

ACTOS JURÍDICOS

Joel González Castillo
Profesor de Derecho Civil UC

Estos apuntes están hechos sobre la base del libro “Manual de Derecho Civil” de Antonio Vodanovic H., Editorial Jurídica Conosur Ltda., más agregaciones y actualizaciones hechas por el profesor. Tienen un fin exclusivamente pedagógico y no pueden ser comercializados. Se recomienda la lectura de dicho libro para profundizar las materias tratadas en estos apuntes.

TEORIA DE LOS ACTOS JURIDICOS

Noción y clasificación de los hechos jurídicos

En la doctrina civilista se entiende por *hecho* todo suceso o acontecimiento generado por la naturaleza o por la acción del hombre. En el primer caso se habla de hechos *naturales* y, en el segundo, de hechos *humanos*. Tanto los unos como los otros pueden tener o no efectos jurídicos o, como también se dice, consecuencias jurídicas. Los que producen consecuencias jurídicas se llaman *hechos jurídicos*, y los que no, reciben el nombre de hechos materiales o jurídicamente irrelevantes.

Ejemplos de hechos jurídicos de la naturaleza: 1) la fructificación de las plantas, cuyo efecto jurídico es la adquisición por el propietario de ellas del dominio de los frutos, 2) un terremoto que, como caso fortuito o de fuerza mayor, libera de culpa y responsabilidad al deudor por el atraso en el cumplimiento de la obligación causado decisivamente por el fenómeno mencionado; 3) el cambio de curso de un río, que en favor de los propietarios contiguos, trae como efecto jurídico la accesión a sus terrenos la parte del cauce quedada permanentemente en seco (art. 654); 4) el nacimiento, que habilita a la criatura que estaba en el vientre materno para ser titular de derechos subjetivos; 5) la muerte, que opera el traspaso de los derechos y obligaciones transmisibles del difunto a sus herederos.

Frente a los hechos jurídicos naturales, que cobran existencia sin el concurso del hombre, están los hechos jurídicos humanos. Estos pueden definirse en un sentido amplio como los hechos realizados por el hombre, por lo general en forma voluntaria, y a los cuales el ordenamiento jurídico atribuye o reconoce consecuencias o efectos jurídicos.

Los hechos jurídicos humanos pueden clasificarse en *hechos lícitos* y *hechos ilícitos*. *Lícitos* son los hechos jurídicos admitidos y protegidos por el ordenamiento jurídico; *ilícitos*, en sentido estricto, son los hechos prohibidos por el ordenamiento jurídico o que lesionan injustamente un interés ajeno (delitos, cuasidelitos).

Los hechos jurídicos humanos lícitos se subdividen en actos jurídicos y hechos jurídicos humanos lícitos en sentido estricto, llamados también hechos jurídicos no negociables o no constitutivos de actos jurídicos.

Los actos jurídicos suponen una o más declaraciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos. En otras terminologías el acto jurídico se llama *negocio jurídico*.

La característica del acto jurídico es la de contener una o más declaraciones de voluntad. Por *declaración de voluntad* se entiende la manifestación externa de ésta o querer del sujeto, realizada en la forma prescrita por la ley o en cualquiera forma si la ley no exige una determinada.

En los actos jurídicos o negocios jurídicos el efecto jurídico (atribuido por el derecho objetivo) es consecuencia de una declaración o manifestación de voluntad directamente encaminada a producirlo, así el comprador se hace propietario (mediando la tradición) porque ha querido concluir la compraventa de una cosa específica y determinada; el mutuante (prestamista de dinero) se hace acreedor del capital y en su caso de los intereses porque su voluntad ha sido dar el dinero a crédito, etc.

Los hechos no negociables o no constitutivos de actos jurídicos no tienen por supuesto ninguna declaración de voluntad. Implican una actividad material a cuyo resultado la ley atribuye efectos jurídicos; pueden ser o no ejecutados con la intención de producir esos efectos, pero en todo caso los efectos jurídicos la ley los liga más al resultado que a esa intención o voluntad. En la pesca, por ejemplo, el pescador realiza su actividad con la intención de hacer suyos los peces, pero la ley atiende más al resultado que a la voluntad, como quiera que atribuye al pescador la propiedad de los peces atrapados, o sea, al resultado de la actividad. En otros casos la voluntad no juega ningún rol. Así, verbigracia, la persona que casual o fortuitamente descubre un tesoro tiene derecho a parte de él por el solo hecho de haberlo encontrado (art. 626).

En los hechos lícitos no negociables la ley toma en cuenta más el resultado material de la acción realizada que la voluntad que los ha determinado, cuando ella existe, o al fin perseguido por el agente.

Teoría General de los Actos Jurídicos

Al igual que el Derecho Romano, la mayoría de los códigos civiles de nuestra época no consagra en sus preceptos la teoría general de los actos jurídicos. Pero la doctrina de los autores la construye basándose en los principios comunes de los diversos actos jurídicos, como los contratos y los testamentos. Así sucede en Francia, Chile y otros países.

Entre los pocos códigos que tratan en forma general y sistemática los actos o negocios jurídicos, pueden citarse los de Argentina, Alemania, Brasil, el de Derecho Canónico, el de Portugal, el de Perú de 1984.

Nuestro Código Civil no consagra ninguna teoría general de los actos jurídicos. La doctrina chilena, siguiendo los rumbos de la francesa y la italiana, ha construido esta teoría derivándola de los principios que informan las normas relativas a los contratos y, en parte, al acto testamentario. Dentro del Código de Bello tienen especial importancia en esta materia el título *De los actos y declaraciones de voluntad* (arts. 1445 a 1469) y el dedicado a la *nulidad y rescisión* de los actos y contratos (arts. 1681 a 1697).

Definiciones de acto jurídico

Tradicionalmente, el acto jurídico se define como una declaración de voluntad o un conjunto de declaraciones de voluntad dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos, que el derecho objetivo reconoce y garantiza. Estos efectos pueden consistir en la creación, modificación, extinción de una relación jurídica o de una situación o estado jurídicos.

Una definición más sencilla: acto jurídico es la declaración de voluntad dirigida a constituir, modificar o extinguir derechos.

Ejemplos de actos jurídicos: los contratos, los testamentos, la tradición de los derechos, el pago, la adopción, la repudiación de una herencia, etc.

Acto jurídico y autonomía de la voluntad

En el siglo XVIII, y a la luz de los principios filosóficos de la Ilustración, se consagra y reafirma que el hombre es libre en todo el ámbito de su actuar.

En el campo jurídico este concepto tan amplio de la libertad personal se manifiesta en el denominado principio de la autonomía de la voluntad.

Los actos o negocios jurídicos son expresiones de la llamada autonomía privada o de la voluntad. Autonomía de la voluntad es el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o relaciones jurídicas con los demás sujetos. De esta manera, se entiende que las personas tienen plena libertad para realizar los actos jurídicos que estimen adecuados para la satisfacción de sus intereses, pudiendo, asimismo, determinar el contenido y los efectos de dichos actos.

Entre nosotros el principio de la autonomía de la voluntad está reconocido en varias disposiciones legales. La principal es la que consagra la *libertad de contratar*, consecuencia del principio de la autonomía privada, llegando a darle al contrato, respecto de las partes, una fuerza obligatoria como la de la ley (art. 1545).

El principio de la autonomía de la voluntad se extiende tanto al fondo como a la forma de los actos jurídicos. Las partes, siempre que respeten las leyes, el orden público y las buenas costumbres (límites a la autonomía de la voluntad), pueden establecer las cláusulas que les plazcan en sus actos o contratos. Lo mismo en cuanto a la forma de expresar su voluntad: pueden elegir la forma escrita, oral o cualquiera otra, salvo que la ley imponga una determinada. Hoy la ley tiende a exigir cada vez menos el formalismo, tan caro a los romanos, y si para ciertos actos el legislador prescribe formalidades, es para precaver a las partes de ligerezas o para resguardar derechos de terceros.

Se refuta el principio de la autonomía de la voluntad aduciéndose que la experiencia demuestra que los contratos no son necesariamente justos o equitativos, y que, por el contrario, en numerosas oportunidades consagran el aplastamiento del más débil por el más fuerte. Ha surgido, de este modo,

el llamado *contrato dirigido*, o sea, el contrato reglamentado y fiscalizado por los poderes públicos en su formación, ejecución y duración. Las causas que originan este contrato son múltiples; las principales estriban en la necesidad de defender a los más débiles y de orientar la economía en determinado sentido.

El contrato de trabajo es un ejemplo de contrato dirigido en mayor o menor escala. Otros contratos dirigidos son los de seguro. Los ejemplos pueden multiplicarse y varían según las circunstancias de cada país. Si, por ejemplo, en un período hay gran escasez de viviendas, el legislador tiende a regular el monto máximo de las rentas de arrendamiento y las causales de desahucio, etc.

En la mayoría de los países hoy la regla es la libertad de los particulares para celebrar contratos. Continúa reinando el viejo adagio según el cual en derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe.

Clasificación de los Actos Jurídicos

Según sea el punto de vista que se considere, pueden hacerse numerosas clasificaciones de los actos o negocios jurídicos.

1. Actos unilaterales y actos bilaterales

Atendiendo al número de partes cuya voluntad es necesaria para que el acto jurídico se forme: actos jurídicos unilaterales y actos jurídicos bilaterales.

Actos jurídicos unilaterales son aquellos que para nacer a la vida jurídica requieren la manifestación de voluntad de una sola parte. Por ejemplo, el testamento; la oferta; la aceptación; la renuncia de un derecho; la confirmación de un acto nulo; la concesión de poder de representación; la revocación del poder; la ratificación del mandante al mandatario que se extralimitó del poder; la ratificación del dueño de la venta de una cosa ajena; el reconocimiento voluntario de un hijo; la aceptación de la herencia.

Actos jurídicos bilaterales son aquellos que para nacer a la vida jurídica requieren la manifestación de voluntad de dos partes. Por ejemplo, los contratos; la tradición; el pago efectivo o solución; la novación; el matrimonio.

La doctrina designa al acto jurídico bilateral con el nombre de convención.

Se define la convención como el acuerdo de voluntades de dos partes, con un propósito definido y característico que produce como efectos la adquisición, modificación o extinción de derechos subjetivos.

En el acto jurídico bilateral o convención existen dos partes, que tienen intereses diversos, enfocados hacia distintas direcciones. Cuando ambas partes llegan a un acuerdo y manifiestan en tal sentido su voluntad, nace el acto jurídico bilateral.

Lo anterior se advierte claramente en los contratos, en los cuales hay dos partes con intereses contrapuestos, que han buscado ese mecanismo jurídico para dar satisfacción a una necesidad. Todo contrato es una convención, a través de la cual se pretende crear derechos y obligaciones. La creación de derechos y de obligaciones es el efecto propio de los contratos.

Para diferenciar el acto jurídico unilateral del bilateral se atiende al número de partes cuya voluntad es necesaria para que el acto jurídico se forme. Por parte se entiende la persona o las personas que constituyen un solo centro de intereses y concurren con su voluntad a formar un acto jurídico.

Nótese que no se atiende al "número de personas".

Y ello porque es posible que numerosas personas manifiesten una sola voluntad, con lo cual el acto no deja de ser unilateral. Lo que se toma en cuenta para la clasificación es el número de partes y no el de personas. Porque una sola parte puede estar constituida por una o más personas, como lo dice expresamente el Código Civil (art. 1438).

La clasificación de los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales es estrictamente objetiva: atiende sólo al número de partes, independientemente del número de personas que manifiestan su voluntad. Así, por ejemplo, la renuncia de varios usufructuarios al derecho de usufructo es un acto jurídico unilateral. En dicho acto hay una sola parte, aunque ella está constituida por más de una persona.

En doctrina los actos unilaterales se clasifican, a su vez, en simples y complejos.

Acto unilateral simple es el que emana de la voluntad de una sola persona. Por ejemplo, el testamento.

Acto unilateral complejo es aquel que procede de varias personas físicas que, no obstante, están manifestando una voluntad común. Por ejemplo, la oferta que hacen varias personas de venta de una casa, de la cual son propietarios en común. Dicha oferta es un acto jurídico unilateral, pues a pesar de existir más de un interesado en su formulación, todos están manifestando una voluntad común, sin que se observen intereses antagónicos o contrapuestos.

Se llama autor a la parte cuya voluntad es necesaria para dar nacimiento al acto jurídico unilateral.

El término "partes" se reserva para aquellas personas que teniendo intereses antagónicos o contrapuestos, se ponen de acuerdo para dar nacimiento a un acto jurídico bilateral.

Los actos jurídicos bilaterales reciben el nombre de convenciones.

El Código Civil, según se desprende de la sola lectura de los artículos 1437 y 1438, hace sinónimos los términos convención y contrato.

Dice el artículo 1437 que las obligaciones nacen ya del concurso de las voluntades de dos o más personas, como "en los contratos o convenciones" ...; definiendo el artículo 1438 el contrato o convención.

La conjunción "o" utilizada en las disposiciones citadas deja de manifiesto que para el legislador contrato y convención son una misma cosa.

La doctrina, en cambio, diferencia claramente la convención del contrato, estableciendo entre ambos conceptos una relación de género a especie. La convención es el género en tanto que el contrato es una especie dentro del género convención. Todo contrato es una convención; en cambio, no toda convención es un contrato. Por ejemplo, el pago es una convención, pero no es un contrato.

Los efectos de la convención pueden consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho. En cambio, los efectos del contrato son más reducidos: consisten en los derechos y obligaciones que el contrato crea.

El Código Civil incurre, pues, en un error al identificar los términos convención y contrato, que la doctrina distingue en la forma expresada. Sin embargo, dicho error carece de importancia práctica, pues tanto los contratos como las convenciones se rigen por las mismas reglas y principios generales.

La doctrina moderna a la clasificación clásica, que distingue entre actos jurídicos unilaterales y bilaterales, agrega los actos jurídicos plurilaterales, que son aquellos que para nacer requieren la manifestación de voluntad de más de dos partes.

Un ejemplo de acto jurídico plurilateral lo encontramos en la novación por cambio de acreedor, que requiere la manifestación de voluntad de tres partes: del deudor; del tercero que acepta la nueva obligación que contrae en su favor el deudor y del acreedor que consiente en liberar de la obligación primitiva al deudor (art. 1631 N° 2).

2. Actos patrimoniales y actos de familia

Según que los actos miren a las relaciones de familia o a los bienes, se dividen en actos de derecho de familia y actos de derecho patrimonial.

Los actos jurídicos de familia son aquellos que atañen al estado de las personas o a las relaciones del individuo dentro de la familia. Por ejemplo, el matrimonio; el reconocimiento voluntario de un hijo; la adopción. En ellos prevalecen sobre los intereses de los particulares los intereses superiores del núcleo familiar. Por eso el rol de la voluntad de los particulares en estos actos se reduce a constituir el determinado acto que se quiere celebrar, encargándose la ley de señalar los efectos. En el matrimonio, por ejemplo, los contrayentes se limitan a expresar su voluntad de tenerse por marido y mujer, y es la ley la que fija los derechos y obligaciones personales de los cónyuges, sin que éstos pueden alterar tales consecuencias jurídicas.

Los actos jurídicos patrimoniales son aquellos que tienen por objeto crear, modificar o extinguir un derecho pecuniario, es decir, de un derecho apreciable en dinero. Por ejemplo, el contrato de mutuo; el pago de una deuda.

3. Actos patrimoniales “a título gratuito” y a “título oneroso”

Según que los actos impliquen enriquecimiento para ambas partes o sólo para una de ellas o sólo para un tercero, se dividen en onerosos y gratuitos. En los actos a título oneroso cada parte recibe una ventaja en cambio de la que procura a la otra parte. Ejemplos: la compraventa, el arrendamiento, etc. En los actos a título gratuito, una de las partes procura a la otra o a un tercero una ventaja sin recibir de la otra parte o del tercero ninguna equivalente. Ejemplos: la donación, el testamento (acto unilateral), el préstamo sin interés, el comodato, etc.

Nuestro Código Civil establece esta división tratándose de los contratos (actos bilaterales). Dice que “el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro” (art. 1440).

El testamento es un acto jurídico unilateral, constituido por la declaración de voluntad de una sola parte, el testador, y beneficia a los herederos y legatarios, que son los terceros.

4. Actos entre vivos y actos por causa de muerte

Atendiendo a si el acto jurídico para producir los efectos que le son propios no requieren naturalmente la muerte del autor o de una de las partes.

La regla general, es que los actos jurídicos no requieren, por naturaleza, la muerte del autor o de una de las partes. Por ejemplo, la compraventa, la hipoteca.

Actos jurídicos por causa de muerte o *mortis causa* son aquellos que, para producir la plenitud de sus efectos, requieren la muerte del autor o de una de las partes, como supuesto necesario e indispensable. Por ejemplo, el testamento.

El art. 999 del Código Civil, al definir el testamento, deja en evidencia su carácter de acto *mortis causa*: La disposición de bienes que hace el testador tendrá plenos efectos después de sus días, conservando éste, mientras viva, la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él.

5. Actos solemnes y actos no solemnes

Según si la ley exige o no formalidades para su celebración los actos pueden ser solemnes o no solemnes.

Actos *solemnes o formales* son aquellos para cuyo perfeccionamiento se exige que la declaración de voluntad se haga en una determinada forma. Si no se exige ninguna forma determinada, o sea, si la declaración de voluntad puede hacerse en cualquier forma, los actos son *no solemnes*.

Si un acto solemne se celebra sin cumplir con la formalidad prescrita por la ley adolece de nulidad absoluta (art. 1682). Así sucede, por ejemplo, con la compraventa de bienes raíces no otorgadas por escritura pública, sino por escritura privada.

La ley es la que da a un acto el carácter de solemne o no solemne; pero las partes pueden hacer solemne un acto que por exigencia de la ley no lo es. Así sucede con la compraventa de cosas muebles y con el arrendamiento, cuando se pacta que se harán por escrito.

En efecto, dice el art. 1802 del Código Civil: “Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2º del artículo precedente (venta de bienes raíces, servidumbre y censos, y la de una sucesión hereditaria, todas las cuales deben otorgarse por escritura pública) no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida”.

Por su parte el art. 1921 expresa: “si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada...”.

Un acto solemne por mandato de la ley no es lo mismo que uno que lo es por voluntad de las partes; si en el primer caso faltan solemnidades, el acto es nulo absolutamente; en cambio, en el segundo caso, el acto puede producir efectos aun cuando no se cumplan las formalidades, si se ejecutan hechos que importan renuncia de éstas.

6. Actos puros y simples y actos sujetos a modalidades

Según que los actos jurídicos produzcan o no de inmediato sus efectos y sin limitaciones, se dividen en actos puros y simples y actos sujetos a modalidades.

Actos jurídicos puros y simples son aquellos que producen sus efectos de inmediato y sin limitaciones.

Actos jurídicos sujetos a modalidades son aquellos cuyos efectos están subordinados a una modalidad.

Las modalidades son las cláusulas que se incorporan a un acto jurídico con el fin de alterar sus efectos normales.

Las principales modalidades son la condición, el plazo y el modo.

La doctrina agrega la representación y la solidaridad, pues alteran los efectos normales del acto jurídico en que inciden.

7. Actos principales y actos accesorios

Esta clasificación se hace atendiendo a si el acto jurídico subsiste o no por sí mismo.

El acto es *principal* cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otro. Por ejemplo, la compraventa.

El acto es *accesorio* cuando para subsistir necesitan de un acto principal al cual acceden.

Los actos accesorios se clasifican en actos de garantía y en actos dependientes.

Los actos jurídicos de garantía se denominan cauciones. Las cauciones se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de tal manera que no pueden subsistir sin ella (art. 46). So cauciones, por ejemplo, la prenda, la hipoteca, la fianza.

Actos jurídicos *dependientes* son los que para existir o para producir sus efectos están subordinados a la existencia de un acto principal, pero no para asegurar el cumplimiento de una obligación. Ejemplo: las convenciones matrimoniales que se celebran antes del matrimonio, no valen si éste no se efectúa (art. 1716).

La clasificación de los actos en principales y accesorios tiene importancia para determinar la extinción de unos y otros, de acuerdo con el aforismo según el cual “lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero no lo principal la suerte de lo accesorio”.

De ahí que el Código Civil disponga que “la acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden” (art. 2516).

8. Actos típicos o nominados y actos atípicos o innominados

Clasificación que atiende a si los actos están o no reglamentados por la ley.

Actos jurídicos *nominados o típicos* son aquellos que están reglamentados por la ley: matrimonio, adopción, testamento, compraventa, arrendamiento, mandato, hipoteca, etc. *Innominados o atípicos* son los actos jurídicos que no están reglamentados por la ley. Surgen como creación de los particulares cuando las necesidades e intereses de éstos no encuentran adecuado medio de expresión en los actos típicos.

Para calificar a un acto nominado o innominado no se atiende a la circunstancia de que ese acto tenga un nombre o no lo tenga.

Un acto puede ser nominado en el ordenamiento jurídico de un país e innominado en el de otro. Por otra parte, un contrato innominado puede pasar a ser nominado si el legislador llega después a disciplinarlo especialmente. Es lo que ha ocurrido entre nosotros, por ejemplo, con el *leasing habitacional* que es un contrato de arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, figura nueva creada con la amalgama de dichos contratos.

Los actos innominados, conforme al principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de las convenciones, tienen pleno valor, siempre, naturalmente, que se ajusten a las normas generales que regulan los actos y declaraciones de voluntad y al orden público.

9. Actos causales y actos abstractos

Esta clasificación se desarrollará al estudiarse la causa como elemento de los actos jurídicos.

10. Actos de administración y actos de disposición

Es frecuente que las leyes permitan a ciertas personas realizar los llamados actos de administración, pero no los de disposición. Y cuando llegan a permitir éstos imponen requisitos más rigurosos que para los primeros. Esta distinción tiene esencial importancia con respecto a las personas que obran en interés de otra. Así, por ejemplo, el tutor o curador puede y debe administrar los bienes del pupilo (art. 391); pero no puede, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección (art. 393).

Los actos de disposición importan una pérdida o disminución del patrimonio, y actos de administración los que tienden a la conservación del mismo.

Elementos del acto jurídico

En lo relativo a su estructura los elementos de los actos jurídicos, abstractamente considerados, son de tres especies: esenciales, naturales y accidentales (art. 1444).

Elementos o cosas esenciales de un acto son todos aquéllos sin los cuales no produce efecto alguno o degenera en otro acto diferente. Así, no habrá compraventa si no se estipula un precio; no habrá arrendamiento si no se establece una renta; es de la esencia del comodato (préstamo de uso) ser gratuito, por lo que si el comodatario paga un precio por el uso de la cosa, el acto jurídico deja de ser comodato y degenera o se transforma en arrendamiento.

Entre los elementos esenciales hay algunos que deben figurar en toda clase de actos: son los *elementos esenciales generales o comunes* (la voluntad, el objeto, la causa). Hay otros que sólo son indispensables para la existencia de ciertos actos, no siendo necesarios ni figurando para nada en la vida de los otros. Así, el precio es un requisito esencial en la

compraventa, pero no existe en otros actos. Esta clase de elementos se llaman *elementos esenciales especiales*.

Elementos o cosas de la naturaleza de un acto jurídico son las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una declaración o cláusula especial. De manera que las partes nada necesitan declarar para que estos elementos formen parte del acto, ya que la ley dispone en lugar de las partes mismas; la voluntad de éstas sólo es necesaria para excluirlos.

Ejemplo de elementos de la naturaleza del contrato de compraventa es la obligación de saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios que pesa sobre el vendedor (arts. 1837 y ss.).

Elementos o cosas accidentales del acto son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de declaraciones o cláusulas especiales. Tales son, por ejemplo, la condición, el plazo, el modo y todas las cláusulas especiales que las partes introduzcan en los actos jurídicos.

En otras palabras, cosas meramente accidentales son las que la ley no subentiende ni son necesarias para la existencia del acto, pero que las partes pueden agregar por medio de una estipulación expresa. Y así como para eliminar de un acto las cosas que son de su naturaleza es necesaria una estipulación formal o expresa de las partes, así también para incluir en un acto las cosas meramente accidentales, menester es una estipulación expresa de aquéllas.

De todos los mencionados, los únicos verdaderos elementos o requisitos constitutivos del acto son los esenciales. Los naturales no forman parte de la estructura del acto jurídico sino que dicen relación con sus efectos. Por lo que atañe a los elementos accidentales, no son requisitos constitutivos del acto son de su eficacia, pues a ellos queda subordinada la producción de los efectos del acto.

Requisitos de existencia y validez del acto jurídico

Requisitos de existencia del acto jurídico son aquellos necesarios para su formación; cualquiera de ellos que falte obsta a que el acto nazca a la vida del derecho.

Requisitos de validez son aquellos que si bien pueden faltar en el acto sin atentar contra su existencia, son necesarios para la vida sana del acto. Cuando no concurre un requisito de validez el acto queda viciado y puede solicitarse su nulidad. La falta de algún requisito de existencia no permite vivir al acto.

Los requisitos de *existencia* de los actos jurídicos son:

- 1° Voluntad
- 2° Objeto,
- 3° Causa, y
- 4° Solemnidades, en los casos en que la ley las exige.

Los requisitos de *validez* de los actos jurídicos son:

- 1° Voluntad no viciada,
- 2° Capacidad de las partes,
- 3° Objeto lícito, y
- 4° Causa lícita.

La Voluntad

La voluntad es el libre querer interno de hacer o no hacer alguna cosa. Ningún acto jurídico puede existir sin voluntad.

Para generar un acto jurídico unilateral basta una sola voluntad; para dar existencia a los actos jurídicos bilaterales se necesitan dos voluntades. En este caso las voluntades concordantes toman el nombre de *consentimiento*. Pero es de advertir que a menudo la palabra consentimiento es tomada, de una manera general, como sinónimo de voluntad, o sea, se

habla de consentimiento tanto para referirse a la única voluntad de los actos unilaterales como a las dos de los actos bilaterales.

Si falta la voluntad, el consentimiento, no puede formarse el acto jurídico; él es inexistente.

Si la voluntad existe pero adolece de algún vicio, el acto jurídico se forma, aunque está sujeto a nulidad.

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

Seriedad de la voluntad

La voluntad es seria cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico; no lo es cuando responde sólo a la cortesía, al propósito de bromear, al de explicar por vía de ejemplo una situación dada, a la determinación de un niño. Carece de seriedad, por ejemplo, la oferta de celebrar un contrato que, contenida en el libreto de una obra teatral, es manifestada al público asistente a la representación de la obra.

Manifestación de la voluntad

La voluntad, el querer del individuo, mientras permanece en su fuero interno es indiferente al Derecho. Para que éste la considere es preciso que se proyecte externamente, o sea, que se declare, que se manifieste.

La voluntad puede manifestarse en diversas formas: expresa, tácita y, a veces, puede significarla el silencio.

La declaración o manifestación de voluntad es *expresa* cuando se emplea, consciente y deliberadamente, un modo dirigido a hacer conocer la propia voluntad, sin que sea necesaria la ayuda de ninguna circunstancia concurrente. Ejemplo: la celebración de cualquier contrato por escritura pública.

La declaración de voluntad es *tácita* cuando ésta se infiere del comportamiento del sujeto, esto es, de un hecho positivo concluyente e inequívoco. Concluyente significa que el hecho debe tener un significado irrefutable, e inequívoco, que no se presta a diversas interpretaciones. Ejemplo: si en una tienda una persona coge un objeto y pide al empleado que se lo envuelva, ninguna duda cabe que, a pesar de no haber abierto la boca, la voluntad de ese sujeto es comprar la cosa. Ejs. de aceptación tácita en el Código Civil: arts. 1241, 2124, etc.

El silencio como manifestación de voluntad

Cuando la ley no exige una forma determinada a la declaración o manifestación de voluntad, se ha preguntado si puede envolverla el silencio. Antes de responder ha de aclararse que en esta materia se entiende por silencio no sólo la ausencia total del habla sino también la de todo gesto o movimiento corporal significativo de una aceptación o una negación.

El silencio -entendido en los términos precisados- jamás puede, *por sí mismo y por sí solo*, constituir una manifestación de voluntad. En el campo del Derecho no reza el adagio popular según el cual el que calla otorga, sino el dicho romano que expresa que “el calla es cierto que no confiesa, pero también es verdad que no niega”. El que calla, pues, en el ámbito jurídico no dice sí ni no.

Sin embargo, por excepción el silencio puede tener el valor de manifestación de voluntad. Ello ocurre cuando así lo señala la ley, lo establecen las partes o lo dispone el juez.

La propia ley, a veces, reconoce el silencio como declaración o manifestación de voluntad. Por ejemplo el art. 2125 dispone que “las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su *silencio* se mirará como aceptación”; también art. 1233, etc.

Las partes mismas pueden acordar que el silencio envuelva una manifestación de voluntad. Es corriente que las partes en los contratos de arrendamiento, de trabajo o de sociedad estipulen que dichos contratos se

entenderán prorrogados por períodos sucesivos si ninguno de los contratantes, antes de su vencimiento, manifestare su voluntad de ponerle término.

Si bien es admisible que las partes estipulen el silencio como declaración de voluntad, ninguna puede *unilateralmente* atribuir un determinado significado al silencio ajeno. Así carece de validez la propuesta de celebrar un contrato en que el proponente advierte al destinatario que su silencio se mirará como aceptación.

Además de los casos en que la ley o las partes dan expresamente valor de declaración de voluntad al silencio, también el juez, analizando las circunstancias de hecho, puede atribuírselo. Tal es el llamado silencio circunstanciado que es aquel que necesariamente debe ir acompañado de antecedentes o circunstancias externas que permitan atribuir al silencio, inequívocamente, el valor de una manifestación de voluntad. Así la existencia entre las partes de relaciones de negocios anteriores o de un contrato que está en ejecución es considerada como una circunstancia que autoriza para interpretar como aceptación el silencio del cliente hacia su proveedor habitual que le envía una mercadería comprendida en el objeto de esas relaciones. Si, por ejemplo, un librero, a medida que aparecen los diversos tomos de una obra, manda a un cliente suyo el último tomo publicado, y el cliente tiene el hábito de pagar y de adquirir los ejemplares no restituidos dentro de cierto tiempo, la falta de restitución del libro importa la adquisición de él.

Desacuerdo entre la voluntad y la declaración. Voluntad real y voluntad declarada.

Cuando la declaración es la exteriorización fiel de la voluntad real o interna, ninguna dificultad surge; pero cuando la declaración no corresponde a la voluntad interna, se plantea la cuestión sobre sí ha de tomarse en cuenta la voluntad interna, real o la declarada. Al respecto hay dos teorías fundamentales: *teoría de la voluntad real*, que hace prevalecer la voluntad interna, y la *teoría de la declaración*, según la cual hay que atenerse a la voluntad exteriorizada. La primera alega en su favor que lo que el ordenamiento jurídico protege es el querer real del individuo; la segunda, sostiene la preponderancia de la declaración porque ésta es la que

determina la formación de los actos. Savigny y sus seguidores consideran que la esencia del acto jurídico es la voluntad, es decir, el querer interno del individuo. La declaración no es más que un instrumento para exteriorizar la voluntad; un simple medio a través del cual se reconoce y revela la voluntad interna. Las deficiencias de la teoría de la voluntad -que en concepto de numerosos autores, pueden llevar a un peligroso atentado contra el principio de la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas- hacen surgir una teoría completamente antagónica a la volitiva, que se denomina teoría de la declaración y que postula, en síntesis, lo siguiente: la declaración que proviene de una persona capaz produce plenos efectos jurídicos, aunque no corresponda a la voluntad real del declarante; siendo, en consecuencia, intrascendente el desacuerdo entre voluntad y declaración.

Nuestro Código Civil, en general, se inclina por la teoría de la voluntad interna o real. Así se desprende de varias disposiciones suyas, como la que establece que “conocida claramente la *intención* de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (art. 1560); la que señala, en cuanto a la interpretación y efecto de las disposiciones testamentarias que ha de prevalecer la *voluntad* del testador claramente manifestada (art. 1069).

En el caso de la simulación la voluntad real si bien prevalece entre las partes del acto simulado, no puede considerarse en perjuicio de terceros.

Formación o perfeccionamiento de los actos jurídicos

Los actos jurídicos unilaterales no *recepticios* (verbigracia, el testamento) se perfeccionan en el momento en que la voluntad se declara o manifiesta en la forma prescrita por la ley; los actos jurídicos unilaterales *recepticios* (verbigracia, el desahucio del arrendamiento de una cosa sin plazo fijo) se perfeccionan cuando llegan a conocimiento de la persona a la cual están dirigidos.

Para determinar cómo se forman o perfeccionan los contratos es necesario distinguir entre contratos reales, solemnes y consensuales. Contrato real es aquel que se perfecciona por la entrega de la cosa. El contrato solemne se perfecciona al cumplirse las formalidades especiales a

cuya observancia está sujeto y, consecuentemente, si no se forma, menos puede producir algún efecto civil. El contrato consensual se perfecciona por el solo consentimiento de las partes (art. 1443).

Perfeccionamiento de los contratos consensuales

El consentimiento de las partes, que basta por sí solo para la formación de los contratos consensuales, es el acuerdo de voluntades de las partes, necesario para dar vida al acto jurídico bilateral. Se halla integrado por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación. La primera corresponde a la parte que toma la iniciativa para la negociación, y la segunda, a la parte que adhiere a esa iniciativa.

Hay consentimiento cuando las declaraciones de la oferta y la aceptación se funden.

Normas legales que rigen la formación del consentimiento en los contratos

El Código Civil no regula el proceso de formación del consentimiento en los contratos, sino los caracteres que deber tener para su existencia y validez. El Código de Comercio, en cambio, dedica sus artículos 97 a 108 a normar dicho proceso. Sus reglas tienen cabida también en materia civil, porque no obstante estar contenidas en un Código especial, son por su naturaleza generales y deben, por lo tanto, tener una aplicación general, conforme al principio según el cual el alcance de las disposiciones lo fija la propia naturaleza de ellas y no la ubicación que las mismas tienen en un determinado Código o ley, y, justamente, las reglas sobre la formación del consentimiento que establece nuestro Código de Comercio son de naturaleza general, y no especial o excepcional. De la misma manera lo entendió el Mensaje con que el Presidente de la República presentó el Proyecto de Código de Comercio al Congreso Nacional. Ese documento que forma parte de la historia de la ley, expresa que en lo relativo a la formación del consentimiento el Código de Comercio viene a llenar un “sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil”. Otros agregan también como argumento la analogía.

