determinado acto jurídico.

c) Teoría de la cooperación de voluntades.

La representación se explica por la cooperación de voluntades del representante y representado, concurriendo ambas en la formación del acto jurídico, el que sin embargo sólo afectará al segundo.

Entre otras críticas, se afirma que esta teoría no explica los casos anteriormente mencionados de representación legal: en efecto, ¿qué cooperación de voluntad cabe entre el demente o impúber, que carecen de voluntad, y el curador o tutor?; asimismo, no explica los casos en que el mandatario actúa en contra de la voluntad del representado (por ejemplo, cuando la ley autoriza al mandatario para abstenerse de cumplir el mandato o para apartarse de los términos del mandato, si la ejecución en la forma ordenada por el mandante, fuere manifiestamente perniciosa para el mandante o si el mandatario está imposibilitado de actuar con arreglo a las instrucciones del mandante: arts. 2149 y 2150 del CC).

d) Teoría de la representación-modalidad del acto jurídico.

Desarrollada por Levy-Ulman, fundándose en la teoría de Pilon, afirma que la representación es una modalidad del acto jurídico en virtud de la cual los efectos del acto o contrato ejecutado o celebrado por una persona (el representante) en nombre de otra (el representado) se radican directa e inmediatamente en la persona del representado. Pilon sostiene que es la voluntad del representante, sustituyéndose a la del representado, la que participa real y directamente en la formación del acto que producirá sus efectos en la persona del representado. Esta teoría parte del supuesto de reemplazar el concepto subjetivo de la obligación como vínculo jurídico entre dos personas, por un concepto objetivo de vínculo entre dos patrimonios. La modalidad consiste en que los efectos del acto jurídico que realiza el representante no se radican en su patrimonio sino en el patrimonio del representado. Esta teoría explica la representación legal.

A juicio de Arturo Alessandri Rodríguez, esta teoría encuadra perfectamente dentro del sistema del Código Civil chileno. De los términos del artículo 1448, aparece claramente que es el representante el que ejecuta o celebra el acto, sin perjuicio que sus efectos se radiquen en el representado. Diversos artículos ratificarían que es la voluntad del representante la que requiere la ley cuando hay representación: artículos 672, 673, 678, 721 y 2151 del CC.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte de Temuco (1939) expuso en un fallo que ésta era la teoría de seguía nuestro Código, pero la Corte Suprema revocó el fallo (1942). Posteriormente, aceptó la Corte Suprema la conclusión de la Corte de Temuco (1951), afirmando que el derecho de representación consignado en el art. 1448 es una modalidad jurídica.

4.-) El mandato y la representación.

Mandato y representación no son estrictamente sinónimos. Las diferencias podemos apreciarlas desde dos puntos de vista:

a) Desde el punto de vista de la representación como el género y el mandato una especie de representación, voluntaria en este caso: el mandato es un contrato (art. 2116). La representación no supone necesariamente de un mandato. En efecto, hay representación

pero no mandato, cuando nos encontramos ante un “*poder*” o cuando estamos ante una hipótesis de representación legal o en ocasiones ante la agencia oficiosa.

En efecto, mandato y otorgamiento de poder, es decir, de la facultad para representar, son dos conceptos distintos. Mientras el mandato designa una relación contractual, el segundo designa el acto por el cual se confiere simplemente poder, no es más que una declaración de voluntad necesaria para que los actos del representante o apoderado puedan afectar al poderdante. A diferencia del mandato, que por ser un contrato requiere de manifestación de voluntad de dos o más partes, el otorgamiento de poder exige sólo la manifestación de voluntad del poderdante. En otras palabras, es un acto jurídico unilateral (que usualmente se traduce en el otorgamiento de una escritura pública suscrita exclusivamente por el poderdante). Con todo, desde el momento en que el apoderado actúa, supone aceptación de un mandato. Tratándose de la representación legal, la diferencia es aún más clara, pues como es obvio es la ley y no la voluntad contractual la que genera la representación. Por su parte, en lo que respecta a la agencia oficiosa (cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos, art. 2286), para que el interesado se obligue, es necesario que la gestión le haya sido útil (art. 2290). Como se indicará, la agencia oficiosa puede implicar representación voluntaria o legal o en ocasiones ninguna representación.

b) Desde otro punto de vista, la representación es independiente del mandato. En efecto, aunque lo normal es que si hay mandato hay también representación, el primero puede existir sin que haya representación, como ocurre cuando el mandatario, ante los terceros, actúa a nombre propio y no a nombre del mandante, sin perjuicio de sus obligaciones para con el mandante: art. 2151. En otras palabras, en lo que dice relación a **la ejecución** del contrato de mandato, la representación es un elemento de la naturaleza y no de la esencia de dicho contrato.

