

Teoría del acto jurídico.

Conceptos:

- **Derecho objetivo:** conjunto de reglas positivas miradas en sí mismas, abstractas, que regulan la vida de un grupo social.
- **Derecho subjetivo:** facultad que le reconoce al sujeto la norma objetiva, para ser titular de un derecho, *por ejemplo*, el contrato de compraventa (art. 1793). La regla objetiva dice que al celebrar este tipo de contrato nace para el titular un derecho subjetivo, reconocido por la norma objetiva. **Nace el derecho de crédito** (facultad de exigir). El derecho subjetivo entró en movimiento por un hecho jurídico (contrato). De este acto pueden nacer, modificar o extinguirse derechos.

Otro ejemplo lo constituye la muerte de un padre ab intestato (hecho de la naturaleza), según la norma jurídica (Dº objetivo) nace para el hijo legítimo el derecho sucesoral (Dº subjetivo). De los derechos objetivos surgen los llamados derechos y situaciones subjetivas. Pero para que ello suceda es necesario que intervenga algún hecho que tenga aptitud para poner en movimiento la regla objetiva.

En los casos anteriores el contrato o la muerte, es el supuesto jurídico.

Los hechos que en el mundo se generan pueden ser jurídicos o materiales, según si producen efectos jurídicos o no.

Hecho jurídico es todo suceso de la naturaleza o del hombre que produce efectos jurídicos. Estos efectos pueden ser la adquisición, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo.

Los hechos jurídicos del hombre pueden ser:

- **Con intención de producir efectos jurídicos**, como un contrato o testamento. Son los llamados *actos jurídicos*.
- **Hechos jurídicos que producen efectos jurídicos independientemente de la voluntad del hombre.**

Estos hechos producen efectos jurídicos porque la ley lo señala. **Si son lícitos:** son cuasicontratos; por ejemplo el pago de lo no debido (acto lícito no convencional, no destinado a producir efectos jurídicos). **Si son ilícitos:** Pueden tratarse de un delito (dolo) o de un cuasidelito (culpa).

En el caso de los cuasi contratos, la ley con el fin de prevenir enriquecimientos injustos, hace producir consecuencias jurídicas, no previstas por el autor. Si los hechos los contempla la ley son lícitos no convencionales.

Si el hecho realizado por el hombre es ilícito también producirá consecuencias jurídicas. Según el **art. 2314**: “El que ha cometido delito o cuasi delito, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasi delito.”

Clasificación de los hechos:

- Hecho material.
- Hecho del hombre.
 - +Con la intención de producir efectos jurídicos.
 - +Sin la intención de producir efectos jurídicos:
 - Lícitos: cuasicontratos.
 - Ilícitos: delito (dolo) o cuasidelito (culpa).

Acto jurídico

Es la manifestación o declaración de voluntad, destinada a producir efectos jurídicos, los que pueden consistir en la creación, modificación, transferencia, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

Lo que caracteriza al acto jurídico es el elemento voluntad o consentimiento, que es y va a ser necesario para la generación del acto, como para la determinación y regulación de sus efectos. Por ejemplo, el consentimiento genera el contrato y a la vez determina sus efectos.

Características del Acto Jurídico:

1. - Es la manifestación de voluntad o consentimiento de una o más personas, diferenciándose de los hechos jurídicos propiamente tales, que son obra de la naturaleza.
2. - La intención de producir efecto jurídico, singularidad que lo diferencia de los hechos materiales del hombre y de los otros hechos jurídicos voluntarios, pero realizados sin la intención de producir efectos jurídicos (delitos y cuasidelitos).

Crítica: según la teoría de la declaración, los propósitos perseguidos por el autor del negocio jurídico no son justamente obtener efectos jurídicos, sino un resultado económico o social. Quien compra o quien vende, por ejemplo, pretende conseguir un propósito práctico, y no obtener obligaciones y derechos. El acto jurídico, según esta tendencia, consiste en una manifestación de voluntad, pero que se encamina a la obtención de un fin práctico o económico, mas que un efecto jurídico.

Roubier sostiene que es sobre la base esencial de la producción de efectos jurídicos que reposa toda la teoría del acto jurídico, y es lo que distingue al contrato del delito, la voluntad privada, en el acto jurídico, esta guiada por las consecuencias jurídicas que se esperan del acto; este minimum se encuentra siempre o no hay acto jurídico.

El acto jurídico puede crear derechos y obligaciones (contrato); modificar derechos (modificación del derecho de propiedad mediante la constitución de un derecho de usufructo); transferir derechos (tradición); transmitir derechos y obligaciones (testamento); o extinguir derecho y obligaciones como el pago o la renuncia de un derecho.