La oferta

Se llama oferta el acto por el cual una parte propone a otra celebrar un determinado contrato.

La parte que hace la oferta, propuesta o policitud recibe el nombre de oferente, proponente o policitante.

La oferta puede ser verbal o escrita, expresa o tácita. Oferta *expresa* es la que revela directa y explícitamente la voluntad de contratar; *tácita* es la que exterioriza esta voluntad indirecta, pero inequívocamente por la concurrencia de ciertas circunstancias. Ejemplos de ofertas tácitas: la circulación de vehículos de servicio público (ofrecen celebrar el contrato de transporte); los restaurantes automáticos; la exhibición en las vitrinas comerciales de mercaderías con el precio fijado; los aparatos que mediante la introducción de monedas proporcionan mercaderías; etc.

La oferta puede hacerse a persona determinada o indeterminada. Es a *persona determinada* cuando se dirige a un sujeto debidamente individualizado, sea o no conocido del oferente. Y es a *persona indeterminada* cuando se dirige al público en general, y no a una persona en particular. Ejemplos de ofertas indeterminadas: avisos en los diarios, carteles, prospectos, circulares, gritos de los vendedores ambulantes invitando a comprar sus mercaderías. En general, todos los establecimientos comerciales que ofrecen sus mercancías o servicios mediante un precio señalado de antemano, hacen una oferta a personas indeterminadas.

El Código de Comercio se refiere a estas clases de ofertas en el art. 105: “Las ofertas *indeterminadas* contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace.

Dirigidos los anuncios a personas *determinadas*, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente”

La aceptación

Es el acto por el cual el destinatario de la oferta manifiesta su total conformidad con ésta. El destinatario que acepta la oferta se llama *aceptante*.

La aceptación, al igual que la oferta, puede ser *expresa* o *tácita*. Es expresa cuando la voluntad de aceptar se declara en términos explícitos, sea verbalmente o por escrito, según lo requiera la ley. Tácita es la aceptación que resulta de actos que exteriorizan inequívocamente el asentimiento, como, por ejemplo, me ofrecen un reloj en determinado precio y sin decir nada, pago el valor. Un ejemplo de aceptación tácita de una oferta a personas indeterminadas es la del sujeto que abriendo la puerta de un taxi estacionado en un paradero, entra en el vehículo: inequívoca es su aceptación de la oferta de celebrar el contrato de transporte.

La aceptación puede ser pura y simple o condicional. La aceptación es *pura y simple* cuando implica adhesión a la oferta en los mismos términos en que ésta ha sido formulada. En otras palabras, cuando es congruente con la oferta. Ejemplo: A ofrece vender a B un reloj en \$100 y B acepta comprar el reloj en \$100. La aceptación es *condicional* cuando contiene reservas o modificaciones que alteran los términos de la oferta; cuando entre ésta y aquélla no hay concordancia absoluta. Ejemplo, a la oferta de venta de un reloj en \$100, el destinatario responde diciendo que estaría dispuesto a comprarlo en \$80 al contado o en \$100 a seis meses plazo.

En nuestro ordenamiento jurídico la aceptación condicional importa una nueva propuesta u oferta (C. de Comercio, art. 102): si el oferente acepta las modificaciones, pasa a ser aceptante de la oferta modificada, y la persona que aceptó condicionalmente queda como nuevo oferente.

El mero silencio de la parte a quien se dirige la propuesta no importa aceptación, pero puede importarla si es circunstanciado. El Código Civil se refiere a uno de estos casos al decir que “las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación”

(art. 2125). La circunstancia de que el destinatario sea una de dichas personas determina que su silencio se mire como aceptación.

Contratos consensuales entre presentes

Son contratos entre presentes aquellos en que las partes al momento de perfeccionarse el contrato se encuentran la una frente a la otra, y en ellos tiene lugar la oferta verbal. Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso (C. de Comercio, art. 97).

Contratos entre ausentes

Contratos consensuales entre ausentes (llamados también por correspondencia) son aquellos en que las partes al momento de perfeccionarse el contrato, se encuentran en distintos lugares. Pueden llevarse a cabo por correspondencia, teléfono, telégramas, fax, correo electrónico o por intermediarios, como ser corredores, u otro medio análogo.

1) *La oferta.*

Los contratos entre ausentes pueden formarse a iniciativa de cualquiera de las partes mediante la oferta. Por ejemplo, en el contrato de compraventa la iniciativa puede tomarla el vendedor que quiere vender o el comprador que desea comprar. Lo único necesario para la eficacia de la oferta es que verse sobre un contrato determinado.

Si para que se genere el contrato es necesario el acuerdo de las voluntades de las partes y si éste no se produce sino mediante una oferta seguida de aceptación, se comprende que para que nazca el acto bilateral preciso es que la aceptación se dé mientras esté vigente la oferta. La oferta, pues, debe estar vigente al momento de la aceptación. Tal vigencia cesa por dos causas: la retractación y la caducidad.

Hay retractación cuando el proponente, arrepentido de haber hecho la oferta, la revoca, la deja sin efecto, se desdice de ella. El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume (C. de Comercio, art. 99).

La retractación de la oferta puede ser tempestiva o intempestiva: los efectos de una y otra son diversos.

Retractación *tempestiva* es la que se hace después de emitida la oferta y antes de que ésta sea aceptada. Produce plenos efectos, es decir, la oferta no subsiste. Pero el proponente queda obligado a indemnizar los gastos hechos por el destinatario de la oferta, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente puede exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto (C. de Comercio, art. 100).

Si ninguna responsabilidad contrajera el proponente al formular la oferta y pudiera revocarla impunemente, el destinatario siempre permanecería en estado de inseguridad, y jamás podría tomar medida alguna para aceptar la oferta sin correr el riesgo de sacrificios pecuniarios inútiles y no indemnizables. Si tal ocurriera, difícil se haría la vida de los negocios.

Retractación *intempestiva* es la que se hace después de aceptada la oferta y también la que se hace antes de ser aceptada pero ya recibida en el caso en que el proponente se comprometió al formular la oferta a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo. La retractación intempestiva no produce efecto alguno, o sea, la oferta subsiste y si la aceptación se da oportunamente, el contrato se forma, quedando obligado el proponente a cumplirlo.

Hay caducidad de la oferta cuando la vigencia de ésta no subsiste por la muerte o la incapacidad legal sobreviniente del oferente. Tanto la muerte como la incapacidad legal obstan a la formación del contrato si se producen *antes* de que se manifieste la aceptación. El Código de Comercio dice:

“Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que *antes* de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente” (art. 101).

En cuanto a plazos de vigencia de la oferta ésta subsiste mientras no sea dada la aceptación y persiste mientras no sobrevenga la retractación, la muerte o la incapacidad del ofertante. Pero la ley, repudiando las situaciones indeterminadas, ha fijado un plazo a las propuestas emitidas. Dispone que en el contrato entre ausentes la propuesta debe ser aceptada o rechazada dentro de veinticuatro horas si el aceptante residiere en el mismo lugar del proponente, o a vuelta de correo si estuviere en un lugar diverso (C. de Comercio, art. 98 inc. 1°). La expresión *a vuelta de correo* no es un concepto definido por el legislador, tampoco la ley contiene elementos que pudieran determinar su naturaleza y extensión. Por eso la Corte Suprema ha declarado que debe quedar entregado a la prudente apreciación de los falladores de la instancia resolver, en cada caso, si la propuesta hecha por escrito fue aceptada dentro de aquel término.

Vencidos los plazos mencionados, la propuesta se tiene por no hecha, aun cuando hubiese sido aceptada; en tales casos se produce la caducidad de la oferta y, naturalmente, la aceptación que se emite después de caducada la oferta, es una aceptación extemporánea, que no produce el efecto de dar nacimiento al contrato. Con todo, aun en estas hipótesis, el proponente está obligado a dar pronto aviso de la retractación; de lo contrario deberá responder de los daños y perjuicios que su silencio ocasionare al aceptante extemporáneo (C. de Comercio, art. 98 incisos 2° y 3°).

2) *La aceptación.*

Para que se forme el consentimiento la aceptación debe ser pura y simple (art. 101 y 102); darse en tiempo oportuno (dentro del plazo señalado por el oferente o en subsidio en los plazos indicados arts. 97 y 98); y mientras se encuentre vigente la oferta (arts. 99 a 101: que no haya retractación o caducidad).

3) *Momento en que se perfeccionan los contratos consensuales.*

El momento en que se perfeccionan los contratos consensuales tiene importancia práctica para diversos efectos, entre otros, a) para establecer si las partes eran o no capaces de concluir el contrato; b) para determinar la norma aplicable en el caso de modificación de las leyes (art 22 de la L.E.R.); c) el contrato empieza a producir sus efectos desde el momento en que se perfecciona; d) perfeccionado el contrato cada uno de los contratantes queda privado de la facultad de arrepentirse de contratar, etc.

Se han formulado tres teorías principales para determinar el momento en que se perfecciona el contrato consensual: a) la de la *declaración*, sostiene que el contrato se perfecciona en el momento en que se acepta la oferta, b) la doctrina de la *expedición*, conforme a la cual el contrato se perfecciona en el momento en que el aceptante se desprende de su voluntad de aceptar, como por ejemplo, cuando deposita en el correo la carta que contiene su aceptación; y c) la doctrina de la *información* o *del conocimiento*, según la cual el contrato se perfecciona cuando el proponente tiene conocimiento real y efectivo de la aceptación.

Nuestro ordenamiento jurídico se inclina por la teoría de la declaración; preceptúa que “dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales...” (C. de Comercio, art. 101). O sea, el contrato queda a firme aun antes de que el proponente conozca la aceptación.

Por excepción, el contrato consensual entre ausentes no queda perfecto al darse la aceptación cuando las partes han estipulado que se estime concluido en otro momento. Esto pueden hacerlo los contratantes porque la regla legal relativa al momento en que se perfecciona el contrato consensual no es de orden público y, en consecuencia, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden establecer que ese momento sea otro.

También constituye una excepción a la regla legal el perfeccionamiento de la donación entre vivos, que se realiza cuando la aceptación del donatario ha sido *notificada* al donante (C. Civil, art. 1412).

En este caso se sigue el principio señalado por la teoría del conocimiento o de la información.

4) *Lugar en que se perfecciona el contrato consensual.*

Nuestra legislación dispone que “residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada” (C. de Comercio, art. 104).

Tiene importancia determinar el lugar en que se celebra el contrato para diversos efectos: a) para la fijación de la competencia del tribunal, en caso de que en el mismo contrato no se establezca un domicilio convencional; y b) para determinar el país en que se ha celebrado el contrato, pues, es de gran interés saber qué ley se le debe aplicar, ciñéndose al principio según el cual los actos jurídicos se rigen por la ley del país en que se celebran (*lex loci rei sitae*).

El consentimiento en los contratos de adhesión

Contrato de adhesión o por adhesión es aquel en que uno solo de los dos posibles contratantes preestablece las cláusulas, de modo que el otro no puede modificarlas, sino limitarse a aceptarlas o no celebrar el contrato.

Ejemplos de esta clase de contratos son los de transporte, los de las empresas que proporcionan gas, energía eléctrica, servicio telefónico, de correo, las asociaciones encargadas de las prestaciones de salud, las que administran fondos previsionales, seguros, etc.

Se ha cuestionado el carácter de contratos a los llamados de adhesión.

Algunos autores han sostenido que se trata de un acto unilateral de voluntad; pero ha prevalecido la opinión de que son verdaderos contratos porque para calificar un acto jurídico de contrato civil basta que haya encuentro de dos voluntades, exentas de vicios, sobre un objeto de interés jurídico, de cualquiera manera que se le haya fijado.

La particularidad esencial de estos contratos, el de no ir precedidos de una libre discusión de las cláusulas, que se encuentran definitivamente establecidas con antelación por uno solo de los posibles contratantes, da margen a abusos de éste, que son generalmente grandes empresas dedicadas a satisfacer necesidades primordiales. De ahí que el legislador se vea en la necesidad de regularlos, en mayor o menor grado, a fin de evitar al menos los excesos de los redactores de los contratos de adhesión.

El consentimiento en los autocontratos

Autocontrato o contrato consigo mismo es aquel en que la actividad y la declaración de una sola parte en dos calidades diversas basta para formar el contrato.

En este caso una misma persona asume simultáneamente, en una misma relación, las calidades de oferente y aceptante.

El Código Civil alemán prohíbe la autocontratación, salvo autorización en contrario (art. 181). Nuestro Código Civil no contiene en esta materia ninguna regla general expresa; pero contempla casos en que admite la posibilidad del autoconsentimiento y casos en que no lo permite o lo permite con restricciones. Al respecto, regulando el contrato de mandato, dice “no podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, *si no fuere con aprobación expresa del mandante*” (art. 2144). Por su lado, otra disposición establece “encargado (el mandatario) de tomar dinero prestado, podrá prestarlo el mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante” (art. 2145).

Resulta claro que en las normas citadas aparece que el consentimiento puede ser prestado por una misma persona, actuando al mismo tiempo como vendedor y comprador, o como mutuante y mutuario. Hay, pues, un contrato consigo mismo o autocontrato, en que el consentimiento se forma por la declaración de una sola parte que asume las calidades de ambas.

En otras disposiciones se prohíbe el contrato consigo mismo o se lo somete a restricciones (arts. 410, 412, 1800). Así, por ejemplo “por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes..., o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o, celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio” (art. 412).

El autocontrato es viable a través de la representación, porque el representante puede actuar, por un lado, como parte por sí mismo, por sus propios intereses, y, por otro lado, en nombre y por cuenta del representado, por los intereses de éste. Se habla de un *autoconsentimiento* del representante en razón de que las dos voluntades que forman el consentimiento las declara por sí solo.

Vicios de la voluntad

Los vicios son circunstancias que pueden afectar a la voluntad o el consentimiento y producir, por vía de consecuencia, la invalidez del acto jurídico, pues éste, para ser válido, debe estar constituido por una voluntad o un consentimiento exento de vicios. Estos vicios pueden ser el error, la fuerza y el dolo. Algunos agregan, en determinados casos, la lesión, aunque esto es discutible.

El Código habla de vicios del consentimiento, pero todo lo dicho respecto de éste, debe entenderse también en cuanto a la voluntad, ya que el consentimiento no es otra cosa que el acuerdo de voluntades. De manera que las reglas sobre los vicios del consentimiento se aplican tanto en los actos jurídicos unilaterales como en los bilaterales.

El Error

El error es la disconformidad del pensamiento con la realidad. Consiste en creer verdadero lo falso e, inversamente, falso lo verdadero.

No hay que confundir el error con la *ignorancia*. Esta última “es el estado de espíritu puramente negativo que consiste en la ausencia de todo conocimiento relativo a un objeto”. Por objeto se entiende en este caso aquello a que se refiere el conocimiento, que puede ser una persona, una cosa, un hecho, la ley. El que expresa un juicio erróneo afirma algo; el ignorante nada puede sostener. Uno conoce mal una cosa; el otro simplemente no la conoce, no tiene idea de ella.

Pero dentro del derecho esta distinción carece de importancia; el legislador equipara el ignorante al que yerra. La ignorancia, en el campo jurídico, queda comprendida dentro del concepto de error.

Error de derecho y error de hecho

El error puede ser de hecho o de derecho.

Error de hecho es la ignorancia o el concepto equivocado que se tiene de una persona, de una cosa, de un acto o, en general, de una circunstancia material cualquiera.

Error de derecho es la ignorancia o el concepto equivocado que se tiene de la ley, en cuanto a su existencia, alcance, inteligencia o permanencia en vigor.

En nuestro ordenamiento jurídico “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” (art. 1452).

Esta disposición viene a ser una consecuencia de la que establece que “nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia” (art. 8°).

Que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, quiere decir que el que ha contratado con una persona teniendo un concepto equivocado de la ley o ignorando una disposición legal que rige el contrato no puede alegar después este error para excusarse de cumplir sus obligaciones ni para pedir la nulidad del contrato.

Guarda concordancia con la norma según la cual el error de derecho no vicia el consentimiento, la que dice que “el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”. (art. 706 inc. 4°).

Pero, como nadie puede enriquecerse a costa ajena, el legislador admite dos casos en que el error de derecho vicia el consentimiento; ya que “se podrá repetir aun lo que se ha pagado por un error de derecho cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural” (art. 2297). Si, por ejemplo, alguien paga una contribución que ha sido suprimida, tiene derecho para repetir lo que haya pagado, es decir, puede pedir su devolución.

Congruente con esta norma, el art. 2299 dispone: “Del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho”.

Hay legislaciones que siguen otro criterio diferente del de la nuestra. Así el Código Civil italiano de 1942, declara que el error de derecho vicia el consentimiento sólo cuando ha sido la razón única o, al menos la principal del contrato (art. 1429, N° 4).

El error de hecho

El error de hecho puede ser de tres clases: esencial, sustancial o accidental.

Error esencial u obstáculo

El Código Civil menciona dos casos de error esencial. El primero existe cuando el error recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra

donación; y el segundo caso es el del error que recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra, por ejemplo, una parte entiende vender un caballo y la otra comprar una vaca (art. 1453).

El error esencial impide que se produzca el acuerdo de voluntades, por lo cual el acto celebrado en estas condiciones es jurídicamente inexistente o nulo de nulidad absoluta para los que piensan que la inexistencia jurídica debe estimarse comprendida dentro de la nulidad absoluta (habría falta de consentimiento: arts. 1444, 1445, 1682). Sin embargo para otros la interpretación literal de los arts. 1453, 1454 y 1682 fuerzan a concluir que el acto jurídico celebrado con error esencial está sancionado con la nulidad relativa.

En efecto, el artículo 1453, dice que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata. Y el artículo siguiente expresa que el error de hecho “vicia *asimismo* el consentimiento...” y se refiere a casos de error substancial que, de acuerdo con el art. 1682 inc. final está sancionado con la nulidad relativa. El empleo de la expresión *asimismo* estaría manifestando que el error esencial del art. 1453 vicia de la *misma manera* el acto que el error substancial del art. 1454 que conlleva la nulidad relativa. Además, si se piensa que la razón de la nulidad absoluta dice relación con el interés general o la moral, hay que concluir que el error esencial cae, desde este punto de vista, dentro de la nulidad relativa, porque su incidencia perjudica sólo el interés privado de los individuos. No sería lógico ni consecuente aplicarle los principios de la nulidad absoluta. Así, ésta impide la ratificación o confirmación del acto nulo absolutamente, ¿y qué inconveniente habría para que, por ejemplo, si yo entiendo comprar un computador de determinada marca y la contraparte venderme uno de otra, haya confirmación de la venta por encontrar también de mi agrado este otro computador? Ninguna perturbación hay aquí del interés social, el orden público o las buenas costumbres.

Error sustancial

Dice el art. 1454 que el error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, es diversa de lo que se cree; 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.

Substancia es la materia de que se compone el objeto sobre el cual versa el acto o contrato. *Cualidades esenciales* son las que dan al objeto una fisonomía propia que lo distingue de los demás.

El ejemplo clásico de error sustancial que ponen los autores es el mismo que daba Pothier en su “Tratado de las Obligaciones” y se refiere a la persona que compra unas candelabros de cobre plateado creyendo que son de plata pura. También hay error sustancial si se cree que se compra lana animal y en verdad es sintética, o se adquiere un caballo de carrera y el animal es de tiro.

El error sustancial vicia la voluntad (art. 1454), produce la *nulidad relativa* del acto o contrato, pues el art. 1682 inc. final dice que cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa.

Error sobre las cualidades accidentales

Cualidades accidentales son aquellas que ordinariamente son indiferentes para determinar la voluntad o el consentimiento de las partes.

Por regla general, el error sobre las cualidades accidentales no vicia el consentimiento. Y así, por ejemplo, si yo compro cierto libro de edición uniforme, creyendo entre otras cosas, que es de papel “pluma” y resulta que es de papel corriente, este error no destruye mi consentimiento.

Pero si una cualidad accidental es a) el principal motivo que induce a una de las partes a contratar, y b) este motivo ha sido conocido de la otra parte, y se produce error sobre dicha cualidad, tal error vicia el consentimiento (art. 1454 inc. 2º), porque se trata de una cualidad

accidental que ha sido elevada a la categoría de esencial y ha sido conocida de la otra parte.

Por ejemplo si pido en un almacén una bombilla con filamento de platino, porque ésta proyecta más luz, y me dan una con filamento de tungsteno, hay vicio del consentimiento porque si bien la naturaleza del filamento es una cualidad accidental de la bombilla, fue, sin embargo, el principal motivo que me indujo a contratar, y este motivo era conocido de la otra parte.

En cambio, si pido pura y simplemente, una bombilla, no habría vicio del consentimiento, aunque los filamentos no fueran los que yo creía.

Lo mismo sucede si pido una billetera de cuero sin ningún otro agregado. Pero habría vicio del consentimiento si compro una billetera que se cree haber pertenecido a Napoleón y después se comprueba que pertenecía a uno de sus sirvientes.

En estos casos hay vicio del consentimiento y la sanción es la nulidad relativa (art. 1682 inc. final).

Error acerca de las personas

Por regla general, el error acerca de las personas con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento. Porque la persona es de ordinario indiferente para los fines que se persiguen con el acto jurídico; el autor de éste o uno de los autores lo habría realizado aun cuando no hubiera padecido de error. En efecto, ¿qué le importa al comerciante que vendió al contado su mercadería que el comprador haya sido un conocido genio o un desconocido mentecato?. Lo único que le interesa es el pago del precio.

Hay actos unilaterales que se otorgan para favorecer a una persona determinada y también hay contratos que se celebran en consideración a una determinada persona, por lo que en ambos casos si se yerra sobre la identidad de dicha persona y se favorece con el acto a persona distinta, quiere decir que el acto se llevó a cabo con otra persona que la que se tuvo en mente; la voluntad o el consentimiento están viciados y el respectivo acto o contrato es nulo. Ejemplo: si el testador deja un legado a Pedro

creyendo que éste en un naufragio salvó a su hija y resulta que el héroe fue una persona distinta, el legado a Pedro no vale, porque el testador quiso premiar al individuo que libró de la muerte a su hija. Si hubiera sabido que no era Pedro, nada le habría dejado. Otro ejemplo. Si una persona, creyendo que Juan Carlos es Director de la Biblioteca del Congreso Nacional, le dice que le dona a la biblioteca que dirige los treinta y tres tomos de que consta el “Derecho Civil” del jurista belga Laurent, aceptándose la donación, y con posterioridad el donante se da cuenta que Juan Carlos es director de la biblioteca de la Universidad XXX y no de la que tuvo en mente, el consentimiento está viciado y el contrato es nulo.

Los actos y contratos que se celebran considerando como factor esencial a una o más personas determinadas, reciben el nombre de *intuitu personae*. La consideración de la persona que se tiene en mira se funda en algún interés que representa para otra: gratitud, confianza, aptitud para desempeñar una labor, afecto, etc.

Anulado el contrato, la persona sobre cuya identidad se erró, sin culpa de ella, tiene derecho, si cabe, a una indemnización.

Todo lo anterior, en relación con los contratos, lo resume el Código Civil al decir que “el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato. Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato” (art. 1455).

Tienen el carácter de actos o contratos *intuitu personae* los actos de familia: matrimonio, adopción, etc. El matrimonio es un caso típico en que la consideración de la persona de ambos contrayentes es determinante y esencial.

Entre los actos patrimoniales y, en especial, los contratos que se celebran en consideración a la persona, puede citarse el *mandato* que por regla general es un contrato en que la persona del mandatario es causa determinante de su celebración. Lo mismo sucede tratándose de las *sociedades colectivas o de responsabilidad limitada*. Asimismo, en las

donaciones irrevocables la persona del donatario es causa determinante del contrato.

Fuera del campo contractual, hay actos que, como las asignaciones testamentarias, se hacen en consideración a la persona. Por eso el C. Civil dispone que “el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona” (art. 1057).

Concurriendo los requisitos dichos (que la consideración de la persona sea la causa principal del contrato) el error en la persona vicia el consentimiento y la sanción es la nulidad relativa (art. 1682 inc. final).

Basta por lo general el error de una parte para que se vicie el acto. Excepción.

El error que vicia el consentimiento no es necesario, en los actos bilaterales, que ambas partes lo padezcan. Así lo prueba un ejemplo mencionado por el Código, según el cual hay error que vicia el consentimiento cuando “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” (art. 1454 inc. 1°).

Excepcionalmente se exige que el error sea compartido por *ambas partes* en el caso del error accidental elevado a la categoría de esencial (art. 1454 inc. 2°).

Error común

Es el error compartido por todos los habitantes de una localidad o por la inmensa mayoría de ellos. Cuando la voluntad o el consentimiento de las partes se encuentra determinado por este error generalizado y concurren ciertos requisitos, se admite que esa voluntad o consentimiento no queden viciados y el acto jurídico en que incide sea válido y no nulo, pues se trataría de un error invencible.

El ejemplo clásico es el de los actos autorizados por un funcionario público nombrado con infracción de algún requisito legal, o después de haber cesado en sus funciones o mientras se hallaba suspendido. Los actos

autorizados por dicho funcionario serían válidos, porque las partes no tienen obligación de saber las causas que inhiben a un funcionario para desempeñar su cargo ni es tarea suya averiguarlo; a ellos les basta confiarse en las *apariencias*, esto es, que un funcionario que ejerce públicamente sus funciones, cumple con todas las condiciones legales para ejercerlas, que es lo normal en la práctica.

Para que el error de que hablamos no vicie el consentimiento ni, por ende, invalide el acto es necesario: 1) que sea compartido por todos o la inmensa mayoría de los habitantes de una localidad (de ahí su denominación de error común); 2) debe el error ser causado por un justo motivo, un fundamento lógico que autorice a considerar verdadera una situación falsa, y 3) debe existir buena fe de parte de quien invoca el error común.

Concurriendo los tres requisitos enunciados el error se reputa invencible: el o los autores del acto jurídico han estado en la imposibilidad de sustraerse a él.

Nuestro Código Civil no establece norma alguna que, en general, declare que el error común no vicia la voluntad o el consentimiento; pero contempla disposiciones que aparecen inspiradas en este acerto. Por ejemplo, al hablar de las causales de inhabilidad de los testigos en un testamento solemne otorgado en Chile, dice que si alguna de esas causas de inhabilidad no se manifestare en el aspecto o comportamiento de un testigo, y se *ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga*, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo. Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos (art. 1013). También se pueden citar los casos de los arts. 704 N° 4, 1576.

Se ha preguntado si el error común debe considerarse sólo en los casos en que la ley se refiere expresamente a él o en cualquiera otro en que concurren los requisitos que lo hagan procedente. Algunos autores estiman que, salvo cuando lo ordene una norma excepcional y necesariamente expresa, no es aplicable el principio tradicional *error communis facit ius* (el error común constituye derecho) porque si la ley tuvo necesidad de referirse expresamente en cada caso a la procedencia del error común como

excluyente de la invalidez de un acto, es en razón de que no lo acoge en general. A juicio de otros, opinión mayoritaria en nuestro país, los preceptos que en diversos casos aplican el mencionado principio no hacen sino trasuntar la aceptación de una idea general, por lo que la máxima de que el error común no invalida el acto en que concurre debe aplicarse en todos los casos, aunque no sean de los contemplados expresamente por la ley.

El Dolo

El dolo “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (art. 44 inc. final). Envuelve siempre la voluntad deliberada de perjudicar a otro.

Doctrinariamente se define el dolo como un vicio del consentimiento constituido por la maquinación fraudulenta destinada a que una persona preste su consentimiento para la celebración de un acto o contrato.

Dentro del ámbito del Derecho Civil actúa en tres campos diversos.

1) *En la celebración de los actos y contratos.* En este caso se traduce en el empleo por parte de una persona de trampas, maquinaciones, mentiras u otros artificios dirigidos hacia otra persona con el fin de inducirla a otorgar un acto o celebrar un contrato que sin aquellas maniobras, ella no habría efectuado. En los contratos, para que el dolo vicie el consentimiento debe ser principal y obra de una de las partes. En los actos unilaterales el dolo, naturalmente, ha de ser obra de un tercero, y así el Código Civil declara que son indignos de suceder los que por fuerza o dolo obtuvieron alguna disposición testamentaria del difunto, le impidieron testar... (art. 968 N°s 4 y 5).

2) El dolo también puede presentarse en el *cumplimiento de los contratos.* En este caso se traduce en el uso de procedimientos ilícitos, por parte del deudor, para burlar al acreedor en el cumplimiento de las obligaciones. No estamos aquí en presencia de un vicio del consentimiento, sino de hechos que agravan la responsabilidad del deudor, pues en caso de

dolo el contratante incumplidor no sólo responderá de los perjuicios previstos, que es la regla general, sino también de los perjuicios imprevistos (art. 1558).

3) Por último, el dolo es un *elemento del delito civil*. El delito civil es la comisión u omisión de un hecho realizada con la intención de dañar la persona o bienes ajenos (art. 2284).

Pero cualquiera que sea el campo en que el dolo se aplique, en esencia siempre envuelve la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Clasificación del dolo

1. Dolo bueno y dolo malo

El *dolo bueno* no tiene ningún fin deshonesto. Dentro de este concepto caben las lisonjas, los halagos y exageraciones con que una parte busca en los contratos el influir sobre la otra.

El *dolo malo* es el que define y considera el Código Civil, o sea, la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Se opone al dolo bueno, como quiera que este último importa sólo halagos, lisonjas o exageraciones de la calidad de una cosa o un hecho; no envuelve, de parte del que emplea estos artificios, la “intención positiva” de inferir injuria a otro.

2. Dolo positivo y dolo negativo

Según que el dolo consista en un hecho o en una abstención, es positivo o negativo, pero uno y otro están sujetos a los mismos principios.

Entre las abstenciones dolosas se encuentra la *reticencia*, que consiste en callar circunstancias que se tiene la obligación de hacer saber a otro. Si con este silencio una persona induce a otra a celebrar un acto jurídico que ella no habría celebrado o lo habría celebrado en otras condiciones de haber sabido lo callado, su consentimiento queda viciado por el dolo negativo.

La misma ley considera en muchos casos el silencio. Así, de acuerdo con el Código de Comercio, si el asegurado, al contratar un seguro sobre su vida, oculta al asegurador la enfermedad mortal de que padece y cuya existencia conoce, el seguro se rescinde (art. 557 N° 1). El Código Civil, en el título de la compraventa, preceptúa que si el vendedor conocía los vicios de la cosa que vendió, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios (art. 1861, primera parte). Pero no es necesario que la ley o la costumbre se refieran expresamente a casos en que el silencio doloso, la reticencia, opera sobre el consentimiento; numerosas situaciones de la vida cotidiana ofrecen ejemplos análogos o distintos de los señalados por la ley. Si, verbigracia, un anticuario no advierte al comprador de una cómoda Luis XVI que se trata de una copia y no de la original, el consentimiento del último está viciado porque es lógico que el comprador suponga que en un establecimiento de antigüedades se vendan cosas realmente antiguas, y si, por excepción una no lo es, necesariamente debe hacerse saber al comprador.

3. Dolo principal y dolo incidental

Dolo principal, determinante o inductivo es el que determina a una persona a celebrar el acto jurídico en que recae. Del hecho de que este dolo lleve a una persona a efectuar un acto jurídico se desprende que debe ser anterior o simultáneo al momento en que se manifiesta la voluntad o el consentimiento.

A no mediar el dolo principal o determinante, la persona no habría otorgado el acto o celebrado el contrato.

Dolo incidental es el que no determina a una persona a celebrar el acto jurídico, pero sí a concluirlo en distintas condiciones de aquellas en las que no lo habría concluido, generalmente menos onerosas, si no se hubiera empleado el procedimiento torcido.

Hay dolo principal o determinante si una persona pide al vendedor unos candelabros de plata y éste le entrega, a sabiendas, unos de cobre plateado. Pero el dolo sería sólo incidental, si el cliente pide ciertos

candelabros y el vendedor, a fin de obtener mejor precio, asegurara que son de plata sin serlo.

Requisitos del dolo como vicio del consentimiento

El dolo vicia el consentimiento, en los actos bilaterales, cuando a) es obra de una de las partes y b) es principal. En efecto, el Código Civil dice que “el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de indemnización de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo” (art. 1458).

Por lo tanto cuando el dolo es incidental, o cuando, a pesar de ser principal, no es obra de una de las partes, no vicia el acto, sino que da lugar a la indemnización de perjuicios.

Lo anterior dice relación con los actos bilaterales. En cuanto a los actos jurídicos unilaterales, el Código Civil no consagra una fórmula general del dolo vicio de la voluntad; pero de diversas disposiciones fluye que las maniobras artificiosas vician la voluntad cuando son principales, cuando a no mediar ellas el acto no se habría celebrado. Lógicamente, en los actos unilaterales no se puede hablar de “la otra parte” puesto que hay una sola; pero es indiferente que las maniobras dolosas sean obra del que se viene a beneficiar con el acto o de un tercero.

Ejs. de dolo en actos unilaterales: art. 968, N° 4 en materia testamentaria; art. 1782 inc. 2° sobre renuncia a los gananciales; en la aceptación o repudiación de la herencia (art. 1234), etc.

En síntesis, el dolo vicia la voluntad en los actos unilaterales, cuando es principal, y en los bilaterales cuando, además de llenar este requisito, es obra de una de las partes.

No presunción del dolo. Excepciones

El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse (art. 1459). Y para esta prueba pueden emplearse todos los medios admitidos por la ley.

El dolo no se presume porque, en general lo que se presume es la buena fe, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

Textualmente el Código Civil declara que “la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse” (art. 707).