La regla general, sin embargo, es que si una persona actúa en representación de otra sin mandato, poder o disposición legal que le confiera la representación legal, el acto que realiza será inoponible a la persona en cuyo nombre se actúa, sin perjuicio de la ratificación o aceptación voluntaria de la última (arts. 1449 y 1450).

5.-) Actos que no admiten representación.

La regla general es que todos los actos pueden realizarse por representación: puede hacerse por medio de representante todo lo que puede hacerse personalmente.

Excepcionalmente, la ley excluye la representación:

- a) La facultad de testar no admite delegación (art. 1004); la ley no tolera excepción alguna a esta norma. Otorgar testamento es un acto “*personalísimo*”.
- b) El albaceazgo es indelegable (art. 1280, 1º), a menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo.
- c) Las capitulaciones matrimoniales pactadas por el menor o por el que está bajo curaduría: art. 1721.
- d) La ratificación ante un Oficial del Registro Civil, del matrimonio celebrado ante un ministro de culto de una entidad religiosa de derecho público. Se desprende de las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil y del artículo 15 de la Ley de Registro Civil, que se trata de un acto que deben ejecutar los cónyuges, personalmente.

6.-) Clases o fuentes de la representación.

Del art. 1448 se desprende que la representación puede tener su origen en la ley o en la voluntad del representado. La representación, en consecuencia, puede ser legal o forzada y voluntaria. La última se subclasifica a su vez en mandato, poder o ratificación.

a) Representación legal o forzada.

Es la que establece la ley. Son representantes legales las personas que por mandato del legislador, actúan por cuenta y a nombre de otras personas que no pueden valerse por sí mismas: art. 43. Esta norma no es taxativa sin embargo, pues hay otros representantes legales: art. 671 (el juez, en las ventas forzadas); art. 659 del CPC (el partidor representa a los vendedores); art. 761, 3º (los ascendientes del fideicomisario que no existe pero que se espera que exista, para impetrar medidas conservativas); en el procedimiento concursal de liquidación, el liquidador tiene la representación legal del deudor.

Fuera del campo del Derecho Civil, son también representantes legales, por ejemplo, el Presidente del Consejo de Defensa del Estado; el Rector de una Universidad estatal, el Tesorero Municipal, etc.

b) Representación voluntaria.

En cuanto al mandato y al poder, nos remitimos a lo ya dicho.

La ratificación consiste en el acto por el cual una persona acepta ser afectada por un acto jurídico que inicialmente le era inoponible. Se trata de un acto jurídico unilateral, y equivale a un mandato o poder otorgado a posteriori: arts. 672, 673, 1449, 1450, 1818 y 2160.

Tratándose del cuasicontrato de agencia oficiosa, cuando el interesado ratifica lo obrado por el agente oficioso, la representación es voluntaria; pero cuando el interesado no ratifica y el negocio le ha resultado útil, debe cumplir las obligaciones contraídas en su nombre por el gerente o agente oficioso (art. 2290): en este último caso, hay representación legal y no voluntaria, porque es la ley la que impone al interesado el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el agente oficioso. Pero si el acto no fue útil al interesado ni esté ratificó lo actuado por el agente oficioso, no habrá en definitiva representación de ninguna clase.

La distinción entre representación legal y representación voluntaria tiene importancia para determinar su alcance. Tratándose de la representación legal, las facultades del representante serán las que señale la ley, mientras que en la representación voluntaria, serán las que haya conferido el mandante o poderdante.