Otras terminologías:

Según algunas doctrinas se emplea la denominación *negocio jurídico* (Doctrina alemana *Rechtsgeschäft*) en vez de *acto jurídico*. La doctrina moderna usa el nombre de acto jurídico para toda actuación del hombre que produce efectos jurídicos. *acto jurídico*, entonces, es todo acto del hombre y los que producen efectos jurídicos son *negocios jurídicos*.

El Código Civil no sistematiza ni teoriza el acto jurídico. En el libro IV (de las obligaciones en general y de los contratos) señala ciertas normas para un determinado tipo de acto jurídico: los contratos.

De esto, la doctrina ha derivado una generalización para construir una teoría de los actos jurídicos, en general. En el título segundo trata de los actos y declaración de voluntad, normas que tratan de los contratos y que se han generalizado por la doctrina. En el libro IV no se emplea la denominación de acto jurídico. Por primera vez en la ley de adopción de 1943, art.1: “La adopción es un acto jurídico...” (apéndice del CC).

Elementos del Acto Jurídico:

- 1.- Voluntad (en el caso de acuerdo de voluntades se llama consentimiento).
- 2.- Objeto.
- 3.- Causa.
- 4.- Solemnidades en los casos requeridos por la ley.

Con estos elementos el Acto Jurídico no está completo para producir efectos, se requiere además de la capacidad de las partes.

A.- requisitos de existencia: son aquellos requisitos sin los cuales el acto jurídico no nace a la vida del derecho. Son:

- a) Voluntad o consentimiento.
- b) Objeto.
- c) Causa-
- d) Solemnidades en los casos que la ley lo exige.

B.- requisitos de validez: son aquellos que si bien pueden faltar en el acto, su concurrencia le da una existencia sana.

La falta de un requisito de validez no impide el nacimiento del acto, pero lo vicia y permite anularlo.
Son (art.1445):

- a) Voluntad no viciada.
- b) Objeto lícito.
- c) Causa lícita.
- d) Capacidad de las partes.

No se incluyen las solemnidades exigidas por la ley como requisitos de validez, por cuanto de no concurrir alguna de estas, la voluntad se entiende viciada.

El Código Civil no contempla de esta forma los elementos constitutivos del acto jurídico. Esta formulación ha sido hecha por la doctrina.

Elementos constitutivos del acto jurídico.

A.- **Elementos o cosas esenciales de un acto:**

Son todos aquellos sin los cuales no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente (art. 1444, CC).

Entre los elementos esenciales hay algunos que deben figurar en toda clase de actos: son los elementos esenciales genéricos o comunes (voluntad, objeto y causa), que deben estar en todo acto jurídico y que son asimilables a los requisitos de existencia (D. Peñailillo).

Hay otros que son indispensables para la existencia de ciertos actos, no siendo necesario ni figurando para nada en la vida de otros, esta clase de elementos se llaman **elementos esenciales específicos**; por ejemplo: el precio en la compraventa, la gratuidad del contrato de comodato, la renta en el arrendamiento, el aporte en el contrato de sociedad, etc.

Los elementos esenciales son denominados por otras doctrinas como elementos constitutivos, ya que miran a la estructura del acto jurídico.

B.- **Elementos o cosas de la naturaleza de un acto jurídico:**

Son los que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una declaración (art. 1444, CC). Las partes nada necesitan declarar para que estos elementos formen parte del acto, ya que la ley dispone en lugar de las mismas partes; la voluntad de éstas sólo es necesaria para excluirlos.

De lo anterior se deduce que estos no son elementos constitutivos del acto jurídico, son más bien efectos del mismo, que la ley supletoriamente señala en defecto de la voluntad de las partes, lo que ocurre principalmente en el campo del Derecho Privado.

Ejemplo de cosa de la naturaleza de un contrato es el saneamiento de la evicción y de los vicios ocultos de la cosa.

Evicción es la pérdida total o parcial de la cosa comprada, decretada por sentencia firme y en virtud de derechos de un tercero anteriores a la compra (**art.1838**). El saneamiento de la evicción impone al vendedor la obligación de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida.

Esto implica defenderlo de los terceros que pretenden tener sobre ésta derechos anteriores a la compra e indemnizar a aquel de la evicción, si llega a producirse.