La disposición recién transcrita sobre la presunción de buena fe, aunque se encuentra ubicada en el título “De la posesión”, se ha entendido que es una norma general; así lo revelan los términos amplios y comprensivos en que está redactada, y porque sería absurdo presumir la buena fe sólo en la posesión y no en otras instituciones, siempre que especial y formalmente la ley no establezca lo contrario. El carácter general o especial de una norma depende de su propia naturaleza y no de su ubicación en una ley o en un Código. La jurisprudencia ha aplicado la regla de la presunción de buena fe contenida en el art. 707 del Código Civil hasta en materia de Derecho de Familia, concretamente en el matrimonio putativo.

Consagran una presunción legal de dolo los arts. 94 N° 6, 143 inc. 2°, 706 inc. final, 968 N° 5, 2510 N° 3, etc.

Condonación o renuncia del dolo

El perdón o renuncia anticipada del dolo no vale; adolece de objeto ilícito. Y así, por ejemplo, no se puede estipular en un contrato que si la otra parte deja de cumplirlo dolosamente, no podrá ejercerse acción en su contra; tal cláusula sería nula.

El dolo sólo puede perdonarse una vez cometido y conocido por la otra parte. Si así no fuera sería corriente la inserción en los contratos de una

cláusula liberatoria del dolo. Por eso el Código Civil dispone que la condonación del dolo futuro no vale (art. 1465).

Sanción del dolo

El dolo principal o determinante y obra de una de las partes vicia el acto de nulidad relativa (arts. 1458 y 1682 inc. final).

El dolo obra de terceros no vicia el acto, sólo da derecho a indemnización de perjuicios: por el total valor de éstos contra los que los han fraguado, y por el valor del provecho que han reportado del dolo contra los que se han aprovechado de él (art. 1458 inc. 2°).

Hay casos en que la ley establece sanciones especialmente para el dolo. Por ejemplo el cónyuge que dolosamente ocultare o distrajere alguna cosa de la sociedad conyugal, perderá su porción en la misma cosa y será obligado a restituirla doblada (art. 1768).

Acción de dolo. Legitimación activa y pasiva. Prescripción

La acción de dolo corresponde a la parte inocente que ha sido víctima del engaño, y tiene como sujeto pasivo a la parte que ha empleado el dolo. Su objeto es que se declare la rescisión del acto jurídico. El que ha sufrido el dolo puede hacer valer la rescisión del acto como acción o como excepción, según el caso.

La parte que ha cometido el dolo no puede alegar la rescisión del acto o contrato, porque, conforme al adagio, nadie puede aprovecharse de su propio dolo; lo contrario sería dar paso a la inmoralidad.

El plazo para hacer valer la acción rescisoria es de cuatro años, contados desde el día de la celebración del acto o contrato (art. 1691 inc. 2°).

La Fuerza

La fuerza o violencia consiste en la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para determinarla a celebrar o ejecutar un acto jurídico.

La fuerza, atendiendo a la naturaleza de la presión, es de dos clases: física y moral.

Fuerza o violencia *física*, llamada también material o absoluta, es aquélla en que la presión se traduce en actos materiales ejercitados contra la persona a la que se quiere obligar a celebrar o ejecutar un acto jurídico: golpes, tortura, etc.

Fuerza o violencia *moral*, llamada también psíquica o compulsiva, es aquélla en que la presión consiste en amenazas a la persona a la cual se pretende arrancar una declaración de voluntad de que ella misma o alguno de sus seres queridos sufrirá un mal grave, relacionado con su vida, integridad física, honor o patrimonio.

El estudio de la fuerza como vicio de la voluntad se restringe a la fuerza moral, pues, como se explicará, en la fuerza física simplemente no hay voluntad, sólo hay una apariencia de tal.

Para que la fuerza vicie el consentimiento debe ser: 1) injusta o ilegítima; 2) grave, y 3) determinante.

1) La fuerza es *injusta* si no la justifica ningún derecho subjetivo del que la ejerce.

Así el acreedor puede amenazar legítimamente al deudor moroso con demandarlo judicialmente o pedir su declaración de quiebra si no paga la deuda de inmediato. Tal pago, si se efectúa, es un acto jurídico plenamente válido, porque exigir el pago de la deuda es un hecho a que faculta el crédito.

2) La fuerza para que vicie el consentimiento debe ser *grave*, y 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 inc. 1°).

De acuerdo con la disposición transcrita, la violencia o, mejor dicho, el temor que ella infunde, es un concepto relativo. La intensidad del miedo es diversa en el hombre que en la mujer; en el niño que en el adulto; en el culto que en el ignorante. El nacimiento del temor y su intensidad dependen de la persona amenazada y de la que amenaza. Como la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, se desprende que la amenaza debe ser verosímil, es decir, que ofrezca posibilidades de realizarse.

La fuerza es grave no sólo cuando infunde temor a una persona de verse ella misma expuesta a un mal, sino también otras personas vinculadas afectivamente. Se mira como una fuerza de este género (*grave*) -dice el art. 1456- todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El mal irreparable y grave puede referirse a la vida, integridad física, honor o patrimonio de las personas.

Se ha preguntado si un sujeto que ha celebrado un contrato podría alegar que lo hizo presionado por la amenaza de un tercero o del otro contratante de que si no accedía se inferiría un mal irreparable y grave a otra persona que no es ninguna de las expresamente enumeradas por el Código, pero que le es muy querida (novia, hijo adoptivo, mujer que hizo las veces de madre del declarante, etc.). La doctrina responde que sí. Argumenta que tratándose de las personas mencionadas en forma textual por el Código, hay una presunción legal de que el mal que se haría a éstas si no se contrataba, infundió un justo temor al sujeto; pero que, respecto de otras personas que las señaladas en el Código, la presunción legal no existe, lo cual no obsta para que el contratante pruebe que la amenaza de perjudicar a esas otras personas le produjo el justo temor de que habla la disposición del Código Civil.

Algunos agregan como otro requisito para que la fuerza vicie el consentimiento el hecho de que sea *actual*. Pero esta condición se supone y va implícita en el requisito de la gravedad y de ser determinante.

Que la fuerza sea *actual* significa que debe ser presente a la expresión del consentimiento, aunque el mal haya de realizarse en el futuro.

3) Para que la fuerza vicie el consentimiento debe ser *determinante*, o sea, como dice el C. Civil, que la fuerza se haya empleado “con el objeto de obtener el consentimiento” (art. 1457, parte final); éste debe ser necesariamente el efecto de aquélla.

Indiferencia de la persona que ejerce la fuerza

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiario con ella; basta que se haya empleado por cualquier persona con el fin de obtener el consentimiento (art. 1457).

En cambio, tratándose del dolo para que vicie el consentimiento es menester que sea obra de una de las partes del acto jurídico.

Dos razones explican esta diferencia:

- a) Es mucho más difícil defenderse contra la violencia que contra el dolo; la víctima de la fuerza no puede substraerse a ella, mientras que la víctima del dolo podría con más prudencia y perspicacia descubrir las maniobras dolosas, y
- b) La ley estima que de ordinario el que quiere presionar a otro para celebrar un contrato, se vale de un tercero.

Prueba de la fuerza

La prueba de la fuerza incumbe al que la alega. Puede hacerse por todos los medios que franquea la ley, incluso testigos, ya que se trata de probar un simple hecho.

Efectos de la fuerza

La fuerza moral produce nulidad relativa del acto jurídico celebrado bajo su influencia (art. 1682 inciso final).

Pero respecto de la fuerza física hay nulidad absoluta. Lisa y llanamente no hay voluntad alguna del compelido. El ejemplo clásico al respecto es el del sujeto que toma la mano de otro que, en vano intenta resistir a la coacción, y lo hace firmar una declaración contraria a sus intereses. El acto en que aparece tal declaración y que consta en el documento así firmado sería, a juicio del profesor Arturo Alessandri, nulo de nulidad absoluta por falta de voluntad, y no nulo relativamente por el vicio de fuerza. Los que sostienen la inexistencia éste sería un caso.

Prescripción de la acción de nulidad

La acción de nulidad de un acto jurídico viciado por la fuerza prescribe en cuatro años, contados desde el día en que la violencia hubiere cesado (art. 1691 inc. 2°).

Temor reverencial

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento (art. 1456 inc. 2°).

Nótese que se habla del *solo* temor de desagradar a la persona superior, por lo que si ésta agrega al respeto que inspira una violencia injusta, grave y determinante contra el sometido para determinararlo a hacer una declaración de voluntad, es claro que ésta se halla viciada.

La Lesión

Lesión es el perjuicio que, al contratar, sufre una de las partes a causa de proporcionar a la otra ventajas ostensiblemente mayores que las que esta última le proporciona a ella.

En algunas legislaciones no basta la existencia del citado perjuicio material para que el desfavorecido pueda demandar los remedios indicados, sino que es preciso además que la lesión haya sido determinada por la

explotación de la penuria del contratante lesionado, de su ligereza o de su inexperiencia (C. Civil alemán, art. 138; C. Suizo de las Obligaciones, art. 21).

Estas legislaciones exigen para reclamar de la lesión, un criterio objetivo y otro subjetivo, constituido esto último por la explotación que se hace de la parte perjudicada.

En otras legislaciones basta el criterio objetivo de la desproporción de las ventajas señaladas para que la parte perjudicada pueda demandar la rescisión del contrato o una prestación que en cierta medida equilibre las ventajas de ambos contratantes.

La enmienda de la lesión se funda en la equidad y en la moral.

Si se aborda la lesión con un criterio estrictamente subjetivo ésta es un vicio del consentimiento.

Se dice que en Chile la lesión no sería vicio del consentimiento pues en nuestro Derecho en los casos en que se acepta la lesión se atiende a un criterio objetivo, ya que para sancionarlo basta con demostrar la desproporción de las prestaciones señaladas en la ley. Además, el art. 1451 no menciona entre los vicios del consentimiento a la lesión, pese a que el proyecyo de 1853 la incluía expresamente como uno de ellos.

Ambito en que opera la lesión

Las legislaciones extranjeras mencionadas anteriormente consagran una regla general para todos los contratos que supongan una prestación y una contraprestación; en todos ellos puede reclamarse de la lesión sufrida. No ocurre lo mismo en nuestro derecho, conforme al cual la lesión no constituye una causal genérica de rescisión de los contratos onerosos conmutativos, que evidencien una desproporción o falta de equivalencia entre las prestaciones recíprocas de las partes. El Código Civil se limita a describir ciertos casos en los cuales existe un daño patrimonial que considera excesivo.

Casos en que la lesión vicia el acto

La lesión vicia el acto, dentro de nuestro Derecho sólo en casos especiales y determinados. Estos casos son los siguientes:

1) *Compraventa*. “El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que se vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato” (art. 1889).

Así, por ejemplo, si A vende a B su casa en \$100.000, en circunstancias de que el justo precio de la casa al tiempo del contrato era \$40.000, B sufre lesión enorme.

No hay lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia (art. 1891), ni en las compraventas y permutas de una concesión minera o de una cuota o una parte material de ella (Código de Minería, art. 170).

“El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte, y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte” (art. 1890 inciso 1°).

2) *Permuta*. Se aplican las mismas reglas de la compraventa. “Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se opongan a la naturaleza de ese contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio” (art. 1900).

3) *Aceptación de una asignación hereditaria*. Según el art. 1234, la aceptación puede rescindirse en el caso de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticias al tiempo de

aceptarla. Se entiende por lesión grave, dice el último inciso del precepto, la que disminuye el valor total de la asignación en más de la mitad.

La ley se refiere al heredero que al aceptar la herencia creía que ésta tenía un determinado valor (por ejemplo, \$ 100.000), ignorando, al tiempo de aceptarla, que existían disposiciones testamentarias del causante, en virtud de las cuales el valor de la herencia disminuye en más de la mitad (por ejemplo, el causante, en un testamento del cual el aceptante no tenía conocimiento, instituye legados por valor de \$ 80.000, con lo cual la asignación del heredero se vería reducida a \$ 20.000).

En caso de lesión grave, el heredero podrá solicitar la rescisión de la aceptación, declarada la cual la aceptación quedará sin efecto.

4) *Partición de bienes.* “Las particiones, se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota” (art. 1348).

5) *Mutuo.* “El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente” (art. 2206). Ver art. 8 de la Ley N° 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero.

6) *La anticresis.* La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos. La cosa raíz puede pertenecer al deudor, o a un tercero que consienta en la anticresis (arts. 2435 y 2436).

Para el contrato de anticresis se establece una lesión análoga a la del mutuo: los intereses que estipularen las partes están sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso del mutuo (art. 2443).

7) *Cláusula penal enorme.* “Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de

una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él” (art. 1544).

Sanción de la lesión

En nuestro Derecho, al igual que en el francés, la sanción de la lesión no es siempre la misma. A veces, puede consistir en la rescisión o nulidad relativa del acto, de la cual, al ganancioso le es posible escapar en ciertos casos, completando la prestación deficiente en los términos señalados por la ley, como sucede en la compraventa (art. 1890). En otras ocasiones la sanción de la lesión es la reducción de la estipulación lesiva a términos razonables, como ocurre en el mutuo o en la cláusula penal enorme.

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

Resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente

En Derecho Internacional Público existe la llamada *cláusula rebus sic stantibus* que se reputa sobreentendida en los tratados permanentes, y según la cual una convención sólo sigue en vigencia mientras el estado de cosas existentes en el momento en que se concertó no sufra modificaciones esenciales. En algunos países se extiende al derecho privado esta cláusula, cuando por acontecimientos *posteriores* a la celebración del acto por las partes, una de ellas queda en situación sumamente desmedrada frente a la otra. El Código Civil italiano de 1942 consagró expresamente el instituto en la llamada resolución del contrato por *excesiva onerosidad sobreviniente*, es decir, *posterior* a la celebración de éste, porque si la desproporción es originaria, presente al momento de celebrarse el contrato, procede la rescisión por lesión. Supóngase que un comerciante se compromete a entregar una mercadería por veinte millones de pesos. Estalla una guerra y esa mercadería, como costo, sube a treinta millones de pesos; sería inequitativo obligarlo a cumplir el trato, ya que los acontecimientos eran imprevisibles y no imputables a su culpa. Para que se admita la resolución por excesiva onerosidad se requiere: a) que se trate de contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida, b) que la onerosidad sobreviniente sea excesiva; c) que sea ella el producto de contingencias imprevisibles y no de

hechos normales en algunos contratos, como los aleatorios. Cumpliéndose todas estas condiciones, la parte gravada puede pedir la resolución del contrato, con efecto retroactivo, aunque limitados a las relaciones entre los contratantes (C. Civil italiano, arts. 1467 a 1469).

En Francia, la *teoría* se llama *de la imprevisión*. Es aceptada en el Derecho Administrativo; pero repudiada por la jurisprudencia en el Derecho Privado, dentro del cual se invoca la disposición correspondiente a nuestra norma que declara que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (C. Civil francés, art. 1134; C. Civil chileno, art. 1545).

Según A. Vodanovic esta disposición -art. 1545- considera los casos normales y no los imprevisibles y extraordinarios. Una interpretación progresiva y justa debe reconocer que la excesiva onerosidad sobreviniente por causa imprevisible es una laguna de la ley que debe ser llenada por los tribunales aplicando la equidad (C. de Procedimiento Civil, art. 170 N° 5); lo contrario es llevar el tenor literal de la ley al fetichismo, no obstante que el mismo ordenamiento jurídico ofrece una vía para evitarlo y hacer verdadera justicia.

La Capacidad

La capacidad se define como la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos. De aquí se deduce que la capacidad es de dos clases: de goce o capacidad jurídica y de ejercicio o de obrar.

Capacidad de goce, adquisitiva o jurídica es la idoneidad o aptitud para adquirir, gozar y ser titular de un derecho.

Capacidad de ejercicio o de obrar, que nuestro Código llama capacidad legal, es el poder de una persona de obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra (art. 1445 inc. final). También se la define como la aptitud de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Las personas que no pueden gozar de un derecho, son las llamadas incapaces de goce; las que no pueden ejercerlo, incapaces de ejercicio.

Capacidad de goce

En principio la capacidad de gozar y adquirir derechos pertenece a todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estado, condición o nacionalidad. Todas las personas tienen el goce de los derechos civiles. Desaparecida del mundo civilizado la esclavitud nadie carece de la capacidad de goce en general.

Lo anterior es sin perjuicio de que una persona pueda estar privada de un derecho especial y determinado. Así por ejemplo hay algunas incapacidades para suceder, para adquirir derechos hereditarios (arts. 963 a 965).

La capacidad de goce puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, porque el titular de un derecho puede ser, según los casos, capaz o incapaz de hacerlo valer por sí mismo. En otros términos, hay personas que aunque poseen el goce de derechos civiles, no tienen su ejercicio. Son las que propiamente hablando, se llaman *incapaces*.

Capacidad de ejercicio

La capacidad de ejercicio o de obrar, que faculta para que la persona celebre por sí sola actos jurídicos, ejercite sus derechos, es la regla general. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces (art. 1446). Esta regla, formulada en nuestro Código como en el francés, en forma incidental, a propósito de las obligaciones y los contratos, es general y se aplica a todos los actos jurídicos.

Las incapacidades sólo existen cuando así lo declara expresamente la ley. De ahí que no sea necesario estudiar quiénes son capaces, porque la capacidad es la regla, sino quiénes son incapaces.

Clases de incapacidad de ejercicio: absoluta y relativa

La incapacidad de ejercicio puede ser absoluta o relativa. La primera no permite ejecutar ningún acto jurídico. El incapaz absoluto está impedido de ejercitar el derecho bajo cualquier respecto o circunstancia. En cambio, la incapacidad relativa permite la celebración de actos jurídicos; el relativamente incapaz puede ejercitar su derecho bajo determinado respetos y en ciertas circunstancias.

Personas absolutamente incapaces. Nulidad absoluta de sus actos.

Son absolutamente incapaces:

- 1) Los dementes.
- 2) Los impúberes.
- 3) Los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente (ley 19.904, de 3.10.2003).

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución (art. 1447 incisos 1° y 2°).

La incapacidad de los dementes e impúberes obedece a causas físicas; la ley se limita sólo a verificarla y a determinar su extensión; la incapacidad del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente radica en su falta de medios para expresar cabalmente la voluntad que lo anima.

Los dementes son incapaces aunque no estén bajo interdicción, es decir privados por resolución judicial de ejercitar sus derechos, basta que una persona tenga perturbadas sus facultades mentales para que sea absolutamente incapaz.

De acuerdo con el C. Civil, los actos y contratos de los absolutamente incapaces adolecen de nulidad absoluta (art. 1682); pero en estricto derecho, tales actos son jurídicamente inexistentes, por falta de voluntad, que es uno de los requisitos de existencia de todo acto jurídico.

Personas relativamente incapaces

Son relativamente incapaces:

- 1) Los menores adultos, y
- 2) Los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo (art. 1447, inc. 3°).

- 1) Los menores adultos.

La expresión “menores adultos” comprende al varón mayor de catorce años y a la mujer mayor de doce que no han cumplido los 18 años. Los actos de estas personas son válidos en ciertas circunstancias y cuando han sido ejecutados con los requisitos que la ley exige; en otros términos, los actos de los menores adultos tienen valor y producen efectos cuando han sido ejecutados con la autorización de su representante legal, o bien, cuando se refieren al peculio profesional o industrial, dentro de los cuales los menores adultos gozan de amplias facultades.

- 2) Los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo.

Si el disipador no ha sido puesto bajo interdicción (prohibición), es plenamente capaz.

Para el Código Civil, según se desprende del art. 445, pródigo o disipador es el sujeto que efectúa repetidos hechos de dilapidación, demostrativos de una falta total de prudencia en el empleo de sus bienes patrimoniales: juego habitual en que se arriesgan sumas considerables de dinero, gasto ruinoso, donaciones cuantiosas sin causa adecuada.

Otra definición dice que pródigo o disipador es el sujeto que gasta habitualmente en forma desproporcionada a sus haberes y sin finalidad lógica alguna.

Para que el disipador se considere incapaz es necesario que sea declarado en interdicción por decreto judicial; si no lo es, no pierde su capacidad.

Decretada la interdicción, se da al disipador un curador para que le administre sus bienes y le sirva en esta administración de representante legal.

Valor de los actos de los relativamente incapaces

La ley determina las formalidades a que deben sujetarse estas personas en la celebración de los actos jurídicos. Todas estas formalidades, que se llaman *habilitantes*, son exigidas en consideración al estado o calidad de las personas; de manera que si en el acto se observan las formalidades, él es plenamente válido. Pero si se omiten, es nulo de nulidad relativa, porque de conformidad con el C. Civil, produce nulidad relativa la omisión de los requisitos que la ley exige en consideración al estado o calidad de las personas (art. 1682).

Cómo debe actuar el incapaz

El incapaz debe actuar en la vida jurídica representado o autorizado por su representante legal.

En el primer caso el representante legal ejecuta al acto en nombre y lugar del incapaz; en el segundo es el incapaz mismo el que obra, pero con la anuencia del representante, manifestada en la forma prescrita por la ley.

Los incapaces absolutos, por la naturaleza misma de su inhabilidad, sólo pueden actuar representados.

Los incapaces relativos pueden actuar en una u otra forma, según lo disponga la ley.

Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador (art. 43).

Incapacidades particulares

Además de las incapacidades absoluta y relativa hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (art. 1447 inc. final).

Varias disposiciones del Código Civil prohíben, por razones de moralidad u otras de orden público o de orden privado, la ejecución de ciertos actos a determinadas personas. Así, el tutor o curador no puede comprar los bienes raíces del pupilo, o tomarlos en arriendo (art. 412 inc. 2°); los cónyuges no separados judicialmente no pueden celebrar el contrato de compraventa entre ellos, como tampoco pueden celebrarlo el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad (art. 1796). Así también se prohíbe al empleado público comprar los bienes públicos o particulares que se venda por su ministerio; y a los jueces, abogados, procuradores o escribanos, los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio; aunque la venta se haga en pública subasta (art. 1798).

Como se puede observar, en todos estos casos la incapacidad se reduce a ciertos actos por las circunstancias en que se encuentran las partes entre sí o respecto al objeto de que se trata. No ocurre lo mismo con la incapacidad absoluta y la relativa que son generales, es decir, inhabilitan para realizar la generalidad o serie indeterminada de actos respecto a los cuales la incapacidad juega.

La palabra prohibición de que se vale el Código para referirse a las incapacidades particulares no está empleada en el sentido de ley prohibitiva, sino de *impedimento* para que una persona realice un acto que, generalmente, lo puede realizar cualquiera que tenga capacidad general. Las incapacidades particulares pueden traer sanciones diversas, según que el caso concreto esté envuelto en una ley prohibitiva o de otra especie:

- 1) Hay nulidad absoluta cuando la incapacidad particular se traduce en la prohibición absoluta de celebrar el acto a que la incapacidad se refiere: compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente o entre padre e hijo de familia.
- 2) Hay nulidad relativa cuando la incapacidad particular se traduce, no en la prohibición absoluta de ejecutar el acto, sino en el impedimento que tiene la persona de ejecutarlo por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra: actos celebrados entre curador y pupilo sin

autorización de los otros curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio (art. 412 inc. 1°).

3) Otras sanciones diversas. Así, por ejemplo, no hay nulidad sino otra sanción en el caso del que no habiendo cumplido dieciocho años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo; la sanción consiste en que puede ser desheredado no sólo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes, y si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto (art. 114).

El Objeto

Nuestro Código Civil dice 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” (art. 1460).

El objeto del acto jurídico es la prestación, es decir, la cosa que debe darse o el hecho que debe ejecutarse o no ejecutarse.

Para determinar los requisitos que debe reunir el objeto es preciso distinguir entre la prestación que recae sobre una cosa y la que recae sobre un hecho.

Requisitos que debe reunir el objeto que recae sobre una cosa material o inmaterial

El objeto que recae sobre una cosa material o inmaterial debe ser 1) real, 2) comerciable y 3) determinado.

1) El objeto es *real* cuando la cosa existe actualmente o se espera que exista en el futuro. Dice el Código Civil “que no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan” (art. 1461).

Si la cosa no existe al tiempo de la celebración del acto que versa sobre ella, el acto carece de objeto. Por eso el Código dispone que “la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno” (art. 1814).

Si la cosa no existe al tiempo de celebrarse el acto pero se espera que exista, el acto jurídico vale, pero es preciso distinguir, tratándose del contrato de compraventa, según se venda la suerte o la cosa futura misma. En el segundo caso, esto es, cuando se vende una cosa que no existe, pero se espera que exista, el contrato es condicional, y se reputa celebrado bajo la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. Si, por ejemplo, un agricultor vende a un industrial el trigo que coseche en sus campos a tanto el quintal, celebra un contrato condicional, sujeto a la condición de que coseche el trigo, de manera que si nada cosecha, la venta se reputa como no efectuada, por haber fallado la condición.

Pero si lo que se vende no es una cosa futura sino la *suerte* o la contingencia de que una cosa llegue a existir, el contrato es puro y simple (art. 1813). Se trata de un contrato aleatorio, que se define como aquel en que la prestación de una de las dos parte depende de un hecho incierto, que hace imposible la valuación de ésta mientras no se realice. El ejemplo clásico es el de la persona que se compromete a pagar a un pescador determinada suma de dinero por todos los peces que queden atrapados en la red; sólo cuando ésta sea alzada podrá ser valuada la prestación del pescador: si son numerosos los peces logrados, puede que la suma de dinero pactada sea inferior a la que correspondería; pero si los peces enredados son escasos, la suma será bastante mayor que la que tocaría pagar si se hubiera sabido antes el número de peces objeto del contrato.

Determinar si el contrato es condicional o aleatorio constituye una cuestión de hecho que incumbe establecer a los jueces del fondo.

2) Una cosa, material o inmaterial, para ser objeto idóneo de un acto jurídico no sólo debe ser real, sino también estar en el comercio, ser *comerciable* (art. 1461).

Por cosa comerciable se entiende aquella que es susceptible de propiedad o posesión privada.

La mayoría de las cosas son comerciables; por excepción no lo son algunas, en razón de su naturaleza misma (como las comunes a todos los hombres: la alta mar, el aire), de su destinación (como los bienes nacionales de uso público) o por consideraciones de orden público o de otra índole que el legislador señala.

3) Por último la cosa sobre que versa el objeto debe ser *determinada*, a lo menos, en cuanto a su género (art. 1461 inc. 1° parte final).

La cosa puede determinarse en especie o en género.

La determinación es específica cuando se individualiza determinadamente un individuo de un género también determinado. Por ejemplo, el automóvil marca ..., motor N° ...

La determinación es genérica cuando se indica indeterminadamente un individuo de un género determinado. Por ejemplo, un automóvil, dos caballos.

Basta que la determinación se dé en cuanto al género, pero a un género limitado. Porque si se diera cabida a un género ilimitado, no habría una declaración seria de voluntad. Si, verbigracia, se reconoce deber un animal sin mayor especificación, no se sabría si el objeto del reconocimiento es una vaca, un huemul o un cóndor.

La determinación genérica debe ir acompañada de una cantidad; lo contrario también significaría la inexistencia de una declaración seria de voluntad. Pero la cantidad puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla (art. 1461 inc. 2°). Ejemplo, se vende todo el trigo que produzca el fundo del vendedor o el maíz almacenado en una determinada bodega.

Cuando la cantidad es determinable, es decir, susceptible de una determinación posterior al acto, los elementos o factores que sirvan para

esta determinación deben encontrarse en el mismo acto o contrato, según lo establece la letra del artículo recién citado.

Si el objeto no está determinado en la forma exigida por la ley, no hay objeto ni obligación.

¿Qué sucede si en una obligación de género no se determina la calidad de cualquier individuo que el deudor puede entregar? El Código responde que “en las obligaciones de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana” (art. 1509).

Requisitos del objeto que recae sobre un hecho

La prestación que debe cumplir el deudor puede consistir en la ejecución de un hecho o, por el contrario, en la no ejecución de un hecho. En uno y otro caso el objeto de la obligación (la prestación) y por ende del acto, consiste en un hecho: positivo en uno, negativo en otro. Pero de cualquier clase que sea, el hecho para poder ser objeto de una obligación debe reunir ciertos requisitos: ha de ser determinado y física y moralmente posible.

1) El hecho debe ser *determinado*, porque de lo contrario no habría declaración seria de voluntad. La persona que se obliga tiene que saber qué hecho debe ejecutar o de qué debe abstenerse. Del mismo modo, el acreedor debe saber qué es lo que puede exigir al deudor.

2) El hecho debe ser *físicamente posible*. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza (art. 1461 inc. 3°). Para estimar que hay imposibilidad física, ella debe ser *absoluta*, es decir, el hecho a que se refiere debe ser irrealizable por todos, por cualquier persona. Si la imposibilidad es sólo *relativa*, o sea, si el hecho es sólo irrealizable para algunos y específicamente para el deudor, no hay imposibilidad física y el objeto existe. Y así el que se obligó a pintar un cuadro y no sabe pintar, su obligación es válida. Cuando al deudor le es imposible llevar a cabo la prestación a que se obligó, debe indemnizar los perjuicios resultantes. Pero no ocurre lo mismo si el hecho es absolutamente imposible, pues en tal caso

no hay obligación alguna, ya que, como sostiene el adagio “a lo imposible nadie está obligado”: *Impossibilium nulla obligatio*.

La imposibilidad es un concepto variable, lo que es imposible hoy, puede ser perfectamente posible mañana; lo que no es posible en un lugar, puede ser posible en otro. Así los viajes a la Luna, pura ficción ayer y hoy realidad plena; hay algunos cultivos agrícolas no factibles en ciertos países por razones climáticas y que prosperan sin dificultad en otros.

3) El objeto debe ser *moralmente posible*. Es moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (art. 1461 parte final).

Objeto lícito

El acto jurídico, para ser válido, supone que el objeto, entre otros requisitos, sea lícito (art. 1445 N° 3). Lo normal es que el objeto sea lícito. La mayoría de los autores entiende por objeto ilícito el contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Para formular este aserto adoptan los términos con que el Código define la causa ilícita; en efecto, dice él que se entiende por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1467 inc. 2°). Los autores que dan la citada definición de objeto ilícito, en la práctica, lo identifican con el objeto moralmente imposible.

No tiene gran trascendencia que las definiciones doctrinarias de objeto ilícito sean más o menos imperfectas porque los casos de ilicitud del objeto se encuentran señalados por la ley. Y a ellos es necesario atenerse, por lo que poco importa que estos casos no respondan siempre a la noción que la doctrina cree correcta o a una idea general y única.

Casos de objeto ilícito contemplados en el Código Civil

1. Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno.

Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto (art. 1462).

2. 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 (art. 1463 inc. 1°).

La prohibición es más extensa que la que resulta de los términos del precepto, que sólo menciona los contratos, pues las asignaciones hereditarias no pueden aceptarse o repudiarse sino una vez muerta la persona (arts. 956 y 1226), de manera que si en un testamento se deja una asignación a una persona, ésta no puede aceptarla en vida del declarante. Tal aceptación sería nula por objeto ilícito.

En consecuencia la prohibición comprende los actos uni y bilaterales.

La ley habla de donación o contrato, pero la donación es un contrato, ya que para su formación exige la aceptación del donatario (art. 1386). ¿Qué ha querido decir entonces el Código? Parece indudable que ha querido significar que el derecho de suceder a una persona viva no puede ser objeto de convención alguna, a título gratuito o a título oneroso.

En síntesis, el art. 1463 se refiere a los actos a título gratuito y a los actos a título oneroso, y la prohibición dentro del contexto de la ley, abarca los actos unilaterales y los bilaterales. Es de recalcar que la disposición mencionada se refiere en especial a estos últimos, llamados en la doctrina *pactos sobre sucesión futura*.

Pactos sobre sucesión futura son las convenciones que tienen por objeto el derecho de suceder por causa de muerte, a título de heredero o de legatario, a una persona viva, sea ésta una de las partes o un tercero.

Así, Primus no podría celebrar con Secundus un contrato en virtud del cual le prometiera transferir su casa a cambio de que él le prometiera ceder los derechos que le corresponderán en la sucesión de su padre cuando muera. Y este pacto no valdría aunque contara con la anuencia del último de los nombrados.

Hay una excepción a la norma que prohíbe los pactos sobre sucesión futura relativa a la promesa hecha en vida por el difunto de no donar o

asignar por testamento cierta porción de la herencia (art. 1204: pacto de no disponer de la cuarta de mejoras).

3. Enajenaciones en las que hay objeto ilícito.

El art. 1464 dice: “Hay un objeto ilícito en la enajenación:

- 1° De las cosas que no están en el comercio;
- 2° De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;
- 3° De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;
- 4° De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio”.

La palabra *enajenación* tiene un sentido estricto y un sentido amplio.

Enajenación, en sentido estricto, es el acto por el cual una persona transfiere su derecho a otra. La enajenación en sentido amplio es el acto por el cual una persona transfiere su derecho a otra o constituye un derecho real, por ej. un usufructo o una hipoteca.

Según algunos, la palabra enajenación, en el art. 1464, está tomada en su sentido restringido; a juicio de otros, en su sentido amplio. Este último punto de vista es el mayoritario y se ha impuesto en la jurisprudencia.

¿Pueden *venderse* las cosas cuya enajenación constituye objeto ilícito? Algunos sostienen que sí pues la compraventa no es enajenación, el solo contrato de compraventa no transfiere el dominio de la cosa vendida ya que se requiere la dualidad título-modo; otros responden negativamente, porque aun cuando en nuestra legislación positiva la compraventa no constituye enajenación, hay un precepto según el cual “pueden venderse todas las cosas corporales o incorporarles, *cuya enajenación no esté prohibida por ley*” (art. 1810).