7.-) Requisitos para que exista representación.

a) Debe realizarse un acto jurídico: es inadmisibles la representación en los hechos jurídicos, como un delito por ejemplo. Además, la ejecución de un hecho material, implica un contrato de arrendamiento de obra o de servicios.

b) El representante debe declarar su propia voluntad: el representante debe manifestar su propia voluntad, ya que es él quien contrata (art. 1448).

Basta que el representante tenga capacidad relativa, según ha concluido la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, pues el acto no comprometerá su propio patrimonio, sino el del representado, y la capacidad plena se exige cuando se comprometen los derechos propios. De ahí que los relativamente incapaces pueden ser mandatarios (arts. 1581 y 2128).

En cuanto al representado, para nada se considera su capacidad, excepto en el mandato, donde puede influir en la eficacia del acto para obligar al mandante: el mandato, como todo contrato, debe cumplir con los requisitos que establece el art. 1445; si el mandante es incapaz, no puede consentir, y si otorga mandato, será nulo el contrato; la nulidad será absoluta o relativa, según la incapacidad del mandante. Y si es nulo el mandato y tal nulidad se declara judicialmente, no puede haber en definitiva mandatario, y el que actúa como tal ejecuta actos que no comprometen al mandante.

c) Al contratar, debe existir la “*contemplatio domini*”, esto es, que el representante actúe a nombre del representado. El representante ha de manifestar de un modo inequívoco su intención de obrar en nombre y por cuenta de otro, y que aquel que contrata con el representante -si se trata de un acto jurídico bilateral- participe de esa intención. La *contemplatio domini* significa por tanto que el negocio no es para sí, sino para el representado, el “*dominus*”, y que tal representado se contempla o tiene presente al contratar.

Es indiferente que la doble intención -la del representante y la del individuo con quien se contrata- sea expresa o tácita; y tampoco es necesario que se manifieste el nombre del representado; basta que se actúe “*a nombre*” de otro.

En suma, si bien no es necesario que se indique expresamente que se está actuando a nombre del representado, como se desprende de diversos artículos -411, 1635, 2151-, el no hacerlo, da a entender que el representante contrata para sí (art. 2151).

d) El representante debe tener poder para actuar por el representado: debe estar facultado por la ley o la convención para representarlo. El art. 2160, 1º, se refiere a los límites del mandato; el art. 2173 establece que los actos del mandatario obligan al mandante, aún cuando se haya extinguido el mandato, en la medida que el mandatario desconozca tal hecho.

8.-) Efectos de la representación.

a) Efecto normal.

Los efectos de la representación legal o voluntaria son los mismos: los derechos y obligaciones del acto se radican en el patrimonio del representado como si hubiera contratado él mismo: art. 1448. Este es el efecto normal.

b) La ratificación.

A su vez, todo acto o contrato ejecutado o celebrado por quien carece de mandato o poder o por quien excede los límites del poder o mandato, tiene en principio como sanción la inoponibilidad de los efectos de ese acto jurídico a la persona a quien se pretendió

obligar. Cabe sin embargo la ratificación, cuyas características principales son las siguientes:

1º Puede ser expresa o tácita;

2º Si el acto que se ratifica es solemne, la ratificación también lo debe ser;

3º La ratificación es un acto jurídico unilateral, es decir, para que se genere, basta la exclusiva voluntad del ratificante, sus herederos, cesionarios o representantes legales o convencionales;

4º En todo caso, el que ratifica debe tener capacidad suficiente para ejecutar el acto al que la ratificación se refiere;

5º La ratificación puede hacerse en cualquier momento, aún después de la muerte de la otra parte, del representante o del representado, si bien siempre debe emanar del último o de sus causa-habientes;

6º Una vez producida la ratificación, es irrevocable; no podría dejarse sin efecto por la sola voluntad del interesado, aunque la otra parte no la haya aceptado o conocido;

7º Tan pronto como se produce, la ratificación obliga al representado respecto del tercero contratante, del mismo modo que si hubiera existido un mandato previo, con efecto retroactivo desde la fecha del contrato celebrado por el representante.

c) Vicios que afectan la voluntad del representante.

La doctrina también examina qué sucede si el consentimiento o voluntad del representante adolece de algún vicio o qué acontece si éste actuó con fuerza o dolo.