El saneamiento de los vicios redhibitorios es la obligación del vendedor de responder de los defectos ocultos de la cosa vendida, llamados vicios redhibitorios; esta responsabilidad lo obliga a soportar la resolución del contrato de compraventa o la rebaja proporcional del precio. Si en la escritura de compraventa nada se dice sobre la obligación de saneamiento, de todas maneras se entiende incorporada al contrato, pero no siendo de la esencia del contrato, la compraventa puede subsistir sin la obligación que nos ocupa y las partes pueden convenir, aunque el vendedor no será obligado a dicha garantía. (arts.1842 y 1852).

Algunos autores señalan a la condición resolutoria (art. 1489) como elemento de la naturaleza, pues en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado (inc.1).

La condición o evento incierto es el cumplimiento o no del contrato. La condición resolutoria se cumple cuando uno de los contratantes no cumple lo pactado (Ver Domínguez A., Ramón: Teoría general del negocio jurídico).

C.- Elementos o cosas accidentales del acto:

Son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (art. 1444). Son las llamadas modalidades: plazo, condición y modo; que constituyen una expresión del principio de la autonomía de la voluntad.

La introducción de estos elementos al acto jurídico no modifica la naturaleza del negocio.

El efecto que produce es subordinar la eficacia o efectos del negocio jurídico en particular al cumplimiento del elemento accidental. Por ejemplo: en un contrato de arrendamiento se establece un plazo de 6 años a contar del cual producirá plenamente sus efectos.

Así, los efectos del contrato van a quedar subordinados al cumplimiento del plazo, pero no modificará en modo alguno su naturaleza.

No obstante que el elemento accidental requiere de cláusula especial, la condición resolutoria (elemento accidental) se subentiende como elemento de su naturaleza.

Hay por lo menos un caso en el CC en que el elemento accidental tiene la calidad de elemento esencial específico. Según el art. 1554, N.3, la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes, y entre ellas aparece en el N°3 ***que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.*** Constituye un elemento esencial porque si no hay condición o plazo, no hay contrato de promesa, y es específico porque se refiere en particular al contrato de promesa.

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 su parte, los llamados elementos accidentales no son requisitos del acto, sino de su eficacia, pues a ellos queda subordinada la producción de efectos del acto, sin perjuicio de que puedan tener lugar antes de que se cumplan los elementos accidentales algunos efectos preliminares.

Clasificación de los actos jurídicos.

El CC en el art. 1.439 y siguientes, hace una clasificación de los contratos la que se ha generalizado a los actos jurídicos por medio de la doctrina.

De esta clasificación se pueden distinguir las siguientes categorías de actos jurídicos:

I.- Actos unilaterales y actos bilaterales:

Esta clasificación atiende al número de partes para que el acto se forme y no al número de personas para que produzca efectos. Se habla de parte y no de persona, ya que una parte puede ser una o varias personas (art. 1438). Parte es la persona o grupo de personas que constituyen un solo centro de intereses.

Esta clasificación tiene importancia en diversos aspectos:

- 1 - Tiene importancia en la formación misma del acto.
- 2 - En cuanto a las normas de interpretación del respectivo acto jurídico. El legislador da distintas normas para la interpretación de los actos jurídicos uni y bilaterales, y es obvio que así sea, porque para interpretar hay que buscar la intención común. *La regla básica en materia de interpretación de los actos jurídicos bilaterales está en los arts. 1560 y siguientes*; luego, la interpretación en los actos jurídicos bilaterales tiende a ser más objetiva, en tanto que en los actos jurídicos unilaterales se presenta con un carácter subjetivo.
- 3 - En relación con el estatuto jurídico que va a regir a uno u otro acto, se establece por la ley un estatuto jurídico general para los actos jurídicos bilaterales, establecido en los arts. 1.438 y sgtes. del CC.

Estas normas que se dan a propósito de los contratos no son enteramente aplicables a los actos jurídicos unilaterales, incluso hay algunos que tienen un estatuto jurídico propio (testamento). Así por ejemplo, en materia de manifestación de voluntad el legislador es mucho más exigente cuando se trata de un acto jurídico unilateral.

1.- Actos unilaterales: *Son aquellos que para su formación requieren de la manifestación de la voluntad de una sola parte, la cual puede estar integrada por una o varias personas.* Excepcionalmente el testamento es un acto jurídico unilateral en que la parte está integrada por una sola persona y que además requiere de la manifestación de voluntad de una sola persona (arts. 999, 1003 y 1004). En consecuencia, es acto unilateral aun la manifestación de voluntad de dos o más personas si tienen un mismo interés, como, por ejemplo la renuncia de varios copropietarios a la cosa común.

El acto jurídico unilateral se genera y es perfecto desde su otorgamiento, aun cuando para producir sus efectos, requiera de la manifestación de voluntad de otra parte.