De acuerdo con otra interpretación, pueden venderse las cosas si la enajenación de ellas deja de ser objeto ilícito por autorizar su enajenación el juez o prestar su consentimiento el acreedor, ya que un acto se estima

prohibido por la ley cuando no se puede realizar en forma alguna, en ninguna circunstancia, ni bajo respecto alguno, y estos caracteres se dan sólo en las normas que establecen que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio y de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona (art. 1464 N°s 1 y 2). En estos casos hay una ley prohibitiva porque ella no permite, según se deduce de sus propios términos, enajenar en forma alguna esas cosas o derechos. Pero no habría una ley prohibitiva en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial ya que el juez puede autorizar su enajenación o el acreedor consentirla, como tampoco habría ley prohibitiva en la enajenación de especies cuya propiedad se litiga, puesto que pueden enajenarse si lo permite el juez que conoce el litigio (art. 1464 N°s 3 y 4).

Agregan los partidarios de esta tesis que no se divisa la razón para prohibir la venta de las cosas embargadas o litigiosas, desde que el impedimento para ser transferidas puede cesar una vez que se alce la prohibición de enajenar. Las partes podrían, por diversas razones, querer celebrar el contrato desde luego, a sabiendas que la tradición sólo se podrá efectuar una vez que se cumplan los requisitos necesarios para que desaparezca el impedimento legal que se opone a la transferencia inmediata.

Sintetizando esta opinión, habría objeto ilícito en la venta de las cosas inenajenables y de los derechos personalísimos; pero no lo habría en la venta de las cosas embargadas o litigiosas.

En cambio según el parecer contrario habría objeto ilícito en todos los casos.

Esta última interpretación es la mayoritaria en la jurisprudencia.

Enajenación de las cosas que están fuera del comercio.

Hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas que están fuera del comercio (art. 1464 N° 1).

Están fuera del comercio las cosas no susceptibles de propiedad o posesión privada. En esta condición se encuentran algunas cosas en razón

de su propia naturaleza, como las comunes a todas los hombres (aire, alta mar), y otras a causa de su destino, como las calles, plazas, puentes, mar territorial y sus playas.

Enajenación de los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona (art. 1464 N° 2).

Ejemplo típico es el derecho real de uso y de habitación (art. 819), el derecho de alimentos (art. 334), etc.

Enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial.

Hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (art. 1463 N° 3).

En nuestra legislación, aunque la palabra *embargo* no está definida, de diversas disposiciones legales se desprende que el derecho positivo chileno considera el embargo como una institución propia del juicio ejecutivo y, desde este punto de vista podría definirse como la aprehensión compulsiva, hecha por mandamiento del juez que conoce de la ejecución, de uno o más bienes determinados del deudor y la entrega de ellos a un depositario, que debe mantenerlos a disposición del tribunal, todo con el fin de asegurar el pago de la deuda.

Pero la doctrina uniformemente ha estimado que en la disposición citada la palabra embargo está tomada en una acepción mucho más amplia, comprensiva del embargo propiamente tal y otras instituciones que persiguen el mismo fin de asegurar el resultado de un juicio: medidas precautorias de prohibición de enajenar y gravar bienes, de secuestro, retención y, en el sentir de la mayoría de los autores, la prohibición judicial de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados.

Todas estas medidas “paralizan la libertad de disposición del propietario o poseedor y retiran momentáneamente de la circulación las cosas a que aluden”; tienden a evitar, en mayor o menor grado, que el acreedor se vea burlado en sus derechos.

En relación a la *prohibición judicial de celebrar actos y contratos* respecto de determinados bienes, el Código de Procedimiento Civil preceptúa que “la prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio...” (art. 296).

En cuanto a las cosas embargadas por decreto judicial, si el embargo recae sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no produce efecto alguno legal respecto de *terceros* sino desde la fecha en que se inscriben en el respectivo registro conservatorio en donde estén situados los inmuebles (C. de Procedimiento Civil, art. 453). Si la medida recae sobre cosas muebles sólo afecta a los terceros desde que toman conocimientos del embargo o la prohibición.

Tratándose de *las partes*, el embargo y la prohibición de celebrar actos o contratos, ya se refieran a muebles o inmuebles, producen sus efectos desde que llegan a noticias del afectado por la notificación de la resolución hecha con arreglo a la ley. Desde ese momento el litigante sobre quien pesa el embargo o la prohibición no puede alegar que ignora la medida que le veda disponer libremente del bien sujeto a ella.

En las *enajenaciones forzadas* de las cosas embargadas no hay objeto ilícito; es válida la enajenación forzada que se realice en otro juicio. Así fluye del art. 528 del C. de Procedimiento Civil, de cuyo contexto se desprende que puede haber dos o más ejecuciones y la enajenación que se haga en cualquiera de ellas es válida. El acreedor que hubiere embargado primero el mismo bien no sufre perjuicio alguno, pues la ley le permite hacer valer sus derechos de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado art. 528 y, en general, mediante el procedimiento de las tercerías.

Como se señaló se acepta considerar incluidos entre los bienes embargados por decreto judicial los bienes sobre los cuales pesa una *prohibición judicial de enajenar*. Pero, cabe preguntarse, las *prohibiciones voluntarias de enajenar*, o sea las que convienen las partes en un contrato o las que una persona se impone voluntariamente para con otra, si se contrarían, ¿adolece de objeto ilícito la enajenación? Partiendo de la base

que la cláusula de no enajenar es sólo por cierto tiempo, determinado por un plazo o una condición, fuerza es concluir que la violación de dicha cláusula no tiene objeto ilícito ni acarrea la nulidad del acto jurídico. Porque si bien en el concepto de embargo se incluyen otras medidas que paralizan momentáneamente la circulación de los bienes a que se refieren, también es verdad que esas medidas deben ser impuestas por *decreto judicial*, como claramente lo dice la letra del N° 3 del art. 1464. La violación de dicha cláusula trae la sanción resultante de la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual, pues se trata de incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Pero hay casos en que la situación es otra. Las leyes orgánicas de algunas instituciones (por ej. Serviu) establecen que es prohibido enajenar los bienes raíces que en ellas tengan operaciones pendientes, mientras éstas no hayan sido liquidadas. Aquí la prohibición es *legal*, y en el contrato respectivo sólo se incorpora el mandato de la ley con el fin de facilitar la inscripción correspondiente. Estas prohibiciones no pueden ser violadas sin incurrir en nulidad por ilicitud del objeto.

Se parte de la base que la cláusula de no enajenar voluntaria es por cierto tiempo, porque la absoluta, o sea la por tiempo indefinido, es siempre nula absolutamente.

Por último la ley misma señala los medios de enajenar válidamente las cosas embargadas: la autorización del juez o el consentimiento del acreedor.

El juez que debe dar la autorización es el mismo que decretó la prohibición o embargo, ya que es él quien, por los antecedentes del juicio, puede medir exactamente las proyecciones de la enajenación con relación a las seguridades con que debe contar el acreedor para la satisfacción de su crédito. De aquí resulta que si una cosa ha sido embargada o prohibida su enajenación por varios jueces, la autorización deben darla todos; de lo contrario subsiste el objeto ilícito en la enajenación. El juez debe dar la autorización con conocimiento de causa, o sea, tomando en consideración los antecedentes que motivaron dicha prohibición. Si se piensa que el embargo se encuentra establecido en beneficio exclusivo del acreedor, lógico es que su consentimiento libere a la enajenación del objeto ilícito. Si

son varios los acreedores, todos deben consentir en la enajenación. Como la ley no distingue, el consentimiento puede manifestarse expresa o tácitamente. Habría esta última forma de consentimiento, por ejemplo, si el comprador es el propio acreedor embargante, o si el acreedor que tiene embargo pendiente toma conocimiento del remate a efectuarse en otro juicio ejecutivo y no aduce oposición.

La autorización del juez o el consentimiento del acreedor deben ser previos a la enajenación, porque así se infiere de la letra misma de la ley, y porque si así no fuera, la autorización o el consentimiento posterior a la enajenación no validaría el acto, pues la sanción del objeto ilícito es la nulidad absoluta, la cual no admite ratificación o confirmación ulterior como medio de sanear el acto.

Enajenación de las especies cuya propiedad se litiga.

Hay objeto ilícito en la enajenación de las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio (art. 1464 N° 4).

Cosas o especies litigiosas son los muebles o inmuebles sobre cuyo dominio discuten en un juicio el demandante y el demandado.

Conforme al Código de Procedimiento Civil, para que las especies sobre cuya propiedad se litiga se entiendan prohibidas de enajenar, es necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ella. Cuando la prohibición recae sobre bienes raíces debe inscribirse en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no produce efecto respecto de terceros. Cuando verse sobre cosas muebles, sólo produce efecto respecto de los terceros que tuvieron conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado es en todo caso responsable de fraude, si procedió a sabiendas (arts. 296 y 297).

Siendo necesario que el juez decrete prohibición de enajenar para que las cosas litigiosas se consideren comprendidas en el N° 4 del art. 1464 del C. Civil y considerando el alcance que a la locución cosas embargadas le ha dado la jurisprudencia, en el sentido de que en ella se comprenden los bienes sobre los cuales pesa prohibición de enajenar, resulta que el N° 4 del

art. 1464 está de más; las cosas litigiosas pueden estimarse comprendidas en el N° 3 de dicho artículo.

Las especies litigiosas pueden enajenarse válidamente cuando el juez que conoce en el litigio da su permiso (última parte del N° 4 del art. 1464). En este punto nos remitimos a lo dicho sobre la autorización del juez respecto de la enajenación de las cosas embargadas.

4. Condonación del dolo futuro.

El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale (art. 1465), lo contrario sería dar paso a una conducta inmoral.

5. Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de la prensa (art. 1466).

6. Por último hay objeto ilícito generalmente en todo contrato prohibido por las leyes (art. 1466 parte final).

Sanción del objeto ilícito

El acto o contrato que tiene como elemento un objeto ilícito es nulo absolutamente (art. 1682).

La Causa

Problemas que plantea la causa

Todo acto consciente de los seres racionales se ejecuta en procura de un fin, cuya consideración anticipada es causa del obrar. Pero, ¿es necesario que la causa de los actos jurídicos, el fin que mueve a realizarlos, se erija en

un requisito de existencia de los mismos y la licitud de ella en un requisito de validez? La respuesta a la interrogante es el primer problema que plantea la causa. Además, como un acto jurídico puede encontrar su fundamento en varias causas, surge el problema de determinar cuál de todas ha de estimarse elemento constitutivo del acto, ocasionando su falta o ilicitud la nulidad de éste.

Origen de la teoría de la causa

Aunque los romanos no formularon ninguna teoría general sobre la causa, contemplaron este elemento en algunos casos. Así por ejemplo exigieron que todo enriquecimiento debía tener una justa causa y otorgaron al empobrecido de esta manera una acción para repetir lo dado, o sea para obtener su devolución, llamada *condictio sine causa*.

Entre los canonistas de la Edad Media se encuentran algunos gérmenes embrionarios de la teoría de la causa a través de la cual cautelaban que la declaración de voluntad no persiga un fin reprobable o inmoral. Pero los que comenzaron a darle verdadero desarrollo fueron dos juristas franceses: primero Jean Domat (1625-1697) y después, muy principalmente, Roberto José Pothier (1699-1772), considerado el padre espiritual del Código Civil francés. Las ideas de este último expuestas en su Tratado de las Obligaciones (editado en 1761), pasaron con mayor o menor variación al Código Civil francés, que no definió la causa, y a los códigos posteriores que en él se inspiraron, entre otros el chileno, que sí la definió.

Causalismo y anticausalismo

¿Es la causa un requisito del acto jurídico?

En doctrina ha existido una gran discusión respecto a esta materia. Algunos autores, denominados anticausalistas, sostienen que para la existencia de un acto bastan el consentimiento y el objeto, y que la causa es un elemento falso, inútil y artificial. Entre los anticausalistas podemos señalar a Planiol, Giorgi, Laurent y Dabin. Para Planiol la causa es lo mismo que el objeto; para Dabin queda absorbida por el consentimiento.

Sin embargo, la mayoría de los Códigos actuales señalan expresamente la necesidad de una causa; así, el francés, el italiano, el español y otros.

El Código Civil alemán (BGB) no se refiere al requisito de causa en los actos jurídicos u obligaciones; sin embargo, llega a su reconocimiento en forma indirecta; en el enriquecimiento injusto el art. 812 dice que el que obtiene algo sin causa jurídica está obligado a la restitución; igual cosa sucede, según el art. 817, si la finalidad de una prestación ha atentado contra una prohibición legal o las buenas costumbres.

La mayoría de los autores reconocen la existencia de una causa como requisito de la obligación o del contrato. Entre ellos, Capitant, Jossierand y Ripert, en Francia; Ferrara, Santoro Passarelli y Betti, en Italia; Dualde y Diez-Picazo, en España.

La existencia de causa, el principio de causalidad, es un principio de lógica y algo común a todas las disciplinas, una realidad universal. Sería absurdo pretender que esto no se aplica al Derecho, que en él las cosas no tienen causa. Cuando se realiza un acto jurídico, él se efectúa en virtud de algún antecedente; no es algo que resulte puramente del azar. Si la voluntad se moviliza para hacer algo lo hace también impulsada por algo, y esto es la causa.

Causa del acto o contrato y causa de la obligación

El art. 1445 del Código Civil dice que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: "4º que tenga una causa lícita". El art. 1467 agrega que "no puede haber obligación sin una causa real y lícita".

El inc. 2º del art. 1467 define la causa diciendo que "se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato".

Antes de analizar el concepto mismo de estas disposiciones, surge un problema, cual es determinar si el Código se refiere a la causa del acto, a la causa del contrato o a la causa de la obligación.

El art. 1131 del Código Civil francés habla de la causa de la obligación; en cambio el Código Civil italiano en los arts. 1343 y siguientes se refiere a la causa del contrato; igual criterio sustenta el Código Civil español, pormenorizando lo que se entiende por causa en cada tipo de contrato en los arts. 1274 a 1277.

La doctrina clásica de la causa en Francia sostuvo que el Código francés siguió la fórmula de los juristas clásicos Domat y Pothier, eliminando toda búsqueda de los motivos del contrato y manteniendo solamente la exigencia de causa de la obligación.

En concepto de algunos, en Chile el Código Civil requiere que las obligaciones tengan una causa. Otros piensan que el acto o contrato es el que debe tener una causa.

Argumentos de quienes sostienen que la obligación y no el acto del cual ésta emana requiere causa.

1. Tal sería el sentido del artículo 1445, que requiere para que una persona se obligue a otra una causa lícita y el alcance del inciso primero del artículo 1467, cuando dice “no puede haber obligación sin una causa...”.
2. Es necesario tener presente que el Código Civil se dictó en pleno auge de la doctrina tradicional o clásica que refiere la causa a la obligación y no al acto mismo, y que “ese sentido tiene la causa en su génesis histórica y en su estructura tradicional”.

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

1. El artículo 1445 en su número 4º, si bien, en apariencia vincula la causa a la obligación, está exigiendo, en realidad, una causa lícita para el acto que engendra la obligación. En efecto, al decir el Código “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario...que tenga una causa lícita”, está requiriendo una causa lícita para el acto mismo y no para la obligación, como la construcción de la frase lo revela.

2. La redacción del artículo 1467, que define la causa, disipa toda posibilidad de duda: causa es el motivo que induce al acto o contrato; o sea, es el acto o contrato el que requiere una causa.
3. Corrobora esta interpretación el artículo 2057, que se refiere a las sociedades nulas por ilicitud del objeto o de la causa; es decir, la sociedad, esto es, el contrato tiene una causa ilícita.
4. Además, el art. 1469, un poco más adelante en el mismo párrafo, trata en general de los "actos o contratos" inválidos.
5. Por último, los arts. 1681 y 1682 del Código Civil, que tratan la nulidad en general y señalan las causas que la producen, entre ellas la causa ilícita, se refieren a los actos y contratos.

Teorías sobre la causa

Cuando se trata de precisar el concepto de causa se ha distinguido entre causa eficiente, causa final y causa ocasional.

Por *causa eficiente* se entiende el antecedente o elemento generador que da vida a lo que antes no existía. En este sentido se puede afirmar que las fuentes de las obligaciones, esto es, los hechos jurídicos que les dan origen, son su causa eficiente. Por ejemplo, la causa eficiente de la obligación del vendedor de entregar la cosa es el contrato de compraventa mismo.

La *causa final* es el fin directo e inmediato que la parte se propone alcanzar en virtud del acto; como dice Claro Solar, es el fin o propósito inmediato e invariable de un acto. Esta es una finalidad típica y constante del acto, independientemente de los móviles individuales, y es idéntica siempre en los actos y contratos de la misma especie. Es la doctrina clásica. Así, en los contratos bilaterales en que ambas partes se obligan recíprocamente: la causa de la obligación de una de las partes es la obligación correlativa de la otra (en este sentido, la causa de la obligación del vendedor de dar o entregar la cosa es la obligación del comprador de pagar el precio; y la causa de la obligación del comprador de pagar el precio, es la obligación del vendedor de dar o entregar la cosa); en los

contratos reales que son aquellos que se perfeccionan por la entrega de la cosa, por ej. el comodato, y que hacen nacer, para una sola de las partes, aquella que recibió la cosa, la obligación de restituirla: la causa de la obligación que contrae una de las partes de restituir la cosa es la entrega que de la misma se le había hecho con anterioridad; en los contratos gratuitos en que sólo una de las partes reporta beneficio o utilidad, por ej. la donación: la causa de la obligación es el propósito de hacer una liberalidad.

Por último, la *causa ocasional* son los motivos individuales que han llevado a realizar el acto. Al estar la causa constituida por los móviles o motivos psicológicos, ésta podrá ser distinta en cada acto o contrato, pues los móviles son ilimitados en su número. Así, la causa ocasional para el vendedor puede ser la necesidad de cumplir una obligación, para lo cual necesita dinero; y causa ocasional para el comprador puede ser la necesidad de hacer un regalo de matrimonio con la cosa comprada. Es imposible, por lo tanto, formular un concepto de causa abstracto, aplicable a una misma especie o categoría de actos jurídicos.

La teoría clásica de la causa ha sido objeto de duras críticas.

El tratadista francés Planiol se rebela contra la noción de causa abstracta, a la cual tilda de “falsa e inútil a la vez”.

Según Planiol, la falsedad de la causa abstracta de la obligación se advierte en cada una de las diversas especies o categorías de contratos que distingue Domat.

Así, en los contratos sinalagmáticos, Domat olvida que las obligaciones que recíprocamente se sirven de causa nacen al mismo tiempo, por lo que mal puede una de ellas ser causa de la otra si se considera que la causa debe, necesariamente, preceder al efecto.

En los contratos reales, Domat no tiene en cuenta que la entrega de la cosa no es causa de la obligación, sino que es un requisito esencial para que el contrato se perfeccione. Luego, decir que la causa de la obligación en los contratos reales es la entrega de la cosa, viene a ser igual que decir que la causa de la obligación es el contrato mismo.

En los contratos gratuitos, la doctrina tradicional confunde la causa con los motivos que han impulsado al disponente, siendo imposible, en la práctica, separar la intención de efectuar una liberalidad de los motivos que tuvo el contratante para obligarse.

Agrega Planiol que la doctrina tradicional es inútil por las siguientes razones:

En los contratos sinalagmáticos lo que, de acuerdo con la doctrina clásica, constituye la causa de la obligación de una de las partes, es precisamente, el objeto de la obligación de la otra, de tal 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.

Si por ejemplo, la cosa que el vendedor se obligó a dar no existe, cabe concluir que falta el objeto de la obligación del vendedor. Por esta razón, y no porque la obligación del comprador carezca de causa, el contrato sería inexistente.

En los contratos reales, de nada sirve afirmar que si la cosa no se entrega la obligación carece de causa, ya que la falta de entrega de la cosa impide que el contrato se perfeccione y que engendre, por tanto, obligaciones. Si entrega, el contrato no produce efectos, no porque falte la causa de la obligación -que ni siquiera llegó a nacer- sino porque se ha omitido un requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato, cual es, la entrega de la cosa.

Finalmente, en los contratos gratuitos la falta de intención liberal vendría a constituir, en la práctica, falta de consentimiento, sin que el contrato produzca efecto por esa sola circunstancia.

Advierte, por otra parte, Planiol que en el terreno de ilicitud la teoría clásica también es inútil, ya que en la práctica, la ilicitud de la causa se confundiría con la ilicitud del objeto.

¿QUÉ TEORÍA SIGUIÓ EL CÓDIGO CIVIL CHILENO?.

Existen también dos respuestas a esta pregunta.

Algunos piensan que en materia de causa el Código siguió fielmente el criterio objetivo de la doctrina tradicional, sin innovar en lo más mínimo.

Otros creen que al reglamentar la causa el Código se apartó de los postulados de la doctrina tradicional, acogiendo un criterio subjetivo.

Argumentos de quienes sostienen que el Código sigue el criterio objetivo de la doctrina tradicional.

1. El primero es un argumento histórico: la doctrina clásica o tradicional era la que imperaba en la época de dictación del Código Civil. Asimismo, el Código Civil francés, que sirve de modelo al nuestro, sigue constantemente los postulados de Dommat y de Pothier, sin apartarse de ellos en materia de causa.

2. Si el artículo 1467 requiere una causa real y lícita, es porque pueden existir obligaciones que no tengan causa. Este hecho revelaría que el Código adopta la teoría tradicional, pues según ella es posible que falte la causa de la obligación. Por ejemplo, si la cosa que el vendedor se obligó a entregar no existe, la obligación del comprador de pagar el precio carece de causa.

En cambio, si el Código hubiera abordado la causa con un criterio subjetivo, mal podría haber requerido la existencia de causa, pues en los actos jamás falta un motivo psicológico, salvo que sean realizados por un enajenado.

3. Lo anterior estaría confirmado con los ejemplos que coloca el Código en el inciso final del artículo 1467. En efecto, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa, porque no hay ninguna obligación que sirva de causa a la que contrajo el prometiente en la creencia de que debe algo; no existe tampoco la entrega de una cosa que habría obligado a restituirla, ni menos intención liberal, porque el prometiente se obligó en la errado creencia de que debía algo.

O sea, para el prometiende existía una falsa causa, que equivale a ausencia de causa.

A mayor abundamiento, al decir el Código en el inciso primero del artículo 1467 que la pura liberalidad es causa suficiente, transcribe casi en términos textuales el pensamiento de Pothier en lo relativo a la causa de la obligación en los contratos gratuitos.

4. Cuando el legislador definió la causa como el motivo que induce al acto o contrato, por un error u omisión no calificó que dicho motivo debía ser jurídico o abstracto. Sin embargo, y pese a ello, tal sería el sentido que fluye del contexto del artículo.

Argumentos de quienes sostienen que el Código Civil innovó en materia de causa, apartándose de la doctrina tradicional.

1. Si bien es cierto que en la época de dictación del Código Civil estaban en boga los postulados de la doctrina tradicional, no lo es menos que el concepto de causa-motivo existía desde la Edad Media, introducido por los canonistas. No cabe duda de que esta concepción era conocida por Bello, constituyendo, de seguro, su fuente de inspiración.

2. A diferencia del Código Civil francés, el chileno define la causa y expresa que ella está constituida por los motivos, término que, según su sentido natural y obvio, se refiere a los móviles psicológicos, individuales y subjetivos. Este, a mayor abundamiento, es el alcance de la palabra motivo en los artículos 1454 y 1455, que hacen sinónimos motivo y causa.

3. Efectivamente el Código dice que la mera liberalidad es causa suficiente; pero, con ello no está significando que adopta la doctrina tradicional, sino que en las donaciones o demás actos gratuitos basta, como motivo, la intención de efectuar una liberalidad.

4. Al exigir el Código una causa real y lícita, está facultando al juez para indagar por el motivo que realmente determinó a la celebración del acto o contrato, establecido el cual podrá concluir si es o no lícito. Realidad de la causa “significa que el motivo que se postula como causa sea el que concretamente ha inducido a contratar o a celebrar el acto, imponiéndose a los

demás motivos que no serán, realmente la causa”. Mal podría el juez determinar la ilicitud de la causa si no estuviera facultado para investigar el motivo que real y efectivamente indujo a contratar. Por eso, cuando el Código señala que la causa debe ser real, lo hace anteponiendo dicho requisito al de licitud de la causa, pues ambos están íntimamente vinculados.

5. La promesa de pago de una deuda que no existe carece de causa, no porque el prometiende no haya tenido un motivo para formular la declaración, sino porque el motivo que lo impulsó o determinó -la creencia de que existía realmente una deuda que justificaba la declaración- era un motivo errado o equivocado. Como consecuencia del error se produjo una falsa causa, que equivale a falta o ausencia de la misma.

Requisitos de la causa

La causa para ser válida debe ser 1) real y 2) lícita (art. 1467 inc. 1°).

1) La causa es *real* cuando existe efectivamente. A contrario, no es real la causa si no existe o es falsa.

Cuando la causa no existe en ninguna forma, ni en el mundo objetivo ni en el subjetivo se dice que hay *ausencia o falta de causa*. Ejemplos: compraventa en que no se pacta precio alguno, donación sin ánimo de liberalidad o de beneficencia, contrato de mutuo sin que se haya entregado al deudor cosa alguna.

Cuando la causa sólo existe en la mente de los sujetos y no corresponde a la verdad objetiva, se dice que es *falsa o errónea*. Ejemplo clásico: el heredero que paga un legado sin saber que éste fue revocado en un testamento posterior al que se atiende.

El Código Civil francés nombra separadamente la ausencia de causa y la falsa causa (art. 1131); pero como no hay diferencia entre los dos casos nuestro legislador no siguió el mismo derrotero y optó por exigir causa real, englobando en la fórmula las dos posibilidades mencionadas, pues tanto carece de realidad lo que no existe en ninguna forma como lo que sólo existe falsamente en el pensamiento de los individuos.

Causa simulada

Causa simulada es la que se hace aparecer públicamente en un acto jurídico, y que no es la verdaderamente querida por los autores del acto jurídico, la cual permanece disimulada o secreta. De aquí resulta que, técnicamente, la causa simulada no es una falsa causa; ésta supone un error y aquélla es obra intencional.

Por sí misma, la causa simulada no produce la nulidad del acto o contrato de que forma parte. En efecto, si la simulación es absoluta, es decir, si se finge celebrar un acto jurídico y en realidad no se quiere celebrar ninguno, propiamente no hay ninguna causa; si la simulación es relativa, o sea, si las partes fingen celebrar un acto jurídico y en realidad celebran en secreto otro, que es el que verdaderamente quieren, el acto disimulado o secreto es el que vale entre las partes, y si su causa existe y es lícita, el acto es plenamente válido. En caso de que la causa del pacto oculto no existiera o fuera ilícita, la nulidad de éste se debería a la falta de causa o a la ilicitud de ella, pero no a la simulación.

En resumen, por sí sola la simulación de la causa no determina la nulidad del acto. Nuestra jurisprudencia ha declarado que “no obsta a la validez de la obligación la simulación de la causa, si la causa verdadera y oculta es perfectamente lícita”.

2) La causa no sólo debe ser real, sino también lícita (art. 1467 inc. 1º). Causa *ilícita* es la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita (art. 1467 inc. 2º y 3º).

Sanción de la falta de causa y de la causa ilícita

Según el Código Civil, la causa ilícita produce la nulidad absoluta del acto o contrato de que forma parte (art. 1682).

Si falta la causa habría que concluir que el respectivo acto o contrato es inexistente, pero la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia incluyen, por razones prácticas, los casos de inexistencia jurídica en la nulidad absoluta.

Hay una sanción para el que, a sabiendas, haya dado o pagado por una causa ilícita: no puede pedir la devolución de lo dado o pagado (art. 1468).

Actos causales y actos abstractos

Según que la causa se tome en cuenta o no al constituirse los actos jurídicos, éstos se clasifican en causales y abstractos.

Actos *causales* son aquellos en cuyo perfeccionamiento debe concurrir como elemento esencial la causa. Si ella falta o es ilícita, el acto adolece de nulidad absoluta y no produce efecto alguno. Ejemplos de actos causales son la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, el comodato.

Actos *abstractos* son aquellos en cuyo perfeccionamiento la causa no aparece como elemento constitutivo. Se perfeccionan y funcionan separados o abstraídos de la causa, desvinculados de ella. Por tanto, si falta la causa o es ilícita, el acto queda válido y produce sus efectos.

La clasificación de los actos jurídicos en causales y abstractos no se funda en la circunstancia de que algunos actos existen con causa y otros sin ella. Absurdo sería concebir un acto sin causa, sin un fin o una función que cumplir. El fundamento de la distinción es otro. Tratándose de los actos abstractos, al revés de lo que sucede con los causales o concretos, la causa no es requisito esencial en el perfeccionamiento de ellos, no se toma en cuenta para la constitución de los mismos y, por ende, para la producción de sus efectos; pero esto no significa que no existe.

La relación fundamental y subyacente del acto abstracto.

Todo acto abstracto presupone una obligación o relación jurídica que aquél precisamente tiende a satisfacer o reforzar. Esta relación se llama “fundamental” o “subyacente”: fundamental, porque constituye el fundamento de todo el complejo de la situación en que actúa el acto abstracto; y subyacente, porque está como debajo de éste y cubierta por el mismo. La finalidad de una letra de cambio puede ser, por ejemplo, pagar al beneficiario el precio de una compraventa; la obligación de pagar el precio

es la relación fundamental y subyacente del acto abstracto llamado letra de cambio.

La falta o la ilicitud de causa del acto abstracto o, lo que es lo mismo, la inexistencia de la relación subyacente o la ilicitud de ella, sólo puede hacerse valer entre las partes de dicha relación y frente a terceros de mala fe; pero no puede alegarse respecto de terceros de buena fe, porque se vulneraría la seguridad jurídica que el acto abstracto tiende a resguardar y que es su principal razón de ser (ver art. 28 de la Ley N° 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés).

Razón de ser de los actos abstractos

Los actos abstractos existen en el mundo del Derecho por razones prácticas. Su misión primordial es dar seguridad a la adquisición de ciertos derechos y hacer expedita la circulación de los mismos; evitan que el deudor, pretendiendo falta o ilicitud de la causa, trunque esa adquisición o estorbe dicha circulación. En general, requerido el juez para el cumplimiento de un acto abstracto, sólo debe considerar si el deudor se comprometió a pagar, y nada más; no tiene porqué indagar la causa del acto.

Por otro lado, y en razón de estar desvinculados de su causa, los actos abstractos también facilitan los negocios, ya que pueden ser empleados para fines más diversos; su formación y funcionamiento con la causa en blanco lo permite. Una letra de cambio, por ejemplo, puede servir para pagar una deuda, para reforzar o garantizar la misma, para donar o prestar una suma de dinero, etc.

En resumen, los actos abstractos dan seguridad a la adquisición de los derechos, hacen expedita la circulación de los mismos y facilitan así el tráfico; constituyen títulos indiscutibles de derechos, pues evitan que el deudor pueda invocar medios de defensa extraños al título mismo.

Sólo la ley puede establecer actos abstractos

En algunos derechos, como el belga, se discute si los particulares, apoyándose en el principio de la autonomía de la voluntad, pueden crear

actos abstractos. Pero dentro del ordenamiento jurídico chileno debe concluirse que sólo el legislador puede establecer actos abstractos. Porque según nuestro Código Civil la causa es requisito esencial del acto o declaración de voluntad (art. 1445 inc. 1º), un elemento constitutivo del acto, de su naturaleza intrínseca, y la omisión de esos requisitos está sancionada con la *nulidad absoluta* (art. 1682), sanción que también corresponde a la causa ilícita. El carácter de esta sanción pone de manifiesto que la causa, como todos los elementos constitutivos del acto jurídico, es de *orden público*, o sea, los particulares no pueden prescindir de ella. En consecuencia, la desvinculación de la causa respecto del acto está sustraída a la autonomía de la voluntad particular. Sólo el legislador puede apartarse de la regla de que los actos son causales, y establecer por vía excepcional actos abstractos.

Actos abstractos en la legislación chilena

Se mencionan como actos abstractos en nuestro ordenamiento jurídico la delegación, la estipulación a favor de tercero, la fianza y demás contratos de garantía por deuda ajena y cierto títulos de crédito, como la letra de cambio.

Las Formalidades

Formalidades son las formas que deben revestir ciertos actos jurídicos, formas exigidas por la ley para la existencia de ellos, o su validez, o su prueba u otro efecto determinado.

Clases de formalidades

Según el fin para el cual se exigen pueden distinguirse varias especies de formalidades y su no observancia en los actos en que deben concurrir trae sanciones diversas para éstos. Son especies de formalidades: a) formalidades propiamente tales o solemnidades, b) las formalidades habilitantes, c) las formalidades de prueba y d) formas o medidas de publicidad. La inobservancia de cada una produce, respectivamente, a) nulidad absoluta (inexistencia jurídica, según otros), b) nulidad relativa, c)

privación de un medio de prueba, y d) responsabilidad pecuniaria e ineficacia frente a terceros.

Las formalidades pueden consistir en instrumentos públicos, instrumentos privados, presencia de funcionarios públicos y/o de testigos, medidas de publicidad (aviso en los diarios, inscripción en registros públicos), etc.

a) Las solemnidades.

Las solemnidades son determinadas formas en que debe manifestarse la voluntad de las partes, formas exigidas por la ley como elemento constitutivo de ciertos actos jurídicos.

Sin embargo, algunos observan que no constituyen, en verdad, un requisito de existencia independiente de la voluntad, ya que la solemnidad no es más que la manera de manifestar la voluntad en ciertos casos.

Si la forma precisamente determinada por la ley no se observa en el acto para el cual se señala, éste es inexistente o nulo absolutamente.

Suele decirse que la solemnidad es una forma necesaria para la substancia del acto: *ad substantiam*.

Así, la escritura pública es una solemnidad del contrato de compraventa de bienes raíces, y mientras ella no se otorgue el contrato no se reputa perfecto ante la ley (art. 1801 inc. 2º); la presencia de dos testigos hábiles es una solemnidad del matrimonio y si el consentimiento de los contrayentes no se manifiesta ante el competente Oficial del Registro Civil y esos dos testigos, el matrimonio es nulo (Ley de Matrimonio Civil, art. 31), etc.

Actos solemnes y actos consensuales

Actos solemnes son aquellos en que la ley exige ciertas formalidades indispensables para la existencia del acto, y las exige en consideración a la naturaleza de éste.