Si se acepta la teoría de la representación-modalidad, y dado que según ella es la voluntad del representante la que genera el acto jurídico, no cabe duda que si dicha voluntad adolece de algún vicio del consentimiento, el acto está viciado de nulidad relativa y el representado podría solicitar que se declare la rescisión, excepto cuando el error del representante no altera los efectos queridos por el representado, pues en tal caso no hay perjuicio patrimonial que proteger. Si se trata de fuerza o dolo, el acto es siempre anulable, cualesquiera sean sus efectos, pues la sanción de estos vicios es de orden público.

Si el representante procedió con dolo, quien contrató con él podrá pedir la rescisión, pero por la indemnización de perjuicios responderá el representante y no el representado, pues la representación no cabe en la comisión de hechos ilícitos civiles. Lo anterior, a menos que el representado hubiere sabido que el representante actuaría dolosamente, y ello pueda probarse.

Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia han discutido si puede el representado pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto cuando el representante supo o debió saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683). La jurisprudencia más reciente, como se dijo al estudiar la nulidad, se inclina por admitir la solicitud, estableciendo que la representación autoriza al representante sólo para efectuar actos lícitos a nombre del representado; por ende, éste podría solicitar la nulidad absoluta, ya que no se le puede imputar el acto ilícito. A contrario sensu, si el representado conoció o debió conocer el vicio de que adolecía el acto, está inhabilitado de pedir la declaración de nulidad, aunque el representante haya ignorado el vicio.

VIII.- LA SIMULACION.

1.-) Casos en los cuales intencionalmente falta la voluntad real.

Lo normal es que en un acto jurídico, las partes manifiesten su voluntad real. La doctrina distingue, entre los casos en los cuales una parte, intencionalmente, declara lo que no quiere, o sea, declara una cosa distinta de lo que se quiere declarar. La reserva tácita o “*reservatio mentalis*”, la *declaración iocandi causa* y la simulación. Nos referiremos inicialmente a las dos primeras para después centrarnos en la última, jurídicamente más trascendente:

a) La reserva tácita o “*reservatio mentalis*”.

La hay, cuando el declarante, sabiendo que lo que declara no corresponde a su intención, guarda en secreto, en su mente, su voluntad real o verdadera.

En principio, en este caso el acto jurídico es plenamente válido, en razón de la seguridad del comercio jurídico y la confianza en la palabra dada.

Para que el acto con estas características sea ineficaz, es preciso que el destinatario de la declaración sepa que la voluntad verdadera no es la manifestada, ya que en tal caso no se cumple con uno de los requisitos de la voluntad: que sea seria.

Por ejemplo, un individuo, antes de celebrar un contrato con determinada persona, manifiesta a otra que sólo contratará aparentemente, y esa intención es conocida por el futuro contratante antes de la celebración del contrato.

En el derecho civil alemán se acepta expresamente esta figura, pero se concluye que en nuestro Derecho también cabe, por aplicación del principio general de la presunción de seriedad en los actos jurídicos, sin perjuicio que la dificultad residirá en la prueba de que la otra parte conocía la reserva tácita del declarante.

b) La declaración “*iocandi causa*”.

En ella, la falta de seriedad se manifiesta en forma evidente, no pasa inadvertida para la otra parte. En esta categoría, se incluyen los comentarios corteses o jactanciosos, las promesas inconsistentes que son evidentes para quien las hace, las declaraciones hechas en broma, en general, aquellas hechas sin seriedad.

A diferencia de lo que ocurre con la reserva tácita o mental, que por regla general ninguna influencia ejerce sobre la validez del acto jurídico, la declaración “*iocandi causa*” impide que nazca un acto jurídico y que por ende produzca derechos y obligaciones.

Excepcionalmente, puede producir efectos jurídicos, cuando por las circunstancias en que se hace o por la torpeza del declarante, la persona a quien va dirigida toma en serio la declaración.

Algunos autores concluyen que en tal caso habría culpa del declarante, y si se produjo daños a la persona que con cierto fundamento tomó en serio la declaración, procedería la indemnización de perjuicios, fundada en el art. 2314 del CC.