En contraposición a los solemnes se encuentran los actos jurídicos *consensuales*, que son aquellos para cuya existencia o perfeccionamiento basta la voluntad o el consentimiento de las partes, cualquiera que sea la forma en que ellos se exterioricen. Por ejemplo, la compraventa de bienes muebles se perfeccionan cualquiera que sea la forma en que se manifieste el consentimiento, sea verbal o por escrito.

En los derechos primitivos todos los actos jurídicos eran formales. Reinaba el formalismo en el Derecho, o sea, el régimen en virtud del cual la ley establece las formas que deben observarse en la celebración de los actos jurídicos.

En los derechos antiguos la simple manifestación de voluntad no era capaz de producir efectos jurídicos. Debía rodearse de ciertas formas más o menos complicadas y simbólicas. En el derecho contemporáneo domina el principio contrario, el del *consensualismo*, según el cual, en la mayoría de los casos, basta la manifestación de voluntad de las partes para que el acto jurídico se constituya cualquiera que sea la forma en que dicha manifestación se haga. El consensualismo no es sino un aspecto del principio más amplio hoy imperante llamado el de la *autonomía de la voluntad*, conforme al cual los particulares pueden reglamentar sus relaciones jurídicas libremente; pueden establecer en sus convenios las cláusulas que estimen convenientes y sujetarse a las formas que les plazca. En una palabra, los individuos pueden crear su propio Derecho, teniendo como límites sólo la ley, el orden público y las buenas costumbres.

En nuestro Derecho, como en todos los modernos, los actos consensuales constituyen la regla y los solemnes, la excepción. La ley impone solemnidades sólo a actos jurídicos de gran trascendencia para las partes y a fin de que ellas pongan la mayor atención sobre lo que realizan.

La ley es la que da a un acto el carácter de solemne o no solemne; pero las partes pueden hacer solemne a un acto que de acuerdo con la ley no lo es. Así sucede, por ejemplo, con la compraventa de cosas muebles, cuando se pacta que se hará por escrito. Pero en este caso hay un medio para prescindir de la formalidad creada por los particulares sin que se resienta la existencia y validez del contrato. En efecto, el Código Civil dice que si los contratantes estipularen que la venta de cosas que según la ley no

necesita solemnidad alguna, no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida (art. 1802). O sea, si se da principio a la entrega de la cosa la formalidad queda suprimida. Como puede observarse un acto solemne por mandato de la ley no es lo mismo que uno que lo es por voluntad de las partes: si en el primer caso faltan las solemnidades, el acto es inexistente o nulo absolutamente; en cambio, en el segundo caso, el acto puede producir efectos aun cuando no se cumplan las formalidades, si se ejecutan hechos que importen renuncia a éstas.

Las solemnidades impuestas por la ley son de derecho estricto, pues constituyen una excepción al derecho común. En consecuencia, deben ser interpretadas en forma restrictiva: las solemnidades que la ley exige para un acto no pueden aplicarse a otro, por parecido que sea, ni pueden exigirse otras solemnidades que las que la ley expresamente indica; no hay más solemnidades ni actos jurídicos necesariamente solemnes que los que la ley establece de una manera expresa.

En los actos solemnes, la solemnidad, a la vez que es un requisito generador del acto es, por regla general, *la única manera de probar su existencia*. La omisión de la solemnidad no puede suplirse por otro medio de prueba. De ahí el adagio “el acto solemne se prueba por sí mismo”.

Este principio está consagrado en el Código Civil al establecer que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno” (art. 1701).

Así, la compraventa de bienes raíces por escritura privada, no existe, aunque se haya entregado la cosa y recibido el precio, y no existiendo resulta evidente la imposibilidad de probarla.

b) Formalidades habilitantes.

Formalidades habilitantes son los requisitos que la ley, velando por los intereses de los incapaces, exige para la validez o eficacia de ciertos actos jurídicos que los afectan y que tienden a integrar la voluntad de aquéllos o el poder de sus representantes legales y, consecuentemente, a remover la incapacidad o la falta de poder.

La omisión de una formalidad habilitante acarrea, por regla general, la nulidad relativa del acto o contrato. Y ello, porque se habría omitido una formalidad que las leyes prescriben para el valor del acto jurídico; no en consideración a su naturaleza o especie, sino que en consideración a la calidad o estado de las personas que lo celebran (art. 1682).

En teoría, se distinguen tres especies de formalidades habilitantes: la autorización, la asistencia y la homologación.

1. *Autorización* es el permiso que debe dar el representante legal de un incapaz o la autoridad judicial para que éste celebre un acto jurídico, o bien el permiso que debe dar una persona capaz a la que administra sus intereses para celebrar ciertos actos jurídicos. Así, por ejemplo, todos los actos que los menores adultos no están facultados por la ley para celebrarlos por sí solos, deben hacerlo con la autorización del padre o madre bajo cuya patria potestad viven; igualmente, los sometidos a guarda deben celebrar dichos actos con la autorización de su guardador (arts. 253, 254 y 439).

A veces la formalidad habilitante la necesita directamente el representante legal. Así, el padre, que es el representante legal del hijo de familia, no puede enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, sin autorización del juez con conocimiento de causa (art. 255). Con esta autorización se tiende a salvar la falta de legitimación del padre para disponer de esos bienes del hijo, habilitándolo para realizar la enajenación o gravamen de los mismos.

2. La *asistencia* no es sino la concurrencia del representante legal al acto que el incapaz celebra, colocándose jurídicamente al lado de éste, o bien la concurrencia de una persona capaz al acto que celebra el administrador de sus intereses (ej. art. 1749 inc. 7°).

En los actos que celebra el incapaz está presente su representante legal y en los que concluye el administrador de los bienes ajenos, la persona cuyos bienes son administrados.

La autorización y a la asistencia sólo difieren en que la primera es un asentimiento dado previamente al asistido y la segunda uno coetáneo al acto que se celebra. Pero prácticamente importan una misma cosa: la conformidad de una persona al acto celebrado por otra.

3. *Homologación* es la aprobación por la autoridad judicial de actos concluidos por otros sujetos, previo control de su legitimidad. Sólo después de este control y la sucesiva aprobación, el acto realizado adquiere eficacia. Un ejemplo típico es el de la partición en que tienen interés personas ausentes que no han nombrado apoderado, o personas bajo tutela o curaduría: terminada la partición es necesario someterla a la aprobación judicial (art. 1342). Precisamente, el juez debe examinar si se han respetado las exigencias legales que tienden a resguardar los intereses de las personas protegidas por la ley; en caso de que llegue a conclusión afirmativa, aprueba el laudo, es decir, la sentencia definitiva y final del partidor; de lo contrario, la modifica en la forma que estime adecuada. Mientras el laudo no recibe confirmación por resolución ejecutoriada, la partición no adquiere el carácter de firme ni, por ende, eficacia.

c) Las formalidades de prueba.

Son las formas que sirven como prueba de la realización de los actos jurídicos y de su contenido. En este caso, la forma no desempeña la función de elemento constitutivo del acto jurídico como ocurre con la solemnidad, sino la de prueba del mismo. Por eso se habla de forma *ad probationem*. Si no se emplea la forma de prueba señalada por la ley, ésta priva al acto de algún determinado medio de prueba, pero el acto es válido. Así, por ejemplo, los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa cuyo valor es superior a dos unidades tributarias deben constar por escrito; si no la ley no permite probarlos por testigos (art. 1709): quedan privados de este medio probatorio, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley (art. 1711).

d) Las formas o medidas de publicidad.

Estas medidas admiten una clasificación: de simple noticia y substanciales. El objeto de las primeras es llevar a conocimiento de los terceros en general las relaciones jurídicas que puedan tener interés en conocer, y el objeto de las segundas es no sólo divulgar los actos jurídicos sino también precaver a los llamados *terceros interesados*. Estos terceros son los que están o estarán en relaciones jurídicas con las partes, ya sea por su propia voluntad o la de la ley.

La falta de publicidad-noticia sólo tiene por sanción la responsabilidad de la persona que debió cumplir el trámite de la publicidad y no lo hizo; debe indemnizar a aquel que sufrió un perjuicio a causa de la infracción. Esta responsabilidad deriva de un cuasidelito y se funda en la disposición general del Código Civil según el cual “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...” (art. 2314).

La publicidad-substancial tiene una sanción más severa: la ineficacia del acto respecto de terceros, esto es, la inoponibilidad. Por ejemplo, la cesión de un crédito que hace el cedente al cesionario y que queda perfecta entre ellos por la entrega del título, es inoponible al deudor, mientras no se le notifique judicialmente o sea aceptada por éste.

Medida de publicidad de simple noticia es, por ejemplo, la notificación al público por medio de tres avisos publicados en un periódico de los decretos de interdicción provisoria o definitiva del demente y del disipador (arts. 447 y 461).

Medida de publicidad sustancial es, por ejemplo, la notificación que debe hacerse al deudor de la cesión de un crédito (art. 1902).

INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

a) Ineficacia en sentido amplio.

Un acto jurídico es ineficaz en sentido amplio cuando no genera sus efectos propios o deja de producirlos por cualquier causa, sea ésta intrínseca o inherente a la estructura del acto mismo, sea que dicha causa consista en un hecho extrínseco o ajeno a él.

Cuando la causa que priva de efectos al acto consiste en un defecto intrínseco hay invalidez del acto; la ineficacia resulta, entonces, consecuencia de la invalidez. Es inválido y, por ende, ineficaz, el contrato celebrado por un incapaz, o aquel en que el consentimiento ha sido prestado por error. Nadie duda que debe calificarse de inválido el acto en que uno de sus elementos constitutivos está viciado. Pero, ¿puede comprenderse dentro de la invalidez la inexistencia jurídica? ¿habría invalidez por la omisión de un requisito esencial para la existencia de un acto jurídico, como sería, por ejemplo, la falta de consentimiento? No, responden algunos. La inexistencia jurídica no puede comprenderse en la noción de invalidez, pues sólo un acto existente puede ser válido o inválido. Otra cosa es que ciertas legislaciones positivas no reconozcan como distintas la inexistencia jurídica de una de las formas de invalidez, como es la nulidad absoluta. Según otros, si bien la anterior discriminación es lógica, razones prácticas y de comodidad de lenguaje justifican que la inexistencia se sancione como una forma de invalidez y, precisamente, con la nulidad absoluta.

En consecuencia, la invalidez podría definirse como la no idoneidad de un acto jurídico para producir sus efectos propios, a causa de un defecto intrínseco del acto mismo, defecto que puede ser la falta de alguno de sus elementos constitutivos o el estar viciado uno de ellos.

En resumen, la ineficacia en sentido amplio engloba la inexistencia jurídica, la nulidad del acto y, además, la ineficacia en sentido estricto.

b) Ineficacia en sentido estricto.

Al revés de la invalidez, que es el acto afectado en su íntima constitución, en su estructura, y que por eso no produce efectos, la ineficacia en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válidamente formado y, por consiguiente, susceptible de ejecución, pero que no produce efectos o queda privado de ellos por causa de un hecho posterior y ajeno al acto mismo. Hay ineficacia en sentido estricto, pues, cuando un acto, aunque por sí sería idóneo para producir los efectos que le son propios no los genera o cesa de hacerlo a causa de un hecho posterior y extrínseco, ajeno a la estructura del acto.

La ineficacia en sentido estricto es una figura jurídica autónoma; no queda comprendida dentro de los casos de invalidez del acto. Es muy genérica: abarca una multitud de casos. Las causas de esa ineficacia son variadas y protegen intereses diversos; las hipótesis que generalmente se analizan son las de suspensión, resolución, revocación, caducidad e inoponibilidad.

LA INEXISTENCIA JURÍDICA

La inexistencia jurídica es la sanción que tienen los actos jurídicos celebrados con omisión de uno de los requisitos necesarios para su existencia en el mundo del Derecho. En otras palabras, el acto es jurídicamente inexistente cuando falta la voluntad, el objeto, la causa o las solemnidades establecidas para la existencia jurídica del acto. Se dice también que acto inexistente en Derecho es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de tal manera que no corresponde a la definición genérica que para él da la ley. Y así, no puede haber una compraventa sin precio, una sociedad sin que las partes pongan algo en común, etc.

La inexistencia jurídica supone la existencia material de un acto, pero carente de existencia en el campo del Derecho.

Origen de la teoría de la inexistencia jurídica

La teoría de la inexistencia jurídica fue formulada a principios del siglo XIX por el jurisconsulto alemán K.S. Zachariae, y la expuso a propósito del matrimonio. Por lo que hace a este acto los autores se encontraron ante una regla que tenía contornos de axioma. Según ella, tratándose del matrimonio no hay más nulidades que las que la ley expresamente señala. Ahora bien, un matrimonio celebrado entre dos hombres o entre dos mujeres, ¿vale porque no hay ley que lo declare nulo? Esta interrogante se presentó a los autores. La respuesta, de acuerdo con la regla de la nulidad expresa, habría tenido que ser afirmativa, lo que hubiera sido contrario al más elemental sentido común y a la conciencia moral de los individuos. Entonces, los juristas razonaron así: para que el matrimonio exista, la ley supone necesariamente el acuerdo entre un hombre y una mujer de modo que si el acuerdo es entre dos personas del mismo sexo, el matrimonio no puede existir y por esto, concluían, el legislador no necesitó siquiera declarar su falta de eficacia.

La conclusión anterior se conforma al derecho natural, a cuyo tenor el matrimonio implica la unión carnal de dos personas de sexo diferente: *Jure naturali non datur matrimonium sine copula carnali*. Tan verdad es esto que las legislaciones contemporáneas que admiten la unión permanente de dos individuos del mismo sexo, no la denominan matrimonio sino que le dan otro nombre, como el de asociación de dos personas u otro por el estilo.

Más tarde, la concepción de la inexistencia jurídica se extendió a los actos patrimoniales.

Diferencias entre la inexistencia y la nulidad

- 1) La inexistencia jurídica se refiere a los actos carentes de un requisito de existencia (voluntad, objeto, causa, solemnidades); la nulidad se refiere a los actos que no reúnen alguno de los requisitos de validez (voluntad no viciada, capacidad de las partes, objeto lícito, causa lícita).
- 2) El acto, inexistente, no produce efecto alguno; en cambio, el acto nulo, mientras su vicio no se declare judicialmente, produce todos sus efectos.

3) La nulidad debe ser declarada por los tribunales de justicia; la inexistencia, no. La inexistencia se produce de pleno derecho; opera ipso jure.

Lo anterior no obsta a que el juez reconozca o constate la inexistencia de un acto o contrato sobre el cual se ha planteado una controversia. Pero, es obvio que el acto es inexistente antes de la constatación judicial.

El objeto que se persigue con la declaración de nulidad es volver a las partes al estado en que se hallaban antes de la celebración del acto. Para esto es necesario previamente obtener la declaración de nulidad y en virtud de ella solicitar la vuelta al estado anterior. La inexistencia, en cambio, autoriza de inmediato para exigir la vuelta al estado anterior a la celebración del acto que a ojos de la ley no existe. Ejemplo: en una venta que adolece de nulidad, la parte interesada en obtener la devolución de la cosa deberá primero solicitar la declaración de nulidad del contrato y sólo una vez declarada ella, y en su virtud, podrá pedir la restitución de la cosa. Por el contrario, tratándose de una venta jurídicamente inexistente, por falta de precio, por ejemplo, el interesado podrá pedir de inmediato la restitución de la cosa.

4) El acto inexistente no puede sanearse por el transcurso del tiempo; el nulo, sí.

5) El acto inexistente no puede ratificarse por la voluntad de las partes, porque la nada no puede, mediante la confirmación, devenir en existencia; la nada confirmada continúa siendo la nada. La nulidad *relativa* puede sanearse por la ratificación de las partes (art. 1684). Pero la nulidad *absoluta*, al igual que la inexistencia, no puede sanearse por la ratificación de las partes. El motivo de la imposibilidad es distinto. El de la inexistencia radica en que la nada ratificada continúa siendo la nada. Por su lado, la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación porque es una institución de orden público, establecida, no en interés de las partes, sino en el de la moral y de la ley.

6) Una diferencia importante entre la inexistencia y la nulidad dice relación con las personas que pueden alegar una y otra. La nulidad relativa

no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios (art. 1684); la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683), y la inexistencia jurídica puede invocarse por todo el mundo.

En resumen: la nulidad relativa es la sanción que por menos personas puede invocarse; la absoluta puede serlo por casi todas las personas que tienen interés en ello y, por último, la inexistencia jurídica es susceptible de ser alegada absolutamente por todos.

7) La nulidad, sea absoluta o relativa, una vez judicialmente declarada, produce efectos sólo con relación a las partes en cuyo favor se ha decretado. Así lo dispone el Código Civil, al decir que “cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras” (art. 1690). Resulta evidente -a juicio de la doctrina- que esta disposición no podría extenderse a la inexistencia, la cual una vez constatada o comprobada judicialmente, permite a todo interesado aprovecharse de ella.

¿Distingue el Código Civil chileno la inexistencia y la nulidad absoluta?

Los autores no están de acuerdo sobre este punto. Algunos niegan que dentro del Código se haga la distinción entre actos nulos e inexistentes; otros opinan lo contrario.

Los que niegan como sanción autónoma la inexistencia jurídica (Arturo Alessandri) afirman que nuestro Código Civil sólo conoce la nulidad absoluta y la relativa, comprendiendo los actos inexistentes entre los actos nulos de nulidad absoluta. Las razones para pensar de este modo son:

1° El art. 1682 dice que es nulidad absoluta “la 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, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan”. De esta

manera el Código engloba todos los requisitos que se exigen, tanto para la validez como para la existencia de los actos jurídicos.

2° El legislador declara absolutamente incapaces a los dementes, a los impúberes y a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (art. 1447 inc. 1°). Con esto manifiesta que, en su concepto, dichas personas están totalmente privadas de razón, y que por consiguiente, el requisito de la voluntad no existe en los actos que ellos celebran o ejecutan; dichos actos debieran ser inexistentes por falta de voluntad. Pero el Código Civil (art. 1682 inc. 2°) declara que hay nulidad absoluta en los actos y contratos de los absolutamente incapaces. Tan rotunda declaración demuestra que el legislador comprende dentro de la nulidad absoluta los actos inexistentes.

3° Aunque el Código (art. 1682) no señala como causa de nulidad absoluta la falta de objeto y menciona sólo el objeto ilícito, la sanción es la misma, la nulidad absoluta. En efecto, el Código (art. 1461 inc. 3) equipara el hecho imposible (físicamente imposible) al hecho ilícito (moralmente imposible o contrario a las leyes, a las buenas costumbres o al orden público). Pues bien, el hecho imposible no sólo no existe sino que no puede existir; constituye la falta de objeto más radical y absoluta y, sin embargo, para la ley es lo mismo que el hecho ilícito.

4° El Código Civil sanciona con la nulidad absoluta tanto los requisitos que adolecen de ilicitud, como la falta de los constitutivos de un acto. Así lo prueba al disponer que “la nulidad producida por un objeto o causa *ilícita*, y 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, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”. Es evidente que la falta de objeto, causa y consentimiento está incluida en el texto copiado al sancionar con la nulidad absoluta “la omisión de algún *requisito*...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”.

5° El Código de Procedimiento Civil, al enumerar taxativamente las excepciones que pueden oponerse en los juicios ejecutivos, menciona “la

nulidad de la obligación” (art. 464 N° 14); y al no señalar la inexistencia de la misma, debe entenderse que la comprende en aquélla.

6° En el Código Civil no hay disposición alguna que considere como sanción autónoma la inexistencia jurídica, por lo que ésta parece incluida en la nulidad absoluta, reglamentada detalladamente.

Los que afirman la teoría de la inexistencia dentro de nuestro Código (Luis Claro Solar) dan los siguientes argumentos:

1° Dos preceptos del Código Civil demuestran claramente que el legislador chileno distingue la inexistencia de la nulidad. El primero de ellos (art. 1444) dice que si falta una de las cosas esenciales al perfeccionamiento de un contrato como tal, no *produce efecto alguno* (en circunstancias que los actos que adolecen de un vicio de nulidad producen todos sus efectos mientras la nulidad no se declare judicialmente; además, no declara que el contrato al cual falta ese requisito esencial, sea nulo). El otro precepto (art. 1681) dispone que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”; no dice que el acto o contrato sea nulo si falta alguno de los requisitos exigidos *para su existencia*, sino que se refiere a requisitos prescritos para el valor, para la validez, del acto o contrato.

La distinción entre la inexistencia y la invalidez o nulidad aparece de manifiesto en muchos otros artículos del Código (arts. 1701, 1801, 1802, 1809, 1814, 2027, 2055, 2057, etc.).

Por ejemplo, el art. 1701 dice que la falta de instrumento público, no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados (es decir, como inexistentes) aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno. Exigido el instrumento público como solemnidad para el perfeccionamiento del acto o contrato, éste no existe ante la ley y debe mirarse, no como nulo, como defectuoso, sino como no ejecutado el acto y no celebrado el contrato; los interesados nada han hecho, aunque se comprometan a reducirlo a escritura pública dentro de

determinado plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno porque no puede garantizar un acto o contrato que no tiene existencia, que no puede producir efecto civil alguno.

En todos los casos de los artículos anteriormente citados la ley se refiere a la existencia del acto o contrato y establece que ese acto o contrato no ha llegado a perfeccionarse; no es tal acto o contrato, y no lo califica de nulo, porque lo que no existe no es válido o nulo, sino que es la nada.

2° Es perfectamente refutable la tesis contraria según la cual los actos y contratos de los absolutamente incapaces debiera sancionarlos la ley con la inexistencia si ésta se encontrara en la mente de aquélla, y no, como lo hace, con la nulidad absoluta. Como dice Claro Solar “la incapacidad absoluta o natural de los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, proviene de su falta de discernimiento e imposibilidad de tener y manifestar una voluntad consciente. En el hecho, estas clases de personas no consienten en el acto o contrato que ejecutan, no pueden dar a conocer su verdadera voluntad y podría decirse que falta en el acto o contrato el consentimiento y no puede perfeccionarse; pero como pueden aparentemente consentir, la ley expresamente declara que adolece de nulidad absoluta el acto o contrato de las personas absolutamente incapaces, y había dicho ya que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución (art. 1447)”.

3° El art. 1682 no sanciona expresamente la falta de objeto, de causa y de consentimiento y como las nulidades absolutas son de derecho estricto, habría que concluir que en estos casos la sanción de los actos o contratos en que faltan esos requisitos sería la nulidad relativa, que es la regla general, lo cual sería una aberración. A esta conclusión no se arriba si se admite la sanción de la inexistencia jurídica.

4° Es cierto que el Código habla especialmente de la nulidad de los actos jurídicos al tratar de la declaración de nulidad y de la rescisión como medio de extinguir las obligaciones, pero esto no significa que los actos inexistentes queden comprendidos entre los actos nulos, pues los actos inexistentes no producen obligaciones y no puede, por lo mismo, tratarse de la extinción de las obligaciones con respecto a tales actos que no las producen.

Observaciones finales

La mayoría de la jurisprudencia chilena, al igual que la francesa, se inclina por comprender los casos de inexistencia dentro de los de nulidad. Los códigos civiles modernos lo hacen expresamente así: Italiano de 1942, art. 1418; boliviano de 1976, art. 549; etíope de 1960, art. 1808 inc. 2º; peruano de 1984, art. 219; paraguayo de 1987, art. 357.

Por ejemplo, el art. 1418 inc. 2º del Código Civil italiano dice: “Produce nulidad del contrato la falta de uno de los requisitos señalados en el art. 1325, la ilicitud de la causa (art. 1343), la ilicitud de los motivos en el caso indicado en el artículo 1345...”. El referido art. 1325 dice: “Los requisitos del contrato son: 1) el acuerdo de las partes; 2) la causa; 3) el objeto; 4) la forma, cuando es exigida por la ley bajo pena de nulidad”.

Como se ve el Código Civil italiano incluye en la nulidad los casos de inexistencia y también engloba la ilicitud de la causa... De esta manera, sin lugar a dudas, sigue el mismo criterio de los autores chilenos que comprenden la inexistencia jurídica en la sanción de la nulidad absoluta.

Conviene advertir que el C. Civil italiano llama nulidad lo que nosotros denominamos nulidad absoluta y le da el nombre de anulabilidad a la nulidad relativa.

El argumento de que la inexistencia jurídica queda comprendida en nuestro Código dentro de la nulidad absoluta fundado en que el Código Civil declara nulos, de nulidad absoluta, los actos de los absolutamente incapaces (que sería un caso de inexistencia) es de gran fuerza y la refutación de la tesis contraria débil, forzada y no convincente.

Para los efectos prácticos es indudablemente preferible la concepción que engloba la inexistencia jurídica dentro de la nulidad absoluta.

LA NULIDAD

Campo de aplicación y carácter de las normas del Código Civil sobre la nulidad.

El Código Civil establece diversas reglas generales sobre la nulidad de los actos y contratos en el Título XX de su Libro IV (arts. 1681 a 1697). Sus normas se aplican a cualquier acto jurídico, sea uni o bilateral, a menos que haya una disposición expresa que consulte otra sanción que la general ahí contemplada.

Las reglas del Código Civil sobre la materia son aplicables en las demás ramas del derecho privado, si no hay una norma especial en contrario; pero no se extiende al derecho público. Este tiene sus propias reglas y distintas en sus diversas ramas. Así unas son las reglas de la nulidad en el derecho administrativo y otras en el derecho procesal.

Las normas sobre nulidad son de orden público; en consecuencia, de aplicación estricta e inderogables por las partes.

Fundamento de la nulidad

El fundamento de la nulidad no es otro que hacer que se respeten los requisitos de existencia o validez de los actos jurídicos.

Concepto general de nulidad

La *nulidad* es “la sanción legal establecida por la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes”. Es la definición que se desprende de la disposición del Código Civil según el cual “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes” (art. 1681 inc. 1º)

Especies de nulidad: absoluta y relativa

“La nulidad puede ser absoluta o relativa” (art. 1681 inc. 2º).

Nulidad absoluta es la sanción legal impuesta a los actos celebrados con omisión de un requisito exigido en consideración a su naturaleza o especie.

Nulidad relativa es la sanción legal impuesta a los actos celebrados con prescindencia de un requisito exigido en atención a la calidad o estado de las partes.

El diferente calificativo de una y otra nulidad se explica porque un acto nulo absolutamente está viciado en sí mismo, objetivamente; por lo tanto, su nulidad existe respecto de todos, *erga omnes*, con alcance ilimitado, es decir, absoluto. Un acto nulo relativamente nada de reprochable tiene en sí; su vicio se debe a la omisión de un requisito exigido en consideración a las personas que lo celebran o ejecutan, y por eso es de carácter subjetivo; la nulidad relativa sólo existe con relación a determinadas personas; su alcance es limitado, relativo.

Una y otra nulidad se diferencian en cuanto a: 1) las causales que las producen; 2) las personas legitimadas para invocar la nulidad; 3) la posibilidad de ratificar o no el acto nulo, y 4) la duración de la prescripción.

Ambas nulidades tienen de común en que para operar deben ser declaradas judicialmente y en que, una vez declaradas, producen los *mismos efectos*.

Terminología

En la doctrina, por lo general, se reserva la palabra nulidad para referirse a la absoluta, y las de anulabilidad o rescisión para aludir a la relativa. Por eso nuestro Código Civil habla, en el título correspondiente, de nulidad y rescisión (arts. 1681 a 1697). Pero esta distinción terminológica para significar conceptos diferentes, no la mantiene. Pues a menudo emplea el término nulidad para señalar cualquiera de las dos especies. Todo esto sin

perjuicio de que use otras expresiones delatorias según el caso de la nulidad absoluta o la relativa.

Especie de nulidad que constituye la regla general

El Código Civil después de expresar cuándo hay nulidad absoluta, agrega que “cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa” (art. 1682 inc. final). La regla general es, por consiguiente, la nulidad relativa.

Las nulidades son de derecho estricto

Las nulidades, como quiera que constituyen una sanción, son de derecho estricto. Sólo existen las nulidades que expresamente consagra la ley. No pueden aplicarse ni interpretarse por analogía.

La nulidad sólo puede emanar de una disposición legal que específicamente la señale. Así sucede: 1) cuando la ley declara que un determinado acto es nulo, y 2) cuando le ley *prohíbe* un acto y no designa expresamente una sanción distinta de la nulidad para el caso de contravención (art. 10).

Momento en que se considera la existencia de la nulidad

La ausencia del requisito o el vicio de éste que produce la nulidad debe existir al momento de la celebración o realización del acto, y no posteriormente.

La nulidad no puede renunciarse anticipadamente

Esto porque con ella se protegen los intereses superiores de la colectividad.

Dice al respecto el art. 1469: los actos y contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad.

Nulidad total y nulidad parcial del acto jurídico

Hay disposiciones de un acto jurídico o cláusulas de un contrato cuya nulidad no compromete la validez de las demás del acto o contrato, el cual puede subsistir válido con sólo estas últimas. Para fijar la extensión de la nulidad debe determinarse, en cada caso, la importancia que en el acto o contrato tiene la disposición o cláusula violatoria de la ley en relación con el resto substancial del acto o contrato.

Es menester resolver si la disposición o cláusula reprochable del acto afecta a la esencia de éste o si la disposición o cláusula particularmente nula es un accidente del mismo acto o contrato de tan relativa importancia que, no obstante su nulidad, las partes habrían llevado a efecto el acto o contrato. Ejemplo típico de una disposición nula que no compromete la validez del resto del acto es la que consigna el Código Civil al preceptuar que no vale disposición alguna testamentaria a favor del escribano (art. 1061). Es patente en este caso la intrascendencia de la asignación hecha al notario frente a las disposiciones esenciales de un testamento dirigidas a nombrar a uno o más herederos. Y por el contrario hay nulidad total del testamento otorgado por un demente.

La Nulidad Absoluta

Causales

Partiendo de la premisa que nuestro Código Civil comprende la inexistencia jurídica en la nulidad absoluta, de acuerdo con el art. 1682, las causales de dicha nulidad son las siguientes:

- 1) La falta de objeto;
- 2) El objeto ilícito;
- 3) La falta de causa;
- 4) La causa ilícita;
- 5) La falta de voluntad o consentimiento;
- 6) Los actos y contratos de los absolutamente incapaces;
- 7) La omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos.

8) Discutiblemente, el error esencial.

Fundamento y caracteres de la nulidad absoluta

La nulidad absoluta se encuentra establecida en interés de la moral y de la ley: para proteger la primera y obtener la observancia de la segunda; no se dirige a cautelar el interés de determinadas personas.

Del fundamento de la nulidad absoluta, anteriormente señalado, derivan diversos caracteres de ella, relacionados con su declaración, petición y saneamiento por ratificación de las partes y transcurso del tiempo.

Necesidad de que la nulidad absoluta sea declarada por el juez

El Código Civil dispone que la nulidad absoluta *puede y debe* ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (art. 1683).

La nulidad *aparece de manifiesto* en el acto o contrato, de acuerdo con la significación que a la palabra *manifiesto* da el Diccionario de la Lengua, cuando, para que quede establecida, basta sólo leer el instrumento en que el acto o contrato se contiene sin relacionarlo con ninguna otra prueba o antecedente del proceso.

Resulta obvio que para que el juez esté obligado a declarar la nulidad absoluta que aparece de manifiesto en el acto o contrato es que exista un juicio o pleito y que en él se haga valer ese acto o contrato.

Legitimados para solicitar la declaración de nulidad absoluta

a) “*La nulidad absoluta 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*” (art. 1683).

Al decir la ley que puede alegar la nulidad absoluta todo el que tenga interés en ello, faculta para pedirla no sólo a las partes que han intervenido en el acto, sino también a terceros. Ej.: en la venta y enajenación de una

cosa embargada por decreto judicial, sin autorización del juez ni consentimiento del acreedor embargante, la nulidad absoluta (art. 1464 N° 3) la podría pedir un tercero ajeno por completo a la venta y enajenación hecha por las partes: el acreedor embargante.

Pero todos -partes o terceros- deben tener un interés en que se declare la nulidad. Este interés consiste en obtener la invalidez del acto que perjudica en su patrimonio a quien alega la nulidad. El interés en la declaración de nulidad debe acreditarlo el que lo invoca.

Viciando la nulidad absoluta el acto jurídico en sí mismo, sin consideración a las personas que lo han celebrado, resulta lógico que pueda pedirla cualquiera persona que tenga interés en ello, aunque no sea parte en el acto o contrato.

El interés que legitima para alegar la nulidad absoluta a las partes o a los terceros es de carácter *pecuniario*, esto es, susceptible de ser apreciado en dinero, porque no cabe en esta materia un interés puramente moral, como es el que autoriza la intervención del Ministerio Público. Dicho interés debe existir al momento de solicitarse la declaración de nulidad (interés actual).

Excepcionalmente no puede alegar la nulidad absoluta “el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

Con la expresión “sabiendo”, el Código se refiere a un conocimiento personal, real y efectivo del vicio de nulidad, y con la expresión “debiendo saber” no se refiere el Código al conocimiento presunto de la ley, porque en tal caso nadie podría alegar la nulidad absoluta, sino a aquel que debería tener el autor del acto o la parte de un contrato, en atención a que las circunstancias del mismo o la condición de quienes intervienen en él no permiten considerar como lógica o razonable la ignorancia del vicio.

La misma idea aparece en la disposición según la cual “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a *sabiendas*” (art. 1468). Con la locución a *sabiendas* el legislador se refiere

al conocimiento real y efectivo de la ilicitud de la causa u objeto; no basta el conocimiento presunto o ficto de la ley.

Al que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, se le niega la legitimación para alegar la nulidad absoluta porque “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”.

Surge un problema con relación a los actos jurídicos celebrados por medio de *representantes*. Si éste sabía o debería saber el vicio que invalidaba el acto, pero no lo sabía ni debería saberlo el representado, ¿puede el último alegar la nulidad absoluta o pierde, al respecto, su legitimación? La respuesta de la jurisprudencia ha sido contradictoria. De acuerdo con una opinión, el representado no podría alegar la nulidad absoluta porque, según la ley, lo hecho por el representante se estima hecho por el representado (art. 1448). Conforme a otro parecer, el representado puede pedir la nulidad absoluta del acto celebrado con dolo por su representante, porque el dolo es una determinación personalísima de la voluntad y porque el representante sólo está autorizado para ejecutar actos lícitos, y no ilícitos. Este segundo punto de vista es el que hoy prevalece. O sea, se considera que la prohibición de alegar la nulidad absoluta, en el caso de que se trata, 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.

Se ha cuestionado también si pueden alegar o no la nulidad absoluta los *herederos* del que celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. A favor de que los herederos pueden hacerlo se sostiene que la ley, al impedir alegar la nulidad absoluta al que celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, establece una verdadera inhabilidad y como tal, siendo una regla de excepción, debe interpretarse restrictivamente, circunscribiéndose al único caso al que la ley literalmente se refiere y, por lo tanto, si dentro de los términos literales de la ley no cabe comprender a los herederos, legalmente no puede extenderse a ellos tal inhabilidad. Pero, en sentido contrario, se ha respondido que los herederos y cesionarios del causante no pueden alegar la nulidad absoluta por la sencilla razón de que no han podido adquirir por la sucesión por causa de muerte un derecho que su causante no tenía y que

mal podría transmitirles, y no sólo no tenía ese derecho sino que lo que es más grave aun la ley expresamente le vedaba alegar la nulidad. Además, ha de tenerse presente que el Código Civil prescribe que cuando el dolo es imputable a un incapaz no se permite a él ni a sus herederos alegar la nulidad (art. 1685), lógico es entonces pensar que con mayor razón tal prohibición para alegar la nulidad absoluta debe comprender a los herederos y cesionarios de las personas capaces.

b) *La declaración de la nulidad absoluta puede también pedirse por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley* (art. 1683).

El ministerio público es ejercido por el fiscal de la Corte Suprema y por los fiscales de las Cortes de Apelaciones. En los negocios que se ventilen ante los jueces de letras, no es necesaria la intervención del ministerio público (C. Orgánico de Tribunales, arts. 350 y 351).

La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes.

Así lo dice expresamente el Código Civil (art. 1683 parte final). La ratificación importa dar por válido un acto jurídico que no lo es. Se traduce en la renuncia a pedir la declaración de nulidad del acto legalmente vicioso. La imposibilidad de ratificación se explica porque la nulidad absoluta se encuentra establecida en el interés general, que no puede quedar supeditado por la voluntad particular.

Saneamiento de la nulidad absoluta por el transcurso del tiempo

La nulidad absoluta no puede sanearse por un lapso que no pase de diez años (art. 1683). Después de este plazo no puede alegarse la nulidad absoluta, y la razón se encuentra en la necesidad de consolidar los derechos al cabo de cierto tiempo. La prescripción de que se habla pone término al derecho de alegar la nulidad sea como acción o excepción.

El plazo se cuenta desde la fecha en que se celebró el acto o contrato nulo, porque desde entonces podía hacerse valer la acción de nulidad. Así se concluye aplicando el mismo principio que informa al precepto del

Código Civil según el cual el tiempo de prescripción extintiva se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible (art. 2514 inc. final).

Irrenunciabilidad de la acción para solicitar la declaración de nulidad absoluta.

Dicha acción es irrenunciable porque la nulidad absoluta es una institución de orden público.

La nulidad absoluta no se produce de pleno derecho

Del conjunto de diversas disposiciones legales (arts. 1683, 1687, 1689 del Código Civil y 37 de la Ley de Matrimonio Civil) que se refieren a la nulidad judicialmente *declarada* o *pronunciada*, se desprende que la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez; no obra de pleno derecho. En otros términos, el acto jurídico nulo absolutamente produce efectos mientras la nulidad no se declare por sentencia judicial.

La Nulidad Relativa

Definición y fundamento

Nulidad relativa es la sanción legal impuesta a los actos celebrados con prescindencia de un requisito exigido en atención a la calidad o estado de las partes.

La nulidad relativa no se encuentra establecida en el interés de la moral y de la ley, no protege los superiores intereses de la colectividad, sino los de ciertas y determinadas personas en cuyo beneficio el legislador la establece.

Causales

El Código Civil después de enumerar los casos de nulidad absoluta dice: “Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da

derecho a la rescisión del acto o contrato” (art. 1682). Rescisión equivale a anulación.

Las causales de nulidad relativa son:

- 1) Los actos celebrados por los relativamente incapaces sin la autorización de sus representantes legales;
- 2) Error;
- 3) Fuerza;
- 4) Dolo, y
- 5) Omisión de formalidades exigidas en consideración al estado o calidad de las personas que celebran o ejecutan el acto.

Algunos agregan -discutiblemente- la existencia de la lesión en los casos en que la ley la admite.

Características

De la circunstancia de hallarse establecida la nulidad relativa en interés particular, a favor de las personas que la ley indica, se desprenden las siguientes características: 1) sólo están legitimados para alegar la nulidad relativa aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes; 2) la nulidad relativa puede sanearse por el transcurso del tiempo, y 3) la nulidad relativa puede sanearse por la ratificación e las partes.

Personas legitimadas para alegar la nulidad relativa

“La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; *ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios*” (art. 1684).

Lo anterior quiere decir que si en un contrato hubo error, fuerza o dolo, sólo podrá demandar la rescisión la parte que sufrió el error, la fuerza o el dolo y no la otra. Si el contrato lo celebró un incapaz relativo sólo éste y no la otra parte podrá pedir la declaración de nulidad.

Pueden también alegar la rescisión los herederos de la persona que, teniendo derecho a pedirla, falleció sin haberlo hecho. Y ello es lógico, pues los herederos representan al causante y le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, uno de los cuales es, precisamente, el derecho a pedir la rescisión.

Y, finalmente, pueden también alegar la rescisión los cesionarios de la persona que tenía derecho a demandarla; entendiéndose por cesionarios las personas a quienes los beneficiados con la nulidad relativa transfieren, por acto entre vivos, los derechos que emanan del acto o contrato nulo, incluyéndose en dicha cesión el derecho a demandar la rescisión.

La nulidad relativa puede sanearse por el transcurso del tiempo

Así lo dice expresamente el Código Civil (art. 1684).

El plazo para pedir la rescisión dura cuatro años. Este cuadrienio se cuenta, en el caso de violencia, desde el día en que ésta haya cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se cuenta el cuadrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. Vale decir, para los menores adultos, el cuadrienio empezará a contarse el día que cumpla 18 años de edad y para los disipadores interdictos, desde el día de la rehabilitación en la administración de sus bienes. Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hayan designado otro plazo (art. 1691).

Si en el plazo de cuatro años que hay para pedir la rescisión, la persona legitimada para alegar la nulidad relativa no lo hace, quiere decir que a su término el vicio del acto desaparece y éste queda completamente sano como si siempre hubiera sido válido en forma perfecta.

El art. 1692 se refiere a la situación que se produce cuando muere la persona que puede demandar la rescisión y dispone que “Los herederos mayores de edad gozarán del cuadrienio entero si no hubiere principiado a correr; y gozarán del residuo en caso contrario. A los herederos menores empieza a correr el cuadrienio o su residuo, desde que hubieren llegado a

edad mayor. Pero en este caso no se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato”.

La nulidad relativa puede sanearse por la ratificación de las partes.

La ratificación de la nulidad relativa es una confirmación del acto o contrato nulo relativamente e importa la renuncia a la rescisión que habría podido solicitarse.

La posibilidad de ratificar o confirmar el acto o contrato nulo relativamente se justifica porque la nulidad relativa se halla establecida en beneficio de ciertas y determinadas personas, se trata de un derecho que sólo mira al interés particular de ellas, por lo que cae bajo la disposición general que permite la renuncia de los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante y cuya renuncia no está prohibida (art. 12).

La palabra *ratificación* tiene en derecho dos acepciones. En una designa el acto en virtud del cual una persona asume por su cuenta los actos ejecutados a su nombre por otra que no tenía poder para ello. En otro sentido, y que es el que aquí corresponde estudiar, equivale a la confirmación del acto nulo relativamente, y no es otra cosa que la renuncia del derecho de pedir la nulidad; no importa renovación del acto jurídico que adolece de nulidad relativa.

La confirmación o ratificación constituye un acto *unilateral* que puede realizar la persona legitimada para demandar la nulidad.

La ratificación puede ser expresa o tácita (art. 1693). La tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contraída (art. 1695), por ejemplo si el comprador paga el precio, o si el arrendatario paga la renta, teniendo derecho a solicitar la nulidad del respectivo contrato.

Tanto la ratificación expresa como la tácita, para ser válidas, deben emanar de la parte o partes que tienen derecho para alegar la nulidad (art. 1696). La persona que ratifica debe ser capaz de contratar; no vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar (art. 1697).

Para ser eficaz la confirmación no debe estar afectada del mismo vicio que hace rescindible el acto que se trata de ratificar, y debe hacerse con conocimiento del vicio del acto y del correspondiente derecho de exigir la nulidad, y con intención de confirmarlo. No es necesario, tratándose de la confirmación expresa, reproducir el contenido íntegro del acto viciado, ni que se haga en la misma forma exigida para éste, a menos que la confirmación se refiera a actos solemnes, pues en tal caso “deberá hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica” (art. 1694), por ejemplo si se pretendiera confirmar la compraventa de un bien raíz en que existió dolo, la declaración a través de la cual se manifiesta la voluntad de confirmar debe otorgarse por escritura pública, que es la solemnidad a que por ley está sujeto el contrato de compraventa de bienes raíces.

Al destruir la confirmación el vicio del acto por sí mismo eficaz, hace que éste sea tratado como si nunca hubiese tenido vicio alguno. A la fecha del acto confirmado, y no a la de la confirmación, es a la fecha que, para todos los efectos legales, debe atenderse.

La confirmación del acto sólo es posible antes de la declaración de nulidad.

La conversión

Se dice que hay conversión cuando un acto jurídico inválido como tal se utiliza para producir los efectos de otro acto jurídico cuyos requisitos esenciales reúne.

Cuando hay conversión, en lugar del acto nulo, se entiende celebrado el otro, si hay razones para suponer que las partes, de haber sabido que el que celebraran era nulo, habrían encaminado su voluntad a éste. Ejemplo: la letra de cambio que no llena todos los requisitos de forma señalados a este acto, puede surtir los efectos propios de un reconocimiento abstracto de deuda. A la misma idea de la conversión responde el hecho de que se considere como nueva oferta la aceptación condicional a que se refiere el art. 102 del Código de Comercio.

Fuera de la conversión basada en una consideración hipotética de la voluntad de las partes, hay otra, llamada *formal*, que obra sin más, automáticamente, en virtud de la disposición de la ley. Según el Código Civil, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, vale como instrumento privado si estuviese firmado por las partes; se entiende que el instrumento público defectuoso servirá útilmente como instrumento privado, si no se trata de un acto en que la ley requiere el instrumento público como solemnidad, y en que él no puede suplirse por otra prueba (art. 1701).

Nulidad de los actos de los incapaces

Los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no pueden declararse nulos ni rescindirse, sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes (art. 1686).

Puede suceder que un incapaz, en el deseo de celebrar un contrato, se haga pasar por capaz. Si se limita a aseverar que es mayor de edad o que la interdicción u otra causa de incapacidad no existe, y lleva a cabo el contrato, puede, a pesar de su engaño, solicitar más tarde la nulidad del contrato. Porque la ley estima que el otro contratante ha sido negligente en cerciorarse del verdadero estado del incapaz al dejarse guiar por *meras aserciones*. Pero la solución no es la misma si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, como si, por ejemplo, falsificare una partida de nacimiento para parecer como mayor de edad. En este caso - en que ninguna negligencia hay por el otro contratante, porque no puede presumir la mala fe- la ley no permite al incapaz ni a sus herederos o cesionarios alegar la nulidad (art. 1685).

Diferencias entre la nulidad absoluta y la relativa

Las diferencias entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa saltan a la vista con sólo comparar los textos de los arts. 1683 y 1684, y son las que a continuación se expresan.

- 1) La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; la nulidad relativa sólo puede ser declarada a petición de parte interesada.
- 2) La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello y puede pedirla el ministerio público en el solo interés de la moral y de la ley; la nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, y
- 3) La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de diez años; la nulidad relativa, en cambio, puede sanearse por la ratificación de las partes o por un lapso de cuatro años.

Necesidad de declaración judicial

Toda nulidad, absoluta o relativa, no produce sus efectos sino en virtud de sentencia judicial basada en autoridad de cosa juzgada. Mientras la nulidad absoluta o relativa no ha sido judicialmente declarada, el acto viciado surte todos los efectos, porque lleva envuelto en sí una presunción de validez, pero una vez declarada, la nulidad opera retroactivamente y aniquila todos los efectos del acto nulo en el pasado.

La declaración judicial supone una sentencia que acoja la acción o excepción de nulidad deducida en el juicio en que se discute la validez del acto o contrato cuestionado.

EFFECTOS DE LA NULIDAD

Los efectos de la nulidad absoluta y la relativa son idénticos

Si bien la nulidad absoluta y la nulidad relativa se diferencian en cuanto a las personas que las pueden pedir y alegar, en cuanto a que una es susceptible de la declaración de oficio y la otra no, y en cuanto al saneamiento por la ratificación de las partes y el transcurso del tiempo, por lo que atañe a los efectos ninguna diferencia existe. Por eso las disposiciones que tratan de este punto (arts. 1687 a 1689) se refieren a los efectos de ambas nulidades, sin distinción alguna.

La nulidad judicialmente declarada produce efectos con respecto a las partes que celebraron el acto o contrato nulo y efectos con respecto de terceros.

Efectos de la nulidad con respecto a las partes

La nulidad judicialmente declarada produce efectos solamente con relación a las partes en cuyo favor se ha decretado. Así fluye de la disposición según la cual “Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras” (art. 1960). Esta disposición está en armonía con la que establece que las sentencias judiciales no tendrán fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren (art. 3° inc. 2°).

Para determinar los efectos que produce la nulidad entre las partes, necesario es distinguir dos situaciones: 1) si el contrato no ha sido cumplido; 2) si el contrato ha sido cumplido por uno de los contratantes o por ambos.

Si el contrato *no ha sido cumplido* por ninguna de las partes, no cabe pedir su ejecución, porque el contrato, y por consiguiente las obligaciones que engendra, desaparecen. En este caso tiene lugar el modo de extinguir las obligaciones a que alude el art. 1567 N° 8 a cuyo tenor las obligaciones se extinguen por la declaración de nulidad o por la rescisión.

Si el contrato *ha sido cumplido* por alguna de las partes, o por ambas, tiene lugar lo establecido en el art. 1687 que dice: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto y causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”. El Código da a las partes el derecho a exigirse recíprocamente la

restitución de todo lo que hubieren entregado en virtud del contrato, o sea, el contrato se destruye en el pasado, y las cosas quedan como si éste nunca se hubiera celebrado. Si, por ejemplo, se declara nula una compraventa, el comprador deberá devolver la cosa y el vendedor deberá restituir el precio.

Para llevar a efecto las restituciones recíprocas aludidas deben seguirse las “reglas generales” que son las dadas en el párrafo que se refiere a las prestaciones mutuas ubicado en el título de la reivindicación (arts. 904 a 915).

Las reglas de que la nulidad judicialmente declarada da derecho a las partes para ser restituidas al estado en que se encontraban antes del contrato nulo, tiene tres excepciones, señaladas en diversos preceptos. Estas tres excepciones son las que siguen:

- 1) El caso del poseedor de buena fe, que 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, de acuerdo con las reglas generales dadas en el título de la reivindicación (art. 907 inc. 3°).
- 2) El caso que prohíbe repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas (art. 1687 inc. 1° parte final y art. 1468). Se trata de una sanción impuesta por la ley a los que a sabiendas infringen sus disposiciones.
- 3) El caso en que se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige; el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. Se entiende haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas (art. 1688, en relación con el art. 1687 inc. 2° parte final). Si en los casos en que se hubiere hecho más rico el incapaz no estuviera obligado a la devolución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato la otra parte, habría un enriquecimiento sin causa para el incapaz.

La norma relativa a la declaración de nulidad del contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, por ser una medida destinada a proteger los intereses de los incapaces, no se aplica sino, atendiendo a sus términos literales, en el caso de que el contrato se anule o rescinda por incapacidad de una de las partes; en consecuencia, si el contrato se anula por ilicitud del objeto, error, dolo o cualquiera otro vicio, dicha norma es inaplicable.

Efectos de la nulidad respecto de terceros

La nulidad judicialmente declarada, sea absoluta o relativa, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores... (art. 1689).

Los efectos de la nulidad, una vez pronunciada, no se limitan sólo a los contratantes, sino que alcanzan también a los terceros que derivan su derecho de la persona que adquirió la cosa en virtud del contrato nulo o rescindido. No hay en esto sino una aplicación de las reglas generales que rigen la nulidad y la adquisición del dominio; anulado un contrato por resolución judicial ejecutoriada, sus efectos se producen retroactivamente, y se reputa que el contrato no ha existido nunca, que no ha habido adquisición del dominio por parte del adquirente, y que el dominio no ha salido jamás del poder del tradente. Anulada, por ejemplo, una compraventa, el efecto que se produce entre las partes es el de considerar que jamás se ha celebrado el contrato y, por ende, las partes deben volver al estado en que se hallaban antes de su celebración, y como antes de la celebración del contrato el dominio estaba radicado en manos del vendedor, se reputa que este derecho persistió y persiste en sus manos.

Siendo así, y como por otro lado nadie puede transferir más derechos de los que tiene y nadie puede adquirir más derechos que los que tenía su causante, las personas que han derivado sus derechos del que compró en virtud del contrato nulo, no han podido adquirir el dominio, puesto que él no lo tenía, y como el verdadero dueño es el primer vendedor, puede ejercitar la acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño no poseedor contra el poseedor no dueño. De esta manera se explica que la nulidad judicialmente pronunciada otorgue acción reivindicatoria contra terceros poseedores.

Igualmente, si en vez de haber sido enajenada la propiedad ha sido gravada con hipoteca, servidumbre o cualquier otro derecho real, o se ha ejecutado cualquier acto que despoje al propietario de alguno de sus atributos, el verdadero dueño tiene acción para hacer caducar esos gravámenes, por haber sido constituidos por quien no era dueño de la cosa.

La regla general es que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin distinguir si estos poseedores son de buena o mala fe. Tal distinción es una de las principales diferencias que existen entre los efectos de la nulidad y los efectos de la *resolución*, porque esta última solamente da acción reivindicatoria contra terceros poseedores de mala fe (arts. 1490 y 1491). En general, se llama *resolución* la extinción de una relación jurídica por la verificación de un hecho sobreviniente a la formación o constitución de aquélla.

Hay casos excepcionales que derivan de textos legales, en que la nulidad judicialmente pronunciada no da acción reivindicatoria contra terceros poseedores (art. 1689). Estos casos son:

1) La rescisión por lesión enorme. Rescindido un contrato de compraventa por lesión enorme, no caducan las hipotecas y gravámenes constituidos sobre la cosa, ya que de acuerdo con el art. 1895 “el comprador que se halle en el caso de restituir una cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella”.

Si el comprador está obligado a purificar una cosa de los gravámenes, es porque ellos no han caducado por la sola declaración de rescisión, y aun, enajenada la cosa por el comprador, no puede pedirse la rescisión por lesión enorme, pues esta acción se extingue cuando el comprador ha enajenado la cosa, como lo establece el art. 1893, que dice: “Perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ni otra parte para la rescisión del contrato; lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa”.

2) El caso más frecuente en la práctica, es aquel en que el tercero ha adquirido el dominio de la cosa por prescripción. Esta excepción no está contemplada en ningún artículo del Código, pero se desprende de varios (arts. 682, 683 y 717). De todos ellos fluye que el tercer poseedor está a salvo de la acción reivindicatoria cuando ha adquirido el dominio de la cosa

por prescripción, porque los vicios o defectos de que puedan adolecer los títulos de sus antecesores, no se transmiten a él. Ejemplo: A vende a B un inmueble; B se lo vende inmediatamente después a C, y cada una de las ventas va seguida de su respectiva tradición; pasan ocho años y A interpone acción de nulidad del contrato celebrado con B en razón de ilicitud del objeto; la nulidad absoluta se sana en diez años, y como sólo han transcurrido ocho, la acción de nulidad está vigente; al mismo tiempo que A demanda a B la nulidad del contrato, entabla acción reivindicatoria contra C. El contrato entre A y B se anulará porque la nulidad no ha prescrito, pero no habrá derecho a reivindicar la cosa de C, porque éste la ha adquirido por la prescripción ordinaria, pues si bien la tradición no dio el dominio a C porque B no lo tenía, la ley (art. 683) le dio el derecho de ganar el dominio de la cosa por prescripción, y como su posesión era regular, adquirió el dominio por la prescripción ordinaria de cinco años; de manera que C puede rechazar la acción de reivindicación interpuesta en su contra fundado en su posesión y en la norma según la cual la acción con que se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho (art. 2517).

En el caso referido, habiéndose colocado el poseedor por acto suyo en la imposibilidad de restituir la cosa, rigen las disposiciones del título de la reivindicación (arts. 898 y 900). Conforme a tales disposiciones al que enajenó la cosa, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible su persecución, se le podrá pedir la restitución de lo que recibió por ella, y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, debe, además, resarcir todo perjuicio.

Acciones a que da origen la nulidad

De lo expuesto resulta que en el caso de nulidad competen a la persona que la solicita dos acciones, que se dirigen contra sujetos distintos, y que persiguen objetos muy diversos.

La primera es la acción de nulidad, que tiende a obtener la anulación de un contrato celebrado con algún vicio o defecto; el contrato se anula o rescinde entre las partes que lo celebraron, de manera que si la acción de nulidad o rescisión la entabla uno de los contratantes, debe dirigirla contra el otro contratante, y si la hace valer un tercero, en caso de nulidad

absoluta, que puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, deberá entablarse la acción contra todos los contratantes. Esta acción es personal, y debe ventilarse por lo tanto entre los contratantes, y en el juicio que se entable, se resolverá si el contrato tiene o no el vicio que se le atribuye.

La otra acción a que la nulidad da origen es la *reivindicatoria*, que es de carácter real: se dirige contra el que posea la cosa. Si ésta permanece en poder del contratante que celebró el contrato declarado nulo la acción reivindicatoria se entablará contra él, y si la cosa se encuentra en manos de un tercero, en contra suya se entablará la acción reivindicatoria (art. 1689). Como la nulidad judicialmente pronunciada opera retroactivamente y se reputa que el tradente no ha dejado de ser dueño, se expresa que la acción reivindicatoria puede intentarla contra terceros poseedores.

El acto jurídico nulo origina, pues, dos acciones: una personal para la anulación del contrato, que debe dirigirse contra los contratantes, y otra real que debe hacerse valer contra el actual poseedor de la cosa, o el que tenga sobre ella un derecho real emanado del que adquirió en virtud del contrato nulo. Lógicamente, debería entablarse primero la acción personal de nulidad, y una vez declarada ésta, debería entablarse la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa; pero si la lógica lo exige, la conveniencia y la necesidad práctica aconsejan otro procedimiento que permite ahorrar tiempo y dinero. Por eso el Código de Procedimiento Civil permite que en el mismo juicio puedan intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que deduzcan la misma acción, o acciones que emanen directa o indirectamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley (art. 18). Al discutirse el proyecto del Código de Procedimiento Civil, se dejó expreso testimonio por los miembros de la Comisión Revisora de que esta disposición tenía por objeto facilitar la interposición en un solo juicio de las acciones reales y personales en los casos de nulidad y resolución.

La demanda que intente la persona que pide la nulidad contendrá, pues, dos peticiones: la primera para que se declare la nulidad del contrato, y la segunda para que el poseedor de la cosa sea obligado a restituirla. Es cierto que al tiempo de entablarse la demanda todavía el contrato no se ha anulado; pero el mismo Código de Procedimiento Civil autoriza la

interposición conjunta de ambas acciones (art. 17), siendo la segunda una petición condicional para el caso que la primera tenga acogida.

Prescripción de las acciones de nulidad y rescisión

La acción de nulidad absoluta prescribe en diez años.

La acción de nulidad relativa o rescisoria prescribe en el plazo de cuatro años contados desde la celebración del acto o contrato. Esta es la regla general. Pero como puede suceder que la persona en cuyo favor se ha establecido la nulidad se encuentre imposibilitada para ejercer la correspondiente acción, y es un aforismo de derecho que al impedido no le corre plazo, el legislador ha establecido dos casos en que la prescripción no empieza a correr desde la celebración del acto o contrato: tratándose de *violencia* o de *incapacidad* los cuatro años empiezan a contarse desde que cesa la violencia o incapacidad, respectivamente. En los casos de error o dolo no hay excepción a las reglas generales (art. 1691).

La prescripción de la nulidad absoluta y de la relativa es extintiva porque la acción de nulidad se extingue por el simple transcurso del tiempo durante el cual no se haya ejercido.

Suspensión de la prescripción.

La prescripción de la acción rescisoria o nulidad relativa es una prescripción de corto tiempo y, por lo tanto, le es aplicable la disposición según la cual las acciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales, corren contra toda persona, salvo que expresamente se establezca otra regla (art. 2524). Precisamente, la acción de rescisión, es uno de los pocos casos de excepción, porque la acción para pedir la declaración de nulidad se suspende a favor de ciertas personas, especialmente mencionadas por la ley (art. 1692). Esta se ocupa de determinar los efectos que se producen cuando fallece la persona que tenía el derecho de pedir la declaración de nulidad. La acción de nulidad es una acción que está en el patrimonio, es transmisible y puede ser intentada por los herederos, como expresamente lo establece el art. 1684, y para saber si se suspende o no la prescripción de dicha acción, hay que distinguir si los herederos a quienes se transmite son mayores o menores de edad. Si son

mayores, la prescripción no se suspende, y gozarán los herederos del cuadrienio completo, o del residuo, según que haya empezado o no a correr (art. 1692 inc. 1º). Así, si se celebra un contrato con el vicio de fuerza, y la fuerza subsiste con posterioridad al contrato, el plazo no se cuenta sino desde que cese la fuerza, y si pendiente ésta fallece el contratante, sus herederos mayores de edad gozarán del cuadrienio completo, porque éste no había empezado a correr.

Si los herederos son menores de edad, rige la regla conforme a la cual se suspende la prescripción de la acción rescisoria éste es el único caso en que se suspende la prescripción, y como disposición excepcional que es no puede aplicarse por analogía. La regla aludida está consagrada en el art. 1692 inc. 2º que dice que “a los herederos menores empieza a correr el cuadrienio o su residuo, desde que hubieren llegado a *edad mayor*”. De manera que el plazo les corre, no desde el día en que falleció el causante, sino desde el día en que hubieren llegado a la mayor edad.

Esta es una regla excepcional, a la cual no se le puede dar un alcance mayor que el que tiene, y como del texto resulta que solamente se refiere a los menores, no puede aplicarse a los demás herederos, aunque sean incapaces por cualquier otro capítulo.

Si bien la prescripción de la acción rescisoria se suspende a favor de estos menores, no puede en ningún caso pedirse la rescisión después de diez años de celebrado el acto o contrato (art. 1692 inciso final). En esto no hay sino aplicación del principio de acuerdo con el cual transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones establecidas a favor de ciertas personas (art. 2520 inc. 2º).

Ineficacia en Sentido Estricto

Hay ineficacia en sentido estricto cuando el acto que por sí sería idóneo para producir los efectos que le son propios no los genera o deja de producirlos por un hecho extrínseco. Tal ineficacia no deriva de la invalidez del acto jurídico y, antes bien, supone que éste existe y vale y que llega a ser improductivo de efectos por una circunstancia sobreviniente y extraña a

su estructura. Estas circunstancias o hechos extraños a la constitución íntima del acto jurídico y que determinan la producción de efectos, suelen llamarse simplemente “requisito de eficacia”. Si alguno de éstos no concurre, surgen determinadas formas de ineficacia, como la suspensión, la resolubilidad, la rescindibilidad, la revocabilidad, el desistimiento unilateral, la caducidad y la inoponibilidad.

La simple ineficacia puede darse en relación con las partes o con los terceros, y puede ser originaria o sucesiva.

La suspensión

Hay suspensión del acto jurídico cuando los efectos de éste, para tener lugar, quedan subordinados a la ocurrencia de un hecho, y éste todavía no se ha verificado. Tal hecho puede ser una condición suspensiva fijada por las partes o una condición legal (*condictio iuris*), que es un hecho determinado establecido como necesario por la ley, en calidad de supuesto, para que los efectos del acto puedan producirse. Así, por ejemplo, la muerte del testador es una condición legal, y mientras ella no ocurra el testamento permanecerá inmóvil; sólo desplegará sus efectos, se pondrá en movimiento, cuando el testador deje de existir. También el matrimonio es una condición legal en las capitulaciones matrimoniales, o sea, las convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración. Si el matrimonio no se celebra, las convenciones son ineficaces tanto respecto de las partes como de los terceros. Nuestro Código Civil dice que “las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo *valdrán* entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio y siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes” (art. 1716 inc. 1º primera parte).

La suspensión de los efectos del acto es transitoria; dura hasta que se cumpla la condición propia o voluntaria o la condición impropia o legal. Sin embargo, puede que la suspensión sea definitiva si cualquiera de esas condiciones no se ha verificado y ya es seguro que no se verificará. Por ejemplo, los esposos hacen capitulaciones matrimoniales antes de casarse y uno de ellos muere con anterioridad al matrimonio.

La resolubilidad o resolución

La resolubilidad es la situación de un acto jurídico cuyos efectos pueden cesar y eliminarse la eficacia de los ya producidos si sobreviene un hecho determinado o el acto de un sujeto cuya declaración de voluntad es capaz de provocar esas consecuencias.

Ejemplo del primer caso es la condición resolutoria ordinaria, que consiste en un hecho futuro e incierto a cuyo cumplimiento las partes subordinan la extinción de un derecho. Hay una condición de esta especie si un padre da en comodato a su hijo una casa hasta que éste se traslade a Europa. Ejemplo del segundo caso es el incumplimiento por una de las partes de un contrato bilateral. En este caso, la ley faculta a la parte diligente para pedir su arbitrio o la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, con indemnización de perjuicios en cualquiera de las dos hipótesis (art. 1489).

La rescindibilidad

Nuestro Código toma la palabra rescisión como sinónimo de nulidad relativa, salvo en algún caso en que la considera como sanción de la lesión. Aquí analizamos la rescindibilidad como una figura de la ineficacia en sentido estricto. Desde este punto de vista un acto es rescindible cuando a consecuencia de su otorgamiento o celebración el autor o una de las partes del acto sufre un perjuicio tan lesivo a sus intereses que la ley la faculta para solicitar se prive de eficacia a dicho acto, a menos que en otra forma la anomalía se corrija. La lesión constituye la causa de la rescisión.

La revocabilidad

La revocabilidad es una declaración de voluntad unilateral, que consiste en la retractación de un precedente acto jurídico, incluso bilateral, consentida por la ley al autor de dicha retractación. Hay actos que por su propia naturaleza son esencialmente revocables, como el testamento. Y no sólo los actos unilaterales pueden revocarse; también pueden serlo algunos bilaterales, como ciertos contratos: entre ellos se encuentra el mandato, al que puede poner término la revocación hecha por el mandante (art. 2163).

Hay otros contratos que, por sus propias características, son irrevocables, o sea, no pueden ser privados de efectos por la declaración de una sola de las partes, y esto porque vinculan de inmediato a ambas, de manera que si se quiere restarles eficacia es preciso que lo hagan las dos partes por mutuo consentimiento o, como también se dice, por mutuo disenso. La compraventa, por ejemplo, no puede dejarse sin efecto por una sola de las partes, sino por el consentimiento de ambas.

También se habla de revocabilidad para referirse a los actos de disposición del deudor en fraude de los acreedores: esos actos pueden dejarse sin efecto frente a los acreedores que hayan ejercitado la acción revocatoria o Pauliana y en la medida en que perjudiquen sus créditos.

El desistimiento unilateral

Desistimiento unilateral es el término de la relación contractual decidido por una de las partes y comunicado a la otra. El contrato o, mejor, su eficacia queda truncada por la voluntad de una de las partes. Este derecho sólo puede ejercitarse por excepción, cuando la ley lo establece o los contratantes lo pactan. Generalmente se da en los contratos de tiempo indeterminado o de ejecución continuada o periódica. Una de las formas de desistimiento es el desahucio en el contrato de trabajo y en el de arrendamiento.

El desistimiento unilateral puede ser una facultad reconocida a una de las partes *antes* de que el contrato haya comenzado a ejecutarse o *después*. De ordinario el aviso que debe darse a la otra parte se exige que se haga con determinada anticipación, para que ella pueda proveer con debido tiempo lo concerniente a la disolución de la relación.

A menudo se pacta una multa o arra penitencial como contraprestación del desistimiento.

La distinción entre la revocación y el desistimiento unilateral radica en que la revocación es un acto sucesivo que tiende primero a borrar o retirar el acto jurídico originario, desapareciendo mediatamente o por vía de consecuencia los efectos de éste. Así, por ejemplo, en el juicio para revocar

la donación entre vivos por ingratitud del donatario, o sea, por un hecho ofensivo de éste que le hiciera indigno de heredar al donante, se tiende a derribar la donación y, como consecuencia de su caída, es decir, mediatamente, se eliminan los efectos que había originado ese contrato. El desistimiento, aunque también es un acto jurídico sucesivo, se encamina, en cambio, a disolver *inmediatamente* la relación establecida por el contrato: no ataca a éste para derribarlo ni lo cuestiona; sólo pretende poner fin a la relación y, naturalmente, sólo para el futuro (*ex nunc*) y no con retroactividad (*ex tunc*)

La caducidad

En el vocabulario jurídico el término caducidad presenta diversos significados.