Clásico ejemplo es la promesa que se hace a una persona, en cuanto a pagarle una determinada suma, si inventa un aparato que la mayoría considera imposible de realizar, y esa persona incurre en gastos y dedica todo su esfuerzo a la obtención del encargo, hasta conseguirlo. En tal caso, no podría negarse la indemnización de perjuicios so pretexto que se hizo la promesa con el solo propósito de divertirse a costa del inventor.

2.-) La simulación.

a) Concepto.

Es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual se dirige la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o que es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo (Ferrara).

La simulación se caracteriza, y en esto se distingue de la reserva mental, por el acuerdo con la parte con la que se contrata o con la persona a la que se dirige la declaración. Por eso, mientras la *reservatio mentalis* es posible en todos los actos jurídicos, la simulación sólo es posible en los actos jurídicos bilaterales y en los unilaterales en los cuales la declaración de voluntad se dirige a una persona determinada que debe tener conocimiento de la misma (por ejemplo, notificación al deudor de la cesión de un crédito, la notificación de un despido o término del contrato de trabajo, formulación de una oferta, etc.). Por eso también, mientras el acto jurídico con *reservatio mentalis* es en principio válido, el simulado es generalmente nulo, ya que la parte que recibe la declaración falsa, no sólo conoce el desacuerdo, sino que lo ha querido por el pacto con el declarante. También se requiere, en consecuencia, un acto unitario, o la unidad de acción de voluntades, en términos tales que la disconformidad entre la voluntad real y la declarada, debe ser querida y compartida por las partes para que exista simulación.

Además, desde el momento que la simulación es compartida por las partes, podemos visualizarla como una situación diversa a la del error o del dolo.

b) Clases de simulación.

b.1) Simulación lícita e ilícita.

Se formula esta clasificación, según haya o no intención de defraudar a terceros. La simulación lícita no persigue fines dolosos, y generalmente está determinada por motivos inocentes o morales (por ejemplo, por modestia o desinterés, para realizar anónimamente el bien). En la práctica, sin embargo, la mayoría de las simulaciones son fraudulentas, realizadas en perjuicio de terceros o buscando el llamado "*fraude a la ley*", y por ende son ilícitas.

Hay diversas disposiciones del CC. que demuestran que la simulación, en principio, está permitida: art. 1707 (acepta que los contratantes alteren lo pactado por escritura pública por medio de contraescrituras públicas e incluso por instrumentos privados); art. 1876 (relativo a la compraventa, se pone en el caso de no ser efectiva la declaración de haberse pagado el precio, formulada en la escritura de compraventa).

b.2) Simulación absoluta o relativa.

Es absoluta, cuando en realidad ningún acto jurídico quiere celebrarse, y sólo aparentemente se realiza uno. Por ejemplo, el deudor que simula la venta de un inmueble de su propiedad, para burlar el derecho de prenda general de sus acreedores. El acto jurídico tiene todas las apariencias de validez, pero en realidad no ha existido. Las partes no quieren el acto jurídico, sino la ilusión externa del mismo.

Es relativa, cuando se quiere concluir un acto jurídico determinado, diferente al que aparentemente se celebra, sea por su especie, las partes o contenido. En el caso de la simulación relativa, hay dos actos jurídicos:

- 1º El ostensible, simulado, ficticio o aparente: es decir, el que las partes fingen realizar;
- 2º El acto oculto, sincero, real o disimulado: o sea, el que verdaderamente las partes han querido celebrar, y que está destinado a quedar en secreto (por ejemplo, una compraventa a vil precio que encubre una donación; compraventa con un tercero que a su vez vende el mismo bien al cónyuge del primero, para burlar así la prohibición del art. 1796).

c) Efectos jurídicos de la simulación.

Al respecto, debemos distinguir entre la simulación absoluta y la relativa, y dentro de cada una, las relaciones de las partes entre sí y las de éstas con respecto a terceros.

c.1) Simulación absoluta: dado que supone ausencia de consentimiento, no sólo para generar el acto aparente sino cualquier otro, el acto simulado es nulo de nulidad absoluta o será en opinión de otro inexistente.