- a) Pérdida de un derecho por no haberse hecho valer por su titular en el plazo que de antemano ha fijado para su ejercicio la ley o la voluntad de las partes. Esta acepción, los franceses la conocen específicamente con el nombre de *forclusión* y los italianos con el de *decadenza*.
- b) Extinción de una relación jurídica, a veces con efecto retroactivo, a veces con efecto sólo para el porvenir, según los casos, a causa de hechos sobrevinientes. Este significado cabe en un concepto muy amplio, que en Francia denominan *déchéance* y en Italia, *caducità*.
- c) Por último, dentro de ese mismo concepto amplio se comprende la ineficacia de un acto jurídico que se produce por el solo ministerio de la ley a causa de hechos sobrevinientes. Ejemplo típico son los testamentos privilegiados que caducan sin necesidad de revocación, en los casos previstos por la ley (art. 1212 inc. 2º). Y así, el testamento verbal otorgado a bordo de un buque de guerra, y que la ley autoriza en caso de peligro inminente, caduca si el testador sobrevive al peligro (art. 1053). Las donaciones revocables caducan por el mero hecho de morir el donatario antes que el donante (art. 1143).

LA INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad es la sanción legal que consiste en el impedimento de hacer valer, frente a ciertos terceros, un derecho nacido de un acto jurídico válido o de uno nulo, revocado o resuelto. Dichos terceros están facultados para oponerse a que los alcancen los efectos de un acto jurídico válido o los de la nulidad, revocación o resolución del acto, efectos que los perjudican.

Los terceros que pueden alegar la inoponibilidad son, por lo general, los llamados terceros relativos, es decir, aquellos que no pueden estimarse como representantes de las partes y que están o estarán en relaciones con éstas. En oposición a los terceros relativos se encuentran los terceros absolutos, que son aquellos que no están ni estarán en relaciones jurídicas con los autores o partes de un acto jurídico. Se trata de terceros totalmente extraños. Sin embargo, alguno, por excepción puede hacer valer la inoponibilidad, como es el caso de la venta de cosa ajena.

En nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en los extranjeros, los principios generales de la inoponibilidad no están regulados. Ni siquiera se emplea en el Código Civil la palabra inoponibilidad; la referencia a la idea que ella implica se hace con frases como las de “no valdrán respecto de”, “no producirán efectos contra terceros” y otras por el estilo.

En las leyes chilenas se empezó a usar el vocablo *inoponibilidad* sólo a partir de la segunda mitad del presente siglo. En este sentido puede citarse, por ejemplo, la ley N° 18.175, de 28 de octubre de 1982, sobre Quiebras (arts. 72, 74, 76 y 80).

Inoponibilidades de un derecho nacido de un acto jurídico válido.

Los múltiples casos de estas inoponibilidades diseminados en la legislación pueden agruparse en varias categorías; las dos más amplias son las inoponibilidades de forma y las de fondo.

Hay formalidades que no se exigen para la constitución de un acto o contrato, sino para que los efectos de éstos puedan hacerse valer, oponerse contra terceros. La omisión de dichas formalidades es causal de las *inoponibilidades de forma*, que se reducen a dos: inoponibilidades por omisión de formalidades de publicidad e inoponibilidad por falta de fecha cierta.

Inoponibilidades de fondo son aquellas que se basan en los efectos de un acto que hieren injustamente los derechos de terceros. Tales inoponibilidades son las siguientes: por falta de concurrencia, por clandestinidad, por fraude, por lesión de los derechos adquiridos y por lesión de las asignaciones forzosas.

Inoponibilidades de forma

1. Inoponibilidades por omisión de formalidades de publicidad

Estas formalidades son aquellas destinadas a que los terceros tomen conocimiento de un acto o contrato celebrado por las partes, o de la ocurrencia de un hecho de relevancia jurídica.

Casos de inoponibilidades por falta de publicidad:

1.1 Las contraescrituras públicas no producen efectos con respecto a terceros cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado (copia) en cuya virtud ha obrado el tercero (art. 1707, inciso 2º). Sólo mediante estas dos anotaciones la ley presume que los terceros han tomado o podido tomar conocimiento de la contraescritura. Si estas dos anotaciones no se hacen o se omite cualesquiera de ellas, la contraescritura es inoponible, no afecta a los terceros. Entre las partes la contraescritura es perfectamente válida, pues la disposición transcrita sólo tiene por objeto proteger a los terceros.

1.2 La cesión de un crédito personal no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (art. 1902).

1.3 La sentencia judicial que declara una prescripción hace las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no vale contra terceros sin la competente inscripción (art. 2513).

1.4 Declarada en interdicción de administrar lo suyo una persona por disipación, la sentencia que hace la declaración debe inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar que lleva el Conservador de Bienes Raíces (art. 447). Si la inscripción no se realiza la sentencia no produce efectos respecto de terceros, no es oponible a éstos. En consecuencia, y por ejemplo si después de la sentencia y antes de la inscripción el pródigo o disipador celebra un contrato con otra persona, a ésta no podrá oponerse la interdicción; para ella el contrato será válido.

2. Inoponibilidad por falta de fecha cierta

Los instrumentos privados, cuya fecha es susceptible de ser alterada por las partes, no hacen fe contra terceros en cuanto a la exactitud de ella, mientras no se produzca un hecho que a los ojos de la ley dé certeza a la data.

En efecto, el Código Civil declara que “la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de algunos de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal” (art. 1703). Además, según el art. 419 del C.OT. la fecha de instrumento privado se cuenta respecto de terceros desde su protocolización.

Tratándose de asuntos mercantiles, las escrituras privadas que guarden uniformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos que enumera el artículo 1703 del Código Civil (C. de Comercio, art. 127).

En resumen, la fecha de un instrumento privado no es oponible a terceros mientras no se produzca un hecho que conforme a la ley dé certeza a aquélla.

Inoponibilidades de fondo

1. Inoponibilidad por falta de concurrencia

Con este título se engloban los casos en que el acto o contrato no puede hacerse valer, oponerse, en contra de las personas que no han concurrido como partes a su celebración. El caso más típico es el de la venta de cosa ajena, la cual es válida, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el tiempo (art. 1815). Tal contrato es inoponible al verdadero dueño que, no concurrió a prestar el consentimiento.

También el arrendamiento de cosa ajena es inoponible al dueño de la cosa arrendada (art. 1916); la prenda de cosa ajena, al dueño (art. 2390); las obligaciones contraídas por el socio administrador que obra fuera de sus límites legales o del poder especial de sus consocios son inoponibles a la sociedad (art. 2079), etc.

2. Inoponibilidad por clandestinidad

No pueden oponerse a los terceros los actos o contratos celebrados ocultamente, por la imposibilidad de aquéllos de tomar conocimiento de éstos. Ejemplo clásico es el de las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública: aquéllas no producen efectos contra terceros, les son inoponibles (art. 1707 inc. 1°).

3. Inoponibilidad por fraude

Son inoponibles por fraude los actos ejecutados en fraude de los derechos de terceros; la ley da a éstos ciertos medios para que aquellos actos no los afecten. Está fundada en la causal de fraude, por ejemplo, la llamada acción pauliana, acción que permite a los acreedores perjudicados por actos realizados por el deudor solicitar la rescisión de éstos, cumpliéndose además otros requisitos señalados por la ley (art. 2468).

También la ley declara nulo el pago hecho al acreedor si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso (art. 1578 N° 3). La causal de fraude da fundamento a ciertas inoponibilidades establecidas por la Ley de Quiebras (art. 75). Hay inoponibilidades que pueden hacer valer los acreedores de la quiebra contra actos celebrados por el fallido sin que sea necesario probar mala fe o fraude (Ley de Quiebras, arts. 72 y 74).

El fraude difiere del dolo porque éste tiene lugar entre las partes cuando una de ellas se vale de engaño para perjudicar a la otra; en cambio, el fraude es una maniobra de mala fe ejecutada por una o ambas partes dirigida a perjudicar a terceros.

4. Inoponibilidad por lesión de los derechos adquiridos

Esta inoponibilidad comprende los casos en que los efectos de un acto no pueden hacerse valer contra terceros que tienen derechos adquiridos sobre cosas a que el acto se refiere. Así, por ejemplo, el decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido otorgado a favor de otros sujetos pueden rescindirse en beneficio del desaparecido si reapareciere, recobrando sus bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos (art. 94 N° 4). Los terceros que adquirieron legalmente estos derechos sobre los bienes del desaparecido que reaparece podrían oponerle esta adquisición si él pretendiera recobrarlos en virtud de la rescisión del decreto de posesión definitiva.

5. Inoponibilidad por lesión de las asignaciones forzosas

Estas asignaciones son aquellas que el testador está obligado a hacer a ciertas personas determinadas por la ley, como, por ejemplo, los hijos. Si en un caso dado el testador nada asigna a sus hijos, el testamento no adolece de nulidad, es válido, pero inoponible a dichos hijos en cuanto los perjudica y ellos pueden solicitar la reforma del testamento para salvar ese perjuicio (art. 1216).

Inoponibilidades de un derecho nacido de la nulidad o resolución de un acto jurídico.

Hay casos excepcionales en que la *nulidad* de un acto o contrato no puede hacerse valer en contra de terceros, los cuales tienen el derecho de que respecto de ellos el acto o contrato se mire como perfectamente válido.

Un ejemplo en este sentido es la inoponibilidad de la nulidad del contrato de sociedad por parte de los miembros de la sociedad de hecho en contra de los terceros de buena fe (art. 2058). Del mismo modo, la nulidad de la sociedad colectiva mercantil por falta de solemnidades en su constitución no puede alegarse contra terceros interesados en su existencia (C. de Comercio, art. 356 inc. 3).

Otro caso en que la nulidad es inoponible se encuentra en el matrimonio. Al respecto preceptúa el Código Civil que la nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la filiación matrimonial de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error (art. 122 inc. 2º). Esto quiere decir que la nulidad del matrimonio no priva a los hijos de su estado civil de hijos matrimoniales; a este respecto a ellos la nulidad del matrimonio no les afecta, les resulta inoponible.

Aunque por regla general la *resolución* de los actos jurídicos opera con efecto retroactivo, la resolución judicialmente declarada es inoponible a los terceros de buena fe (arts. 1490 y 1491).

Tratándose del contrato de donación, el Código Civil establece que, salvo que concurren ciertos supuestos expresamente señalados, la resolución, la rescisión y la revocación son inoponibles en contra de terceros poseedores de los bienes donados (art. 1432).

Maneras de hacer valer la inoponibilidad

El juez no puede declarar de oficio la inoponibilidad; ésta debe ser alegada por el sujeto en cuyo favor se encuentra establecida.

Generalmente, la inoponibilidad se deduce como excepción por el tercero en contra del cual se pretende hacer valer el acto inoponible. En contados casos puede deducirse como acción; así ocurre con la acción pauliana.

Diferencias entre la nulidad e inoponibilidad

Entre la nulidad de los actos jurídicos y la inoponibilidad de los mismos hay diferencias notorias.

En primer lugar, la nulidad ataca la validez del acto mismo, privándolo de eficacia tanto respecto de las partes como de los terceros; en cambio, la inoponibilidad sólo se dirige a privar de efectos al acto respecto de terceros de buena fe.

En segundo lugar, la nulidad tiende a proteger a las partes del acto, y la inoponibilidad, a los mencionados terceros.

En tercer lugar, la nulidad, sea absoluta o relativa, es una sanción de orden público, y por ende, no puede renunciarse anticipadamente; pero sí puede serlo la inoponibilidad, que es una sanción de orden privado establecida a favor de los terceros en referencia.

LA SIMULACIÓN

Ferrara define la simulación como “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”.

La simulación difiere de la reserva mental. Esta última existe cuando el declarante, a sabiendas de que lo declarado no responde a su intención, reserva en secreto, en la mente, su verdadera voluntad. En este caso el acto jurídico es plenamente válido. La seguridad del comercio jurídico y la confianza en la palabra dada fundamentan que así sea. La simulación se diferencia de la reserva mental por implicar aquélla un acuerdo entre las partes, acuerdo que no hay en la reserva mental.

La simulación obedece a causas muy variadas. Desde este punto de vista se distingue entre la simulación lícita y la ilícita. La primera no persigue fines dolosos; es determinada por motivos inocentes o de orden moral, como en quedar a salvo de indiscreciones o impedir que el público se ponga al corriente de ciertos negocios, o por modestia para realizar anónimamente el bien. Pero en la práctica, en su mayoría, las simulaciones son fraudulentas, realizadas en perjuicio de terceros.

La simulación en los ordenamientos jurídicos positivos

Nuestro Código Civil no establece reglas sobre la simulación. Esta ha sido estructurada por la doctrina y jurisprudencia basándose principalmente en el art. 1707, que dice: “Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”.

El Código Civil chileno en ninguna parte emplea la voz simulación. Empero, el Código Penal castiga al “que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado” (art. 471, N° 2°; art. 466 inc. 2°).

Al revés del nuestro, otros códigos civiles se ocupan expresamente de la simulación: argentino de 1869 (arts. 955 a 960); alemán de 1900 (art. 117); italiano de 1942 (art. 1414 al 1417); etíope de 1960 (arts. 1991, 1994, 2019); portugués de 1967 (arts. 240 al 243); boliviano de 1975 (arts. 543 al 545); peruano de 1984 (arts. 190 al 194); paraguayo de 1985 (arts. 305 al 310).

Simulación absoluta y simulación relativa

Hay *simulación absoluta* cuando realmente ningún acto jurídico quiere celebrarse, y sólo se finge realizar uno. Ejemplo típico es el del deudor que finge vender algunos bienes a un amigo, con el cual está de acuerdo, a fin de sustraerlos de la inminente acción ejecutiva de los acreedores. En este caso como en otros análogos, el acto tiene todas las apariencias del válido, pero en realidad no ha existido acto alguno.

Hay *simulación relativa* cuando aparentemente se celebra un acto jurídico, pero en realidad se quiere realizar otro.

En la simulación relativa hay dos actos jurídicos: 1°, el ostensible, *simulado*, ficticio o aparente, que es el que las partes han fingido realizar, y 2°, el acto oculto, sincero, real o *disimulado*, que es el que efectivamente las partes han querido llevar a cabo y destinado a quedar en secreto. Este último es el resultado de la contradecларación.

Por eso se dice que en la simulación relativa se simula algo, por una parte, y se disimula, por otra.

En cambio, en la simulación absoluta se simula algo y no se disimula nada.

La diversidad entre el acto jurídico aparente o simulado y el efectivo o disimulado puede residir: a) en la *naturaleza* del acto, como ocurre por ejemplo en la donación disimulada detrás de una aparente compraventa; b)

en el *objeto*, como por ejemplo, se declara, en el acto ostensible o simulado, vender una propiedad en cuarenta millones de pesos, pero en la contradecaración o acto disimulado se dice que es en cien millones de pesos, ello a objeto de evitar que Impuestos Internos cite a la parte compradora a justificar esos fondos, o bien en el acto aparente se expresa que los servicios que prestará la mujer que se contrata serán los de empleada de casa particular, pero en el acto secreto o disimulado se establece que son los de prostituta; c) en los *sujetos* que celebran el acto, por ejemplo, A finge vender a B, pero en realidad vende a C. En el acto secreto o contradecaración deben concurrir tanto los contrayentes efectivos (A y C) como el aparente (B). El procedimiento recibe el nombre de interposición ficticia o simulada de persona: el contrayente efectivo y oculto (C) se llama *interponente*, y el que aparece en su lugar (B) se llama *interpuesto* (prestanombre, palo blanco, hombre de paja, testaferro).

Efectos jurídicos de la simulación

En cuanto a los efectos jurídicos de la simulación, hay que distinguir, por un lado, la simulación absoluta de la relativa y, por otro, dentro de cada una de ellas, las relaciones de las partes entre sí y las de éstas con respecto a los terceros.

Partes son los que han concurrido con su voluntad a formar el acto simulado y el disimulado. Entre los terceros no se comprenden, naturalmente, los absolutos, o sea, los que no están ni estarán en relaciones jurídicas con las partes; la categoría de los terceros queda limitada a los relativos, es decir, a los que están o estarán en relaciones jurídicas con las partes: los acreedores de las partes, los causahabientes o sucesores de las partes, a título universal o singular, por acto entre vivos o por sucesión por causa de muerte.

a) *Simulación absoluta*. En ésta falta el consentimiento para generar el acto simulado y cualquier otro; en consecuencia, *entre las partes* el acto simulado es nulo de nulidad absoluta. Así se desprende, a contrario sensu, de la disposición del Código Civil que declara que las escrituras privadas o contraescrituras hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efectos contra *terceros* (art. 1707), por lo cual debe concluirse que son válidas entre las partes y si en el acto secreto,

en la contraescritura se establece que no se quiere celebrar acto jurídico alguno, esta declaración tiene plena validez y ninguna el acto simulado u ostensible: la verdadera voluntad de las partes está en el acto secreto o disimulado que testimonia el no querer celebrar acto jurídico alguno.

Fundándose en la mencionada disposición del Código Civil que hace inoponibles las contraescrituras a los terceros pero no a las partes, cualquiera de éstas puede demandar judicialmente que se declare la vigencia de la relación secreta establecida en la contraescritura que deja en claro que ningún acto jurídico se quiso llevar a cabo.

Probada la simulación absoluta, el acto simulado debe declararse nulo, de nulidad absoluta, por falta de consentimiento de las partes para generar cualquier acto jurídico.

Los terceros de buena fe, o sea, los que ignoran la existencia de la simulación, están protegidos respecto a ella, ya que las contraescrituras que no alcanzan publicidad son inoponibles a los terceros. En consecuencia, pueden invocar a su favor el acto público o simulado. Pero los terceros, una vez demostrada y llegada a su conocimiento la simulación, podrán, si les conviene, invocar el acto secreto o disimulado. Por ejemplo, si en el acto público un deudor dice vender a un amigo ciertos bienes y en el acto disimulado se expresa que no se quiso celebrar ningún acto, es evidente que a los acreedores les conviene atenerse al acto disimulado, porque deja constancia que los bienes supuestamente vendidos no han salido del patrimonio del deudor y contra ellos podrán hacer valer sus derechos y dirigir las acciones pertinentes.

b) *Simulación relativa.* En la simulación relativa la voluntad real de las partes está manifestada en el acto secreto o disimulado y por eso entre ellas éste es el que tiene valor y no el público o simulado el cual es nulo absolutamente por falta de causa o voluntad. Mal podría una de las partes, para evitar el cumplimiento del contrato oculto, oponer a la otra la simulación o pretender una prestación que deriva del acto simulado.

Por ejemplo, A y B celebran un contrato de compraventa, en virtud del cual el primero aparece vendiendo al segundo una cosa determinada en un precio también determinado. Dicho contrato de compraventa es

simulado y encubre a un contrato de comodato, que es lo que realmente las partes quisieron.

Si el comodante -que en el contrato simulado aparece ser vendedor- quisiera aprovecharse del contrato ostensible y exigir que el comodatario -que en el contrato simulado aparece como comprador- le pague el precio estipulado en la compraventa, el comodatario podría excepcionarse comprobando que el contrato que realmente lo vincula con el aparente vendedor es un comodato y no una compraventa, y por ser el contrato disimulado un título gratuito, no procede, en virtud de él, pago alguno.

Nuestra jurisprudencia ha dicho acertadamente que, en los casos de simulación relativa, para establecer las verdaderas relaciones jurídicas que han existido entre las partes, debe prescindirse del acto simulado y atenderse al acto real, considerando la prueba rendida.

Frente a terceros de buena fe el acto simulado o público se considera existente y válido; los autores de la disimulación no podrían escudarse en ésta para atacar la adquisición hecha por un tercero de buena fe. Es el principio que resulta del citado art. 1707. Todo esto sin perjuicio de que, como se explicó en la simulación absoluta, los terceros de buena fe puedan invocar el acto disimulado. Así, pues, los terceros de buena fe pueden optar entre valerse del acto simulado o el disimulado según les convenga.

Contra el tercero de mala fe, es decir, el conocedor de la simulación, pueden las partes hacer valer ésta. Y el tercero de mala fe deberá pasar por los efectos del vínculo disimulado u oculto.

Conflicto de los terceros entre sí

Puede suceder que algunos terceros tengan interés en invocar el acto simulado o aparente y otros el disimulado o secreto.

Supongamos, por ejemplo, que A hace a B una venta simulada con el propósito de sustraer el bien de la acción de los acreedores, y que éstos prueban la simulación, dejando de manifiesto que la voluntad real de las partes fue la de no celebrar contrato alguno, con lo que la compraventa y tradición entre A y B quedan como una mera apariencia.

Como consecuencia de lo anterior, los acreedores pretenden que la cosa objeto del contrato simulado vuelva al patrimonio de A -que, en realidad, nunca perdió el dominio de la misma- para ejercer sobre ella el derecho de prenda general.

Supongamos, asimismo, que B, comprador aparente, se dio por dueño de la cosa y la enajenó a un tercero de buena fe, que creía haber adquirido la cosa de su legítimo propietario.

¿Podría el tercero adquirente de buena fe verse privado de la cosa por haberla comprado de una persona que no tenía derecho alguno sobre ella?

Encontrándose en conflicto los intereses de los terceros que quieren prevalerse de la voluntad real -en el ejemplo, los acreedores de A- con los intereses de los terceros que quieren prevalerse del acto aparente u ostensible -el adquirente del ejemplo- ¿Cuáles intereses serían los merecedores de tutela jurídica?.

Se ha estimado que tal conflicto debe resolverse haciendo primar el derecho de los terceros que hacen valer el acto aparente o simulado. La razón está en que el art. 1707, relativo a las contraescrituras, se inclina en su favor, al igual que su espíritu, que tiende a garantizar la seguridad de los que confían en los actos ostensibles.

Medios judiciales de hacer valer la simulación. Acción y excepción.

La simulación puede hacerse valer judicialmente como acción o excepción.

La acción de simulación es una acción personal y declarativa; tiende a comprobar la existencia de la simulación. Es aquella ejercida por quienes la simulación perjudica, con el objeto de que el juez declare cuál ha sido la voluntad de las partes.

En cuanto a la prescripción, según Vodanovic, el plazo de la acción de simulación, entre las partes, debe contarse desde que una de ellas

pretende desconocer el acto oculto e investir de seriedad al simulado o público, pues desde ese momento hay interés en ejercitar la acción.

Los terceros sólo pueden ejercitar la acción de simulación si tienen interés en la declaración de ésta, ya que es un principio que “sin interés no hay acción”. Y el plazo, para el mismo autor, se comienza a computar desde el momento en que tuvieron conocimiento del acto disimulado u oculto.

Sobre este punto Víctor Vial dice: “Con respecto a la prescripción de la acción de simulación, la doctrina se encuentra dividida. Hay autores que consideran que es imprescriptible en tanto otros aplican a su respecto las normas generales en lo relativo a la prescripción extintiva de las acciones y derechos.

Nuestro Código Civil no reglamenta la acción de simulación ni contiene disposiciones que se refieren a su extinción por no ejercerse oportunamente.

Por lo mismo, hay quienes piensan que es imprescriptible, si bien lo que prescribiría es la acción de nulidad que resulta del vicio que podría tener el contrato disimulado. Se dice, entonces, que la acción de simulación pierde eficacia una vez transcurrido el plazo de prescripción para demandar la nulidad absoluta o la nulidad relativa.

Esta interpretación, que nos parece atendible si el contrato que las partes ocultan adolece de un vicio de nulidad, no soluciona el problema, en el caso que el contrato realmente querido por las partes sea válido, de modo tal que el objetivo perseguido por los terceros que intentan la acción de simulación es extraer de dicho contrato consecuencias jurídicas en su beneficio.

Nos inclinamos por la interpretación que propugna la prescriptibilidad de la acción de simulación, por considerarla más adecuada con el espíritu general de nuestra legislación. Pensamos que el plazo de prescripción, a falta de norma expresa en la ley, sería el general de las acciones personales (cinco años), a menos que se estimara que la acción de simulación emana de un delito civil -toda vez que la simulación participa de las características de los hechos ilícitos que producen un daño- en cuyo caso el plazo de prescripción sería de cuatro años, contados desde la fecha del contrato simulado”.

Prueba de la simulación

Los terceros pueden probar la simulación por todos los medios que la ley franquea incluso testigos. Al respecto no rige la limitación según la cual “al que demanda una cosa de más de dos unidades tributarias de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda” (art. 1710 inc. 1º). Y esta norma no rige ni se aplica porque no se trata de probar una prestación, sino la simulación. También la simulación puede establecerse mediante presunciones.

A las partes les está vedado acreditar la simulación por medio de testigos, porque a ellas les es aplicable el art. 1709 inc. 2º que dice: “No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma”.

La prueba de la simulación incumbe al que la alega, pues los actos y contratos se presumen sinceros.

Facultad de los jueces para apreciar la prueba de la simulación

Los jueces de la instancia aprecian soberanamente las pruebas aducidas para demostrar la simulación; no están sujetos al control del tribunal de casación.

Acción civil y acción penal

La simulación puede dar origen a una acción civil y a una acción penal: la primera para dejar sin efecto el acto simulado y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios, y la segunda para exigir el castigo de los que han celebrado dicho acto en perjuicio de terceros. Ambas acciones son independientes.

MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Modalidad es toda modificación introducida por las partes o la ley en las consecuencias naturales de un acto jurídico.

Características

a) Son elementos *accidentales*, es decir, pueden o no hallarse incorporados en un acto, sin que ejerzan influencia sobre la existencia o validez de éste; pero esto no debe llevar a confusión: una vez incorporados a un acto jurídico, pasan a ser parte integrante del mismo e influyen sobre su eficacia.

Sin embargo, existen algunos actos jurídicos en que las modalidades pasan a ser elementos esenciales como ocurre, por ejemplo, con la condición en el fideicomiso (art. 738), el plazo en el usufructo (art. 770), etc.

b) Son de carácter *excepcional*: la regla general es que los actos sean puros y simples, esto es, que produzcan sus efectos inmediatamente y para siempre, porque las personas celebran ordinariamente sus negocios jurídicos con el propósito de alcanzar desde luego el objetivo que persiguen.

c) *No se presumen*, característica ésta derivada de la anterior: es necesario que las partes expresen en alguna forma las modalidades, porque de lo contrario no se subentiende.

Actos jurídicos que pueden sujetarse a modalidades

Para dilucidar este punto, es menester distinguir entre actos patrimoniales y actos de familia.

Tratándose de los actos patrimoniales, la regla general es que son susceptibles de someterse a las modalidades, ya que en derecho privado la regla fundamental es que puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe.

Excepcionalmente, hay algunos actos que no admiten modalidades. Así, “no se puede aceptar o repudiar (una herencia) condicionalmente, ni hasta o desde cierto día” (art. 1227); “la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno” (art. 1192).

Los actos de familia, por el contrario, no admiten modalidades, porque sus efectos son fijados por el legislador en forma expresa e imperativa. Ejemplo: el matrimonio según definición legal “es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida...” (art. 102). La palabra “actual” significa que el matrimonio comienza a producir efectos inmediatamente de celebrado; por lo tanto, no podría estipularse que aquéllos se producirán si se cumple una condición o después de cierto plazo. El vocablo “indisolublemente” revela que la terminación del matrimonio no puede subordinarse a suceso alguno y que la unión dura toda la vida de los cónyuges.

Lugar en que el Código se ocupa de las modalidades

El Código Civil se ocupa de las modalidades en el título IV del libro III, párrafo 2 (“De las asignaciones testamentarias condicionales”), párrafo 3 (“De las asignaciones testamentarias a día”) y párrafo 4 (“De las asignaciones modales”) y en los títulos IV (“De las obligaciones condicionales y modales”) y V (“De las obligaciones a plazo”) del libro IV.

Principales modalidades

La doctrina tradicionalmente contempla tres modalidades: la condición, el plazo y el modo. A ellas se agregan la representación y la solidaridad.

La Condición

La condición es un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho (arts. 1070 y 1463).

Son características de la condición el ser un hecho futuro e incierto.

Que la condición sea un hecho *futuro* significa que debe realizarse en el tiempo que está por venir, o sea, después de celebrado el acto condicional.

No hay, pues, condición cuando las partes han subordinado la existencia del acto a un hecho presente o pretérito, aunque no tengan certidumbre sobre su realización. Si el hecho existe o ha existido, el acto jurídico se reputa puro y simple, pues la condición se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, se considera que el acto no vale, ni tiene eficacia (art. 1071 en relación con el 1493).

Que la condición sea un hecho *incierto* quiere decir que el hecho futuro puede suceder o no. La duda acerca de la realización del hecho es la característica que diferencia la condición del plazo. De ahí que la muerte de una persona no puede ser jamás condición, ya que tarde o temprano ese fenómeno natural debe producirse. Pero la muerte, agregada a otra circunstancia, puede perfectamente entrañar una condición, como por ejemplo si se estipula donar a una persona 90 millones de pesos si no muere antes de los noventa años.

Clasificaciones

Las condiciones, según sea el punto de vista que se considere, pueden clasificarse en: positivas y negativas; posibles e imposibles; potestativas, casuales y mixtas, y suspensivas y resolutorias.

1) Atendiendo a la naturaleza del hecho, las condiciones se clasifican en *positivas y negativas*: la condición positiva consiste en acontecer una cosa; la condición negativa, en que una cosa no acontezca (art. 1474).

La naturaleza del hecho es lo que caracteriza una y otra condición. Ninguna influencia tiene la forma gramatical en que ésta se expresa. Y así, habrá condición positiva cuando digo “te doy \$1.000.000.-, si te casas”, lo mismo que cuando digo: “te doy \$1.000.000.-, si no permaneces soltero”. Igualmente, la condición será negativa tanto si digo “te doy \$1.000.000.- si no tienes más hijos” como si digo “te doy \$1.000.000.- si te quedas con el único hijo que tienes”.

2) Según que el hecho sea física y moralmente realizable o no lo sea, la condición es *posible* o *imposible*.

Es *físicamente imposible* la condición que consiste en un hecho contrario a las leyes de la naturaleza física, y *moralmente imposible* la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público. Se miran también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles (art. 1475). Estas últimas condiciones son llamadas por los autores *intelectualmente imposibles*.

Ejemplo de condición físicamente imposible que viene desde el Derecho Romano: te doy mi fundo si tomas una estrella con la mano.

Ejemplo de condición moralmente imposible: te pago 20 millones de pesos si das muerte a X.

3) Considerando el efecto, las condiciones se dividen en *suspensivas* y *resolutorias*.

La condición se llama *suspensiva* si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho, y *resolutoria*, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (art. 1479).

En otras palabras, condición suspensiva es el hecho futuro o incierto del cual depende el nacimiento o la adquisición de un derecho, y condición resolutoria es el hecho futuro e incierto de cual depende la extinción o resolución de un derecho.

Ejemplos de condición suspensiva: una compañía de seguros se compromete a indemnizar al propietario de un inmueble si éste es destruido o deteriorado por un incendio; te doy 10 millones si te recibes de abogado.

Ejemplos de condición resolutoria: le vendo mi casa pero si se va a Europa me la revende; le arriendo mi departamento, pero si se casa el contrato se tendrá por terminado.

En la condición suspensiva, el acto existe aun antes de que la condición se cumpla, pero su eficacia, la producción de sus efectos (el nacimiento de los derechos y obligaciones), permanece en suspenso. Tratándose de la condición resolutoria, el acto existe y produce todos los efectos de que es capaz, desde antes de que la condición se realice, y sólo queda la incertidumbre respecto de la extinción de dichos efectos.

4) Atendiendo a la causa generadora del acontecimiento futuro e incierto, las condiciones se dividen en *potestativas*, *casuales* y *mixtas*.

“Se llama condición *potestativa* la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; *casual* la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; *mixta* la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso” (art. 1477).

Bien definidas están las condiciones potestativas y casuales, pero no así las mixtas, en que se omitió mencionar la voluntad del deudor. Puede decirse, en consecuencia, que condición *mixta* es la que en parte depende de la voluntad del acreedor o del *deudor* y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso.

Ejemplos:

- Condición potestativa: si me voy a Europa, te arriendo mi casa.
- Condición casual dependiente de la voluntad de un tercero: si Pedro deja el empleo, te lo reservo a ti.
- Condición casual dependiente de un acaso; si llueve en diciembre, te regalo un paraguas.
- Condición mixta: si me caso con María, te donaré mi auto. Es condición mixta, porque depende de la voluntad del deudor (yo) y de un tercero (María).

La condición potestativa puede consistir en la pura o mera voluntad de una persona, o mejor, en simple declaración de voluntad, o, todavía, en un hecho tal, que puede o no verificarse indiferentemente, sin que haya

serios motivos que induzcan a ejecutarlo o a omitirlo (te daré \$ 100, si quiero, si me agrada, si me saca la corbata); o puede consistir en un hecho voluntario pero que ordinariamente no se verifica o no se omite sin un motivo (te doy \$ 100 si voy a Concepción). En el primer caso, la condición recibe el nombre específico de *pura o meramente potestativa*; en el segundo, de *simplemente potestativa*. Dicho de otra forma condición potestativa es aquella que depende de un hecho voluntario del acreedor o del deudor (A dona a B \$ 100 si éste va a Concepción), en cuyo caso se llama simplemente potestativa, o de la pura o mera voluntad del acreedor o del deudor (A dona a B \$ 100 si éste quiere, o si A quiere), caso en el cual se llama pura o meramente potestativa.

Todas las condiciones, tanto simplemente potestativas como las puramente potestativas, son válidas, *menos las condiciones suspensivas meramente potestativas que dependen del deudor* (te doy \$ 100 si quiero). Al respecto, la jurisprudencia ha declarado que “la condición resolutoria puramente potestativa, dependiente de la mera voluntad de la persona que se obliga, es válida porque la obligación ha podido nacer a la vida del derecho y la condición ha afectado únicamente a su extinción. Pero la condición suspensiva meramente potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga, es nula, porque en tal caso el deudor no manifiesta inalterablemente su voluntad de obligarse”, no manifiesta el propósito serio de obligarse, por lo cual hay falta de voluntad, requisito de existencia del acto jurídico, sin el cual éste no puede formarse.

Estados en que pueden hallarse las condiciones

Para estudiar los efectos de las condiciones es preciso considerar los tres estados en que pueden encontrarse: pendientes, cumplidas y fallidas.

Condición *pendiente* es la que todavía no se ha realizado y que no se sabe si se realizará o no.

Condición *cumplida* es la que se ha realizado; en otro término, se dice que la condición se ha cumplido, cuando el hecho en que consistía se ha verificado.

Condición *fallida* es la que ya, fuera de toda duda, no puede realizarse; dicho de otro modo: la condición está fallida cuando el hecho en que consistía no se ha verificado y ya no es posible que se realice.

Efectos de la condición suspensiva

Para determinar los efectos de la condición suspensiva debemos distinguir, según se encuentre pendiente, cumplida o fallida.

1) Mientras la condición suspensiva está *pendiente*, el derecho no existe y no puede, por ende, exigirse el cumplimiento de la obligación y si el deudor paga, la ley lo faculta, mientras pende la condición, para exigir la devolución de lo pagado. Así lo dispone el Código Civil al preceptuar que “No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente. Todo lo que se hubiere pagado antes de verificarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido” (art. 1485).

Si bien es verdad que el acto condicional, mientras la condición está pendiente, no da nacimiento al derecho, también es cierto que existe un derecho eventual, en virtud del cual el acreedor puede solicitar providencias conservativas, como lo establecen varias disposiciones del Código Civil (arts. 761, 1078 y 1492).

Si el acreedor de una obligación condicional muere *pendente conditione*, transmite este derecho eventual a sus herederos. Así lo dice el Código: “El derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos, y lo mismo sucede con la obligación del deudor. Esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos” (art. 1492).

2) *Cumplida* la condición suspensiva, el derecho, que hasta entonces ha estado en germen, adquiere consistencia, y es tal la fuerza de la condición suspensiva cumplida, que la ley le da *efecto retroactivo*, no en el sentido de destruir un hecho realizado, sino en el de retrotraer los efectos del acto desde el momento en que se cumple la condición al momento de la celebración del acto condicional. En otros términos, se considera que el

acto produjo sus efectos inmediatamente de celebrado, como si hubiera existido siempre puro y simple.

La retroactividad de la condición se justifica porque el acto jurídico sujeto a condición suspensiva es un acto existente, y el único motivo por el cual no produce inmediatamente sus efectos es la condición; si este motivo hubiese sido cierto desde el comienzo, el acto habría producido de inmediato sus efectos. A causa de la incertidumbre los efectos quedaron en suspenso, por lo que resulta natural que, cuando desaparece la incertidumbre, los efectos se ligen inmediatamente a su causa anterior, que es el acto, y no al hecho establecido como condición.

3) Si la condición suspensiva *falla*, se desvanece la esperanza o expectativa del acreedor condicional. El acto jurídico se borra y destruye por completo, tanto para el futuro como para el pasado; se considera que el acto jamás ha existido.

Efectos de la condición resolutoria

También hay que distinguir, para precisar los efectos de la condición resolutoria, los tres estados en que puede encontrarse.

1) El acto sujeto a condición resolutoria, *pendiente* ésta, produce provisionalmente todos sus efectos como si fuera puro y simple; la incertidumbre sólo existe respecto de la perduración o extinción de los efectos.

Ejemplo: dono una casa a Manuel, pero si éste muere antes que yo, la donación quedará sin efecto. Manuel disfrutará desde luego mi casa y mientras viva; pero si muere antes que yo, los herederos deberán restituírmela.

2) *Cumplida* la condición resolutoria, verificado el hecho que la constituye, el derecho se resuelve o extingue. Y en virtud de la *fuerza retroactiva* que la ley atribuye a la condición, el derecho no sólo deja de existir para el futuro, sino que también para el pasado: se considera que nunca ha existido. Las cosas vuelven al estado en que se hallaban antes de la celebración del acto jurídico, y las partes deben ser colocadas en la

misma situación en que se encontraban antes. Por eso el Código Civil dispone que “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición...” (art. 1487).

3) *Fallida* la condición resolutoria, vale decir, cuando el hecho en que consiste no se ha realizado y ya es seguro que no podrá realizarse, el derecho se consolida definitivamente y el acto se mira como puro y simple desde el momento de su celebración.

Ejemplo: dono un millón de pesos a Juan con la condición de que me los devuelva si se casa con María. Si ésta muere, ya es indudable que el hecho no podrá verificarse; el derecho de Juan se consolida definitivamente.

El Plazo

Nuestro Código Civil dice que “el término o plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación” (art. 1494).

Doctrinariamente la definición más aceptada expresa que el plazo es un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho.

Dos son las características del plazo: 1) El ser un hecho *futuro*, un acontecimiento que debe realizarse con posterioridad a la celebración del acto jurídico, y 2) el ser un hecho *cierto*, inevitable, que necesariamente ha de llegar.

Semejanzas y diferenciales del plazo y la condición

El plazo y la condición presentan algunos caracteres comunes: 1) ambos son modalidades de los actos jurídicos; 2) tanto uno como otro son hechos futuros, y 3) el plazo como la condición faculta para impetrar medidas conservatorias.

Diferencias:

- a) El plazo es un hecho cierto, inevitable, que sin duda alguna debe realizarse; la condición, por el contrario, es un acontecimiento incierto, que puede suceder o no.
- b) Difieren también ambas modalidades en los efectos: la condición suspensiva o resolutoria, afecta la existencia misma del derecho, sea para suspender su nacimiento o adquisición, sea para extinguirlo; el plazo no afecta la existencia del derecho, sino su ejercicio, su exigibilidad.
- c) Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido (art. 1485); pero lo que se paga antes de cumplirse el plazo suspensivo, no está sujeto a restitución (art. 1495).
- d) El plazo puede ser de origen convencional, legal o judicial; la condición, en cambio, sólo puede tener origen en la voluntad de las partes o en la ley.

Clasificaciones

El plazo, según sea el punto de vista a que se atienda, admite diversas clasificaciones: expreso y tácito; determinado o indeterminado; convencional, legal y judicial; suspensivo y extintivo.

a) **Plazo expreso y plazo tácito.**

Plazo expreso es el que las partes fijan y estipulan en el acto o contrato, y tácito, el que necesariamente resulta de la naturaleza del acto jurídico, del fin o de las circunstancias de hecho. Así, la obligación de hacer o dar una cosa en un lugar determinado, necesariamente importa el plazo indispensable para trasladarse al lugar en que debe cumplirse la prestación.

Esta distinción la formula el Código en los siguientes términos: “el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirla” (art. 1494).

b) Plazo determinado y plazo indeterminado.

El plazo es determinado cuando se sabe el día en que realizará el hecho futuro e inevitable; por ejemplo, la Pascua del año 2005. Es indeterminado cuando se ignora ese día; por ejemplo, la muerte de una persona.

En el plazo determinado hay dos cosas que se saben de antemano: 1) la realización del hecho, y 2) el día en que ha de ocurrir. En el plazo indeterminado, en cambio, sólo una cosa se sabe: la realización del hecho.

c) Plazos convencional, legal y judicial.

Según sean las partes, la ley o el juez quien lo establezca, el plazo es convencional, legal o judicial.

De la circunstancia que el término o plazo sea una modalidad de los actos jurídicos, se infiere que su fijación, por regla general, es obra de las partes. El plazo legal es frecuente en materia procesal y más escaso en materia civil; en esta última esfera pueden señalarse, por ejemplo, los plazos de prescripción, etc.

El plazo judicial, o sea, el que fija el juez, es todavía más excepcional que el legal. No puede el juez sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo puede interpretar el concebido en términos vagos y oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes (art. 1494, inc. 2º).

Ejemplos de plazo judicial: a) el poseedor vencido debe restituir la cosa en el plazo que el juez le señale (art. 904); b) en el caso de haberse pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, puede el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término (art. 2201), y c) el juez puede ampliar o restringir el plazo legal para inventariar los bienes del pupilo (art. 378).

d) Plazo suspensivo y plazo extintivo.

Plazo suspensivo o inicial es el que suspende el ejercicio del derecho, o, en otras palabras, es aquel acontecimiento futuro y cierto desde el cual comienza a producir efectos el acto jurídico.

Plazo extintivo o final es el que por su cumplimiento extingue un derecho; dicho de otra manera: es aquel acontecimiento futuro y cierto hasta el cual duran los efectos del acto jurídico.

Ejemplos de plazo suspensivo: una compraventa en que se estipula que el precio se pagará seis meses después de celebrado el contrato. Ejemplo de plazo extintivo: el arrendamiento de una cosa por un período determinado, un año, por ejemplo; al terminar el año, cesa el contrato y se extinguen, consecuentemente, los derechos derivados.

Efectos del plazo

Para estudiar los efectos del plazo es necesario distinguir entre los efectos del suspensivo y los del extintivo y a su vez si se encuentra pendiente o cumplido.

Efectos del plazo suspensivo pendiente

Pendiente el plazo suspensivo, el derecho del acreedor ha nacido, pero no se puede ejercer aún. El derecho existe desde un comienzo, porque el plazo no suspende el nacimiento o la adquisición del derecho, sino su ejercicio. Esta es una diferencia con la condición suspensiva, en la cual no surge el derecho sino una vez cumplida aquélla. Por ejemplo, si A dona a B \$ 100, que entregará seis meses después de la celebración del contrato, B no puede exigir el cumplimiento de la obligación hasta que se cumpla el plazo. Sin embargo, si el deudor, pendiente el plazo cumple la obligación, no podrá después repetir lo pagado, lo que es lógico, pues si el derecho del acreedor ha nacido, el pago que haga el deudor no es indebido, pues encuentra su causa en una obligación (art. 1495). No sucede lo mismo en el caso de la condición suspensiva, pues lo pagado antes de su cumplimiento puede repetirse, ya que el derecho todavía no ha nacido o no se ha adquirido.

El derecho constituido a plazo suspensivo permite también la impetración de medidas conservativas.

Efectos del plazo suspensivo cumplido

El vencimiento del plazo suspensivo, que es la realización del hecho en que consiste, produce la exigibilidad del derecho; cumplido el plazo, puede el acreedor o propietario ejercitar su derecho, porque ya no existe el obstáculo que se oponía, el plazo suspensivo.

Cumplido el plazo, sólo produce efectos para el futuro y jamás tiene fuerza retroactiva. Por eso el acreedor o propietario de una cosa no tiene derecho a los frutos ni a los intereses producidos antes del vencimiento del plazo.

Efectos del plazo extintivo pendiente

Pendiente el plazo extintivo, la persona que tiene una cosa o derecho bajo tal modalidad, puede ejercer todas las facultades o atribuciones a que lo autoriza su derecho.

Efectos del plazo extintivo cumplido

El plazo extintivo cumplido pone fin a los efectos del acto jurídico, extingue el derecho. Por ejemplo, si tomo una casa en arriendo hasta el primero de mayo del próximo año, llegada esta fecha, mi derecho a usar la casa cesa.

El plazo extintivo, a diferencia de la condición resolutoria, sólo afecta al futuro, pone un límite a la subsistencia de los efectos que nacen del acto jurídico; pero no anula los efectos en cuanto al pasado.

El Modo

El Código Civil dice: “Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva” (art. 1089).

Pero en forma más precisa la doctrina define el modo como una carga ligada a una disposición a título gratuito e impuesta al beneficiario. La carga se traduce en una prestación que debe realizar el beneficiario de la disposición.

Ejemplos: “Te instituyo heredero con la obligación de que construyas tres escuelas en diversas zonas fronterizas del país”; “te dono cien millones de pesos para que subvenciones hogares infantiles”.

La prestación que debe cumplir el beneficiario de la disposición, no es una contrapartida por el derecho recibido, sino una restricción de los efectos de éste para satisfacer los motivos o fines del instituyente.

El modo se distingue de la condición suspensiva en que no suspende la adquisición del derecho. Conforme a un aforismo, “la condición suspende, pero no obliga”; en cambio, “el modo no suspende, pero obliga”, al menos en general. En efecto, cuando una persona, por ejemplo, dona a otra una suma de dinero si erige una estatua que simbolice la justicia frente a la Escuela de Derecho, la donación está subordinada a condición suspensiva; el donatario, aun después de la donación, será libre de levantar o no ese monumento; pero no obtendrá el dinero sino una vez que la haya erigido. En cambio, si la voluntad del donante es donar dinero con la obligación de levantar la estatua, la cláusula importa un modo: el donatario recibirá de inmediato el dinero, pero será obligado a erigir un monumento.

Efectos del modo

El modo no afecta la existencia del derecho: éste existe desde el comienzo; sólo afecta a la manera de ejercerlo. Por eso el Código Civil dice que “el modo no suspende la adquisición de la cosa asignada” (art. 1089, parte final).

Cumplimiento del modo

La persona favorecida con el modo tiene derecho para exigir judicialmente su cumplimiento. Y así, por ejemplo, si se ha asignado una suma a Primus con la obligación de dar una pensión periódica a un pariente

del testador, puede el pariente ocurrir a los tribunales para que Primus cumpla con el modo (art. 1094).

El hecho de no cumplirse el modo, no produce la resolución o extinción del derecho sujeto a modo, a menos que haya cláusula resolutoria.

“En las asignaciones modales, se llama *cláusula resolutoria* la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo. No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa” (art. 1090).

De manera que la cláusula resolutoria no se presume.

Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria (art. 1092).

Ejemplo: “Dejo a Manuel diez millones de pesos para que adquiera una biblioteca jurídica”. En realidad, en este caso no hay carga alguna para el asignatario, y queda a su arbitrio cumplir o no con el modo; existe aquí, más bien un simple consejo o recomendación que no crea obligación jurídica alguna, a menos que la asignación lleve cláusula resolutoria.

LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURIDICOS

Efectos entre las partes y frente a terceros

En principio, los actos jurídicos sólo producen efectos, esto es, derechos y obligaciones entre las partes, y no aprovechan ni perjudican a las personas que no contribuyeron a generarlos. Estas, que se llaman terceros, son extrañas a la formación del acto y, por lo mismo, mal podrían quedar ligadas por sus efectos. Es lo que se conoce como el efecto relativo de los actos o contratos.

Partes son las personas que, personalmente o representadas, concurren a la formación del acto. Cada parte representa un centro de intereses, por lo cual una parte puede estar constituida no sólo por una persona sino también por varias, si todas estas últimas forman un mismo centro de intereses.

Respecto de ellas, un acto produce todos sus efectos. Por eso dice el Código Civil que “todo contrato legalmente celebrado es una ley *para los contratantes* y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1545).

La persona que con su voluntad genera un acto jurídico recibe el nombre específico de *autor* del acto, y las que con su voluntad forman un acto bilateral, denominanse propiamente *partes*. Pero es frecuente en ambos casos emplear indistintamente una expresión u otra.

Nótese que las partes son las personas que con su voluntad generan el acto. Este es el elemento decisivo que sirve para calificarlas, y no el de la concurrencia a la celebración o al otorgamiento del acto. Los testigos y los notarios, por ejemplo, figuran en la celebración o en el otorgamiento de los actos, pero no son partes, a virtud de la razón dicha.

El concepto de **terceros** es negativo y 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.

Pero entre los terceros hay que distinguir los terceros absolutos y los terceros relativos.

Terceros absolutos son las personas extrañas a la formación del acto y que no están ni estarán en relaciones jurídicas con las partes.

Respecto de ellas el acto jurídico no produce efectos, principio que es el reverso del formulado por el art. 1545 en cuanto a las partes del contrato.

Terceros relativos son los que están o estarán en relaciones jurídicas con las partes, sea por su propia voluntad o la de la ley.

Los terceros relativos o interesados, en general, son los sucesores o causahabientes del autor o de una de las partes, o sea, las personas a quienes se han transferido o transmitido los derechos de aquellos. Pueden ser sucesores a título universal o a título singular.

Los sucesores a título universal o herederos son aquellos a quienes se transmiten todos o una cuota de los derechos y obligaciones transmisibles del autor (arts. 951 y 1097). Sólo se puede ser sucesor a título universal por causa de muerte y no por acto entre vivos.

Los sucesores a título singular son aquellos a quienes se transfieren derechos determinados, sea por causa muerte, como el caso de los legatarios (arts. 951 y 1104) o por acto entre vivos, como ocurre con el que adquiere mediante la tradición (art. 671). Por ejemplo, A y B celebran un contrato de hipoteca en el cual A, para garantizar el cumplimiento de una obligación que ha contraído con B, hipoteca en favor de éste su casa. Posteriormente, A vende la casa a C. Este último, pese a tener la calidad de tercero en relación con el contrato celebrado entre A y B, se va a ver, no obstante, afectado por dicho contrato de hipoteca, toda vez que adquirirá la casa con la hipoteca que la grava.

Respecto de los sucesores a título universal, en general, el acto produce los mismos efectos que respecto del autor o de la parte a quienes se sucede y tiene la misma fuerza obligatoria (arts. 951 y 1097).

A los sucesores a título singular pueden afectarlos los efectos de ciertos actos que digan relación con el bien o derecho transferido.

Excepciones al principio de la relatividad de los actos jurídicos

Hay diversas hipótesis en que los terceros, sean relativos o absolutos, por excepción, son afectados por los actos jurídicos. Se mencionan la estipulación para otro y la promesa de hecho ajeno.

Estipulación para otro

La estipulación para otro o a favor de tercero es una estipulación mediante la cual una de las partes, el estipulante, se hace prometer de la otra, el prometiende, una prestación a favor de un tercero, llamado beneficiario. Nuestro Código Civil dispone: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato” (art. 1449). Hay un ejemplo típico de estipulación para otro en el que asegura su vida, comprometiéndose la empresa aseguradora a entregar, a la muerte de aquél, una suma de dinero, a la mujer del mismo o a sus hijos, que son los terceros beneficiarios.

El tercero se ve, pues, afectado por un acto en el que no ha participado en su generación.

Promesa de hecho ajeno

Según el Código Civil “siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y

si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa” (art. 1450). Ejemplo de promesa de hecho ajeno: el vendedor de una casa se compromete frente al comprador que el vecino derribará los árboles que tiene en su propiedad y que afectan la vista de la casa comprada.

De acuerdo a Vodanovic, como lo deja en claro la disposición legal citada, al revés de la estipulación en favor de otro, la promesa de hecho ajeno no es uno de los casos excepcionales en que un tercero queda afectado por un contrato celebrado por otras personas, pues el tercero no adquiere obligación alguna por el pacto de las partes; sólo si ratifica, es decir, si aprueba o confirma lo que una de éstas prometió obtener de él, quedará obligado, pero entonces la obligación emanará de su propia voluntad. No hay, pues, excepción al principio de la relatividad de los actos jurídicos.

Víctor Vial tiene una opinión diferente ya que según él. “para que los terceros pasen a tener calidad de acreedor y de deudor, respectivamente, es menester su aceptación; la sola estipulación en favor de otro o la sola promesa del hecho ajeno no les dio la calidad de acreedor o deudor.

Luego, desde el momento en que aceptan, han pasado a convertirse en partes de la convención, y por eso ésta los afecta”.

Finalmente, hay actos que por su naturaleza misma suponen y producen efectos absolutos: los de familia. Sería absurdo, por ejemplo, que un hijo reconocido tuviera la calidad de tal para ciertos individuos y la calidad de no reconocido para otros.

LA REPRESENTACIÓN

Los actos jurídicos pueden celebrarse o ejecutarse directamente por sus autores, o bien, por medio de otra persona dotada de poderes para ello. En este caso se habla de *representación*. Esta ha sido definida como “la institución jurídica en virtud de la cual los efectos de un acto que celebra una persona que actúa a nombre o en lugar de otra, se radican en forma

inmediata y directa en esta última, como si ella personalmente lo hubiera celebrado”.

El acto jurídico se celebra por el representante, pero los efectos se producen o radican inmediata y directamente en la persona o esfera del representado.

La representación es una institución de gran utilidad práctica.

Desde luego es el único medio de suplir la falta de voluntad o discernimiento de los absolutamente incapaces (impúberes, dementes, sordomudos que no pueden darse a entender por escrito); en su reemplazo actúa la voluntad de los representantes legales encargados de velar por los intereses de dichos incapaces. En cuanto a los incapaces relativos, sus representantes legales sustituyen la voluntad de aquéllos cuando en nombre y por cuenta de los mismos celebran actos jurídicos. Por último los representantes legales de los incapaces relativos cooperan y se integran con la voluntad de los últimos cuando autorizan a esos incapaces para que concluyan por sí mismos negocios jurídicos.

No menos útil es la representación convencional en que las personas capaces otorgan a otras poder para que las representen. En un momento dado una persona puede estar imposibilitada de concurrir a la celebración de un acto jurídico que le interesa llevar a cabo, imposibilidad que puede deberse a enfermedad, a encontrarse lejos del lugar en que debe celebrarse el contrato o a la necesidad de que una persona calificada actúe por ella o defienda sus intereses, como sucede en los pleitos con los abogados y procuradores.

Naturaleza jurídica de la representación

Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la representación se preguntan quién es la persona que manifiesta su voluntad en el acto jurídico en que hay representación, si el representante o el representado. Entre las principales pueden mencionarse las que siguen.

1) Teoría de la ficción.

Atribuida a Pothier en su virtud se reputa que el representado ha manifestado su voluntad por mediación del representante; no siendo éste, en cierto sentido, más que el vehículo de la voluntad de aquél.

La teoría de la ficción ha sido hoy abandonada, sobre todo porque resulta impotente para explicar casos de representación legal como el del demente o impúber. Es imposible admitir que el representante expresa la voluntad de éstos, ya que la ley les da precisamente curador o tutor porque carecen de voluntad.

2) Teoría del *nuntius* o mensajero.

Formulada por Savigny 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 éste y el tercero.

La teoría del nuncio tampoco es satisfactoria. Decir que un representante es un simple mensajero, implica negarle su calidad de representante. Además, mal puede transmitir éste una voluntad que no existe, como en el caso del impúber o del enajenado mental.

3) Teoría de la cooperación de voluntades.

Dice que la representación se explica por la cooperación de las voluntades del representante y del representado, concurriendo ambas en la formación del acto jurídico que sólo ha de afectar a este último.

La teoría de la cooperación ha sido repudiada por las complicaciones sin número a que da origen. Considera tantas distinciones y subdistinciones que sólo logra hacer abstruso el problema de la representación. Por otro lado, no explica los casos aludidos de representación legal. ¿Qué cooperación de voluntad cabe entre el demente y el impúber, que carecen de voluntad, y el curador o tutor?.

4) Teoría de la representación modalidad del acto jurídico.

Para esta teoría es la voluntad del representante, substituyéndose a la del representado, la que participa real y directamente en la formación del acto que producirá sus efectos en la persona del representado. Afirma que la representación no es sino una modalidad del acto jurídico en virtud de la cual los efectos del acto celebrado por una persona (el representante) en nombre y por cuenta de otra (el representado) se radican directa e inmediatamente en esta última.

¿Por qué es una modalidad la representación? Según los defensores de la teoría las modalidades son modificaciones introducidas por las partes o la ley en las consecuencias naturales de un acto jurídico. Ahora bien, lo natural y corriente es que las consecuencias de un acto afecten a quien lo celebra, y como tratándose de la representación ocurre que las consecuencias afectan a otro, al representado, resulta explicable que se la considere una modalidad del acto jurídico.

5) Explicación de la representación simplemente por el derecho objetivo.

La doctrina moderna basa la explicación de los efectos de la representación simplemente en el derecho objetivo. Este resuelve que, cumpliéndose determinadas condiciones, los efectos del acto celebrado por el representante se radiquen en cabeza del representado. En esta forma nada se puede aducir contra la representación legal, en que la voluntad del representado no existe. Tratándose de la representación voluntaria o convencional, la ley exige sólo que el representante esté facultado por el representado para obrar en nombre y por cuenta de éste. Eso es todo.

La representación en legislación chilena

Dice el Código Civil: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo” (art. 1448).

A juicio del profesor Arturo Alessandri Rodríguez, la teoría de la modalidad encuadra perfectamente dentro del sistema del Código Civil chileno. Sostiene que de los términos del artículo 1448 aparece claramente que es el representante el que celebra el acto, pero atribuyéndole los mismos efectos que si hubiese sido ejecutado por el representado; no considera la ley que el acto sea consentido por el representado, sino que estima que los efectos de este acto se radican en el representado, como si él lo hubiese ejecutado. Agrega Alessandri que numerosos artículos también ponen de manifiesto que es la voluntad del representante la que la ley requiere cuando hay representación: arts. 672, 673, 678, 721.

Algunas sentencias chilenas han aceptado también la teoría de la modalidad.

Antonio Vodanovic estima que no porque diversas disposiciones dejan en claro que es el representante el que celebra el acto, radicándose los efectos de éste en la esfera del representado, debe ligarse la idea de la representación de nuestro Código Civil a la teoría de la modalidad, porque esta teoría sostiene varios postulados que explican el mecanismo de la representación en forma no satisfactoria y que Madray puso de relieve. Está con los que basan los efectos de la representación simplemente en el derecho objetivo. Según su parecer no es necesario recurrir a ninguna teoría doctrinaria.

El mandato y la representación

El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador y, en general, mandatario (art. 2116).

Mandato y otorgamiento de poder son dos conceptos distintos. Mientras el primero señala una relación contractual existente entre dos personas, que obliga a la una a la ejecución de los negocios que le han sido encomendados por la otra, el acto por el cual se confiere simplemente poder no es otra cosa que una declaración del consentimiento necesario para que

una persona (el representante) pueda afectar a otra (el representado), por su sola manifestación de voluntad.

El mandato es una relación contractual que supone necesariamente el acuerdo de voluntades, entre las del mandante y del mandatario; el otorgamiento de poder, en cambio, es un acto jurídico unilateral, por el cual una persona confiere a otra la facultad de representarla.

La representación es independiente del mandato. Puede existir mandato sin que haya representación, sin que el mandatario obre a nombre del mandante, sino en el suyo propio (art. 2151), y a la inversa, puede haber representación sin mandato, como en el caso de la representación legal o en 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).

Todos los actos admiten representación; excepciones

Un aforismo jurídico dice que “puede hacerse por medio de representante todo lo que puede hacerse personalmente”. Sin embargo, dentro de nuestra legislación, el testamento no admite representación; el Código Civil declara que la facultad de testar es indelegable (art. 1004).

Fuentes de la representación

La representación puede tener su origen en la ley o en la voluntad del representado, según se desprende del art. 1448, cuando dice: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla...”.

Cuando el carácter de representante emana de una resolución judicial, es la ley la que se lo atribuye a la persona designada; el juez no hace más que determinar ésta. Sostener que toda persona nombrada por el juez para representar a otra ejercita una representación de origen judicial, equivaldría a decir que los curadores dativos (art. 353 inc. 3) son también representantes judiciales, en circunstancias que el Código Civil dice

expresamente que el tutor o curador de una persona es representante legal de ella (art. 43).

1) **Representación legal.**

Es la que establece la ley.

Llámanse representantes legales las personas que, por mandato del legislador, actúan en nombre y por cuenta de otras que no pueden valerse por sí mismas.

El art. 43 del Código Civil, cita los casos más comunes de representantes legales de una persona: “el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador”.

Pero la disposición citada no es taxativa; hay otros representantes legales que los allí enumerados. Así, en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal (art. 671); en las enajenaciones que se hacen en una partición por conducto del partidor, se considera a éste representante legal de los vendedores y en tal carácter debe suscribir la correspondiente escritura (Código de Procedimiento Civil, art. 659); etc.

Fuera del campo del Derecho Civil, se pueden citar al Presidente del Consejo de Defensa del Estado; el síndico es representante del fallido, etc.

2) **Representación voluntaria**

Es la que emana de la voluntad de las partes y tiene su origen en el mandato.

Requisitos de la representación

Los requisitos necesarios para que exista representación son:

- 1) Declaración de voluntad del representante;
- 2) Existencia al contratar de la *contemplatio domini*, y

3) Existencia de poder.

1) *El representante debe declarar su propia voluntad*, ya que es él quien contrata, es él, para emplear los términos del art. 1448, quien ejecuta un acto a nombre de otra persona.

Basta que el representante tenga, según lo concluyen los autores y la jurisprudencia, capacidad relativa, pues el acto no va a comprometer su patrimonio, sino el del representado, y la capacidad plena se exige cuando se comprometen los propios derechos. Por eso los relativamente incapaces pueden ser mandatarios (arts. 1581 y 2128).

2) Debe existir al contratar la “*contemplatio domini*”, lo que quiere decir que el representante ha de manifestar de un modo inequívoco su intención de obrar en nombre y por cuenta de otro, y que la persona que contrata con el representante, si el acto es bilateral, participe de esa intención. La *contemplatio domini* significa que el negocio no es para sí, sino para el representado, el “dominus” y que por ello se desenvuelve la actividad negocial, teniéndolo presente, o sea, contemplándolo.

Es indiferente que la doble intención (la del representante y la del sujeto con quien se contrata) sea expresa o tácita. No es necesario que se manifieste el nombre del representado; basta que se obre “a nombre” de otro.

3) *El representante debe tener poder*, esto es, facultad dada por la ley o por la convención para representar. Lo dice el propio Código “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando *facultada por ella o por la ley para representarla...*” (art. 1448).

La extensión de la representación legal está determinada por el título de que emana, y la de la convencional, por el contrato.

No hay representación si una persona ejecuta algo por cuenta de otra sin tener poder o excediendo sus límites. Pero puede el que aparece como representado aceptar lo hecho por el que actuó como representante ratificando o confirmando lo obrado. La ratificación equivale a un poder a *posteriori* con efecto retroactivo.

Efectos de la representación

Los efectos de la representación legal y la voluntaria son unos mismos (art. 1448). Y consisten en que los derechos y las obligaciones del acto se radiquen en la cabeza del representado como si hubiese contratado él mismo (art. 1448).

Sanción de los actos ejecutados sin poder o con extralimitación de éste.

Todo acto o contrato ejecutado por quien carece de mandato o de representación o excediendo de los límites del poder otorgado tiene, en principio, como sanción, la inoponibilidad de los efectos de ese acto o contrato a la persona a quien se pretendió obligar.

La ratificación

Cuando el que se da por representante de otro sin serlo realmente o cuando se extralimita en sus poderes el representante verdadero, el representado, en tesis general, no queda afectado por el contrato concluido sin su poder o más allá de éste. Pero nada impide que el representado voluntariamente apruebe lo hecho por el representante y recoja para sí los beneficios y las cargas del contrato. Este acto del representante se denomina ratificación, que nada tiene que ver con la ratificación o confirmación como medio de sanear la nulidad relativa de un acto.

La ratificación de que hablamos es un acto unilateral en virtud del cual el representado aprueba lo hecho por el que se dijo su representante o lo que éste hizo excediendo las facultades que se le confirieron. Cabe tanto en la representación legal como en la voluntaria. La última está expresamente considerada por el C. Civil al referirse a la ratificación por parte del mandante de las obligaciones contraídas a su nombre por el mandatario fuera de los límites del mandato (art. 2160). Pero la ratificación también es procedente en la representación legal, porque la ley no la prohíbe, y en derecho privado se puede hacer todo lo que la ley no veda. En este caso el representado incapaz podrá ratificar una vez que la incapacidad haya cesado.

La ratificación puede ser expresa o tácita. Es de la primera especie cuando el representado declara, por escrito o de palabra, la voluntad de hacer suyo el acto ejecutado a su nombre, y es de la segunda, cuando se desprende de cualquier hecho ejecutado por el representado que manifieste en forma inequívoca la voluntad de aceptar lo que en su nombre se ha hecho, como si exige los derechos que le otorga el contrato que ratifica o si cauciona las obligaciones que ese mismo contrato le impone.

Si el acto por ratificar es solemne, la ratificación también deberá serlo. Y deberán llenarse las mismas solemnidades que la ley exija para ejecutar el acto de que se trata.

Si el acto de que se trata no es solemne, la ratificación no necesita para su validez de ninguna solemnidad.

La ratificación es un acto jurídico unilateral, es decir, para que se genere basta la exclusiva voluntad del representado. Declarada esta voluntad en cualquiera de las formas que el Derecho admite para que sea eficaz, la ratificación surte efectos, aun cuando no sea conocida y aun cuando no sea aceptada. Para que produzca sus efectos propios, que no son otros que hacer que empiece el acto a la persona del interesado, basta únicamente la declaración de voluntad de éste, porque los actos jurídicos unilaterales son aquellos que para generarse requieren la voluntad de una sola persona.

La ratificación debe emanar necesariamente del representado, de sus herederos o de sus representantes legales y, en todo caso, el que ratifica debe tener capacidad suficiente para ejecutar el acto a que la ratificación se refiere.

La ratificación puede hacerse en cualquier momento, aun después de la muerte de la otra parte, del representante o del representado, si bien siempre debe emanar del representado o de sus herederos, porque ella es independiente del contrato a que se refiere. El contrato produce sus efectos, los que, si se quiere, están en suspenso, esperando que el representado los haga suyos.

La ratificación una vez producida es irrevocable; no podría dejarse sin efecto por la sola voluntad del interesado, aunque la otra parte no la haya aceptado o siquiera conocido. Sólo podría dejarse sin efecto la ratificación por causas legales o de común acuerdo, porque los actos jurídicos unilaterales (excepción hecha del testamento), al igual que las convenciones, no pueden dejarse sin efecto por la sola voluntad de su autor. Si bien basta la voluntad de una sola persona para generar los actos unilaterales, no siempre basta para dejarlos sin efecto; porque producen consecuencias en el patrimonio ajeno, que no pueden ser destruidas por la sola voluntad del que las creó.

Nuestra Corte Suprema ha dicho que “no cabe la revocación unilateral de la ratificación que ha producido efectos respecto de terceros”.

“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 *efectos retroactivos* desde la fecha del contrato celebrado por el representante”.

Gestión de negocios o agencia oficiosa

La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un 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).

En esta hipótesis, en que no hay mandato, y aunque no haya ratificación posterior, el Código dispone que si el negocio ha sido bien administrado, *cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión* y le reembolsará las expensas útiles o necesarias (art. 2290).