Entre las partes, el acto aparente no produce efecto alguno. Cualquiera de ellas puede por ende, enervar los efectos del acto simulado, por vía de acción o por vía de excepción. La acción o excepción se dirige contra el otro contratante, cuando éste intente hacer valer el acto jurídico aparente. En caso de haber contraescritura (art. 1707), la prueba se facilitará para la parte que acciona o se defiende contra la parte que intenta hacer valer el acto simulado.

Frente a los terceros de buena fe, el acto simulado o público debe considerarse como existente. El tercero está de buena fe si ignora que hubo simulación. Los terceros están doblemente protegidos, puesto que también pueden atacar la simulación para hacer prevalecer el acto real en lugar del simulado, si fuere relativa la simulación. En otras palabras:

- 1º Pueden atenerse al acto aparente, siéndoles inoponible el acto real. Los ampara al respecto el art. 1707: en este caso, se interpondrá una excepción de simulación;
- 2º Pueden optar por el acto real, si el aparente les perjudica: en este caso, se interpondrá una acción de simulación.

c.2) Simulación relativa: en este caso, la voluntad real se sobrepone a la falsa. Entre las partes, vale el acto oculto o disimulado y carece de valor el acto público o aparente. No podría una de las partes, para eludir el cumplimiento del acto jurídico oculto, escudarse u oponer a la otra el acto simulado, dado que según el art. 1707, este medio sólo pueden emplearlo los terceros.

Frente a terceros, el acto simulado o público se considera existente y válido. En otras palabras, las partes no pueden aprovecharse de su propia simulación, frente a terceros de buena fe.

Cabe agregar que el acto disimulado, oculto o real, que obliga a las partes y al tercero de mala fe, debe cumplir con los requisitos de existencia y de validez que correspondan a su naturaleza especial. Ello nos permite concluir que la simulación relativa, per se, no es una causal de nulidad de los actos jurídicos, sin perjuicio que el acto jurídico disimulado o real podrá declararse nulo, de conformidad a las reglas generales, no por ser oculto, sino por infringir los requisitos exigidos a cualquier acto jurídico.

Se precisa en todo caso, respecto a las solemnidades, que si el acto real es solemne, las solemnidades deben haberse cumplido en el acto aparente; a contrario sensu, si el acto aparente es solemne pero no así el real u oculto, la omisión de las solemnidades en el primero no afectará al segundo.

d) Prueba de la simulación.

Corresponde al que la alega, pues los actos y contratos se presumen sinceros.

Los terceros pueden utilizar cualquier medio de prueba, incluso la prueba de testigos, aun cuando el monto de la obligación sea superior a dos unidades tributarias (artículo 1709, inciso 1°), ya que se trata de probar la simulación y no la obligación propiamente tal; también serán admisibles las presunciones. La admisibilidad de este último medio de prueba, ha sido ratificada por la jurisprudencia: un fallo de la Corte Suprema señala que la simulación ilícita es un verdadero delito civil, debiendo los terceros, para acreditarla, acudir a las reglas que rigen la prueba en materia delictual y no en materia contractual.

Entre las partes, en cambio, se excluye la prueba de testigos (art. 1709, inciso 2°), y la prueba se rige por las normas de la responsabilidad contractual.

e) La acción de simulación.

Es una acción personal, declarativa, transmisible y prescriptible según las reglas generales.

Entre las partes, el plazo de prescripción de la acción de simulación se cuenta desde que una de ellas pretende desconocer el acto real u oculto e investir de seriedad al simulado o público, dado que desde ese momento hay interés en ejercitar la acción.

Los terceros sólo pueden ejercer la acción si tienen interés en la declaración de la simulación, de acuerdo al principio "sin interés no hay acción". Dicho interés debe ser actual y con un contenido patrimonial. El plazo para accionar se computará desde el momento en que el tercero tuvo conocimiento del acto disimulado u oculto. En todo caso, la acción no podría entablarse después que hubiere operado la prescripción adquisitiva de la cosa por la persona que la adquirió basándose en el contrato simulado o aparente.

La simulación puede dar origen a una acción civil y a una acción penal. La primera, para dejar sin efecto el contrato declarando su nulidad o constatando su inexistencia y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios; y la acción penal para exigir la condena de aquellos que con fraude, celebraron el contrato simulado en perjuicio de terceros. Ambas acciones son independientes.

f) El fraude a la ley.

Como indica el profesor Víctor Vial del Río, *“Con el fraude a la ley se persigue, a través de medios indirectos, burlar un precepto legal, de modo tal que éste, en la práctica, resulte ineficaz, frustrándose el espíritu de la disposición.”*¹¹³

¹¹³ Víctor Vial del Río, “Actos Jurídicos y Personas. Volumen Primero. Teoría General del Acto Jurídico”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, segunda edición, año 1991, pág. 108.

Para algunos, simulación y fraude a la ley son sinónimos. Para otros, se trata de situaciones diversas. Como indica Ferrara, citado por Víctor Vial del Río, “...con el acto en fraude a la ley se pretende eludir un precepto legal; mientras que, con la simulación, se pretende esconder u ocultar la violación de un precepto legal.”¹¹⁴

Vodanovic, por su parte, destaca que la simulación “...supone una apariencia de realidad en tanto que el fraude a la ley consiste en actos reales queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que aun siendo lícitos entre sí, aisladamente considerados, permiten, como resultado de la combinación, burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin.”¹¹⁵

El mismo Vodanovic proporciona un ejemplo de fraude a la ley, señalando que tal ocurriría cuando para burlar la prohibición de compraventa entre cónyuges contemplada en el artículo 1796, uno de ellos vende un bien a un tercero, y éste, acto seguido, se lo vende al otro de los cónyuges. Ambas compraventas han sido válidas, pero en rigor, celebradas para burlar la prohibición legal, y por tal razón, son entonces susceptibles de anularse. La Corte Suprema así lo ha entendido, por lo demás.

La Ley de Matrimonio Civil alude expresamente al fraude a la ley. En efecto, advierte el artículo 83 de la citada ley, que no se reconocerá valor a las sentencias obtenidas en el extranjero, con fraude a la ley. Se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido decretado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur (artículo 83, inciso 4º). Debemos entender que el espíritu de la norma, dice relación a impedir que se obtenga una sentencia de divorcio decretada por un tribunal extranjero, cuando los cónyuges no estaban en condiciones de probar ante los tribunales chilenos, el cese de convivencia o cuando se elude el pago de la compensación económica, de acuerdo a las normas de la ley chilena. Por ello, recurren a un tribunal extranjero, alegando ante él el cese de la convivencia, pero sin la obligación de probarla por los medios restrictivos que contempla nuestra Ley de Matrimonio Civil, o pretendiendo obtener el divorcio sin asumir la obligación de pagar al cónyuge más débil la compensación económica, prevista en nuestra ley. Se obtiene así una sentencia de divorcio, con fraude a la ley, o sea, eludiendo las exigencias previstas en nuestra legislación. Así, por ejemplo, hay fraude a la ley si la sentencia dictada en el extranjero declara que los cónyuges –de acuerdo en el proceso- dicen haber estado separados hace al menos tres años, en circunstancias que en ese lapso tenían domicilio en Chile. Si las partes discreparon acerca del plazo del cese de convivencia, el plazo se amplía a cinco años.

¹¹⁴ Víctor Vial del Río, ob. cit., pág. 108.

¹¹⁵ Antonio Vodanovic H., “Manual de Derecho Civil”, Tomo II, Parte Preliminar y General, Editorial LexisNexis, Santiago, año 2003, pág. 221

Vodanovic menciona las siguientes diferencias entre la simulación y el fraude a la ley:

- El acto jurídico simulado produce sólo una apariencia de contrato; el acto concluido en fraude a la ley es real y verdadero;
- El acto simulado, cuando es ilícito, viola directamente la ley; el fraudulento, sólo en forma indirecta. Este último en sus formas externas respeta la ley, pero viola en el fondo su espíritu;
- La simulación puede ser lícita o ilícita; el fraude a la ley es siempre ilícito.¹¹⁶

¹¹⁶ Antonio Vodanovic H., ob. cit., pág. 222.