El testamento, por ejemplo, es un acto jurídico unilateral típico, cuya existencia depende exclusivamente de la voluntad del otorgante, pero para que el testamento produzca efectos, el heredero debe aceptarlo; de lo contrario el testamento no surtirá efectos.

La doctrina distingue:

- a) Actos jurídicos unilaterales subjetivamente simples: exigen, por disposición de la ley, el que concurra la manifestación de voluntad de una sola persona, por ejemplo: el testamento (arts. 999 y 1003 CC).

- b) Actos jurídicos unilaterales subjetivamente complejos: son algunos en que concurren varias personas a la celebración del acto, en vista de un interés común; por ejemplo el reconocimiento de un hijo natural que hacen su padre y madre.

Algunos autores creen que en este tipo de acto hay una suma de actos jurídicos subjetivamente simples.

Existen también los llamados negocios jurídicos colectivos, que se podrían situar en una categoría intermedia entre los actos uni y bilaterales. En el acto jurídico bilateral se requiere para que se forme, la concurrencia de dos o más partes, y estas partes concurren con intereses diversos. Por ello, se dice que el acto jurídico bilateral está caracterizado por ser una transacción entre intereses contrapuestos.

Pero esto no siempre se da así, porque en muchos casos se presenta un acuerdo de voluntades, pero entre voluntades que tienden a un mismo fin, vale decir, no son contrapuestos los intereses de unos y otros. Esto fue constatado por la doctrina alemana e italiana y se ha sostenido que en este caso no se estaría ante un acto jurídico bilateral, porque para que éste exista tiene que haber intereses contrapuestos y en este caso no hay contraposición de intereses y se estaría ante un negocio jurídico colectivo. Ejemplo: art.2053 contrato de sociedad.

Otro sector de la doctrina rechaza esta distinción y dice que los negocios jurídicos colectivos deben quedar insertos entre los actos jurídicos unilaterales subjetivamente complejos. Pero, se les replica que existe cierta diferencia porque los actos jurídicos unilaterales subjetivamente complejos producen sus efectos respecto de terceros, en tanto que el negocio jurídico colectivo produce sus efectos para todo el que interviene en él.

2.- Acto jurídico bilateral: *es aquel que para formarse requiere de la manifestación de voluntad de dos o más partes, que representan intereses jurídicos contrapuestos o al menos distintos*. El acto bilateral nace cuando consienten las voluntades, de ahí el nombre de consentimiento que recibe la manifestación de voluntad de las partes.

En doctrina los actos jurídicos bilaterales son denominados “Convención”, que es el acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir derechos.

Cuando este acuerdo de voluntades tiene por objeto crear derechos toma el nombre específico de contrato. Así la convención es el género y el contrato la especie; de ahí que todo contrato sea una convención, pero no toda convención sea un contrato, solo lo será cuando tenga por objeto crear derechos.

El pago es una convención porque proviene de un concurso de voluntades; pero no es un contrato, ya que su objeto no es crear obligaciones sino extinguirlas (art. 1568). La compraventa, la sociedad, el arrendamiento, el préstamo si que son contratos, porque el acuerdo de voluntades que ellos entrañan va dirigido a crear derechos.

El CC en los arts. 1437 y 1438 hace sinónimos los términos convención y contrato. Lo que sucede es que hay un error técnico del legislador que tiene cierta relación con la realidad, porque la mayor parte de las convenciones que se celebran son contratos, pero, jurídicamente contrato y convención no es lo mismo, así lo ha resuelto la Corte Suprema (Ver Gaceta de los Tribunales, 1934, segundo semestre, N.16, p.62).

Uni y bilateralidad de actos y contratos:

Todo contrato es un acto bilateral, porque para formarse necesita del acuerdo de voluntades de dos partes. Pero los contratos, a su vez, pueden ser uni o bilaterales. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y el contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente (art. 1439).

II.- Actos jurídicos entre vivos y actos jurídicos mortis causa:

Actos mortis causa son aquellos en que la muerte del sujeto que los otorga es supuesto necesario para que ellos produzcan efecto. Actos entre vivos son todos los demás, aunque sus efectos se subordinen a la muerte de una de las partes, pues, en esta hipótesis, la muerte no es de la esencia del acto, sino un elemento accidental del mismo.

Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento se conviene que junto con la muerte de uno de los contratantes se extingue para siempre el contrato. No obstante la muerte de uno de los contratantes el acto sigue siendo entre vivos. Acto mortis causa típico es el testamento (art. 999).

III.- Actos jurídicos patrimoniales y acto jurídicos de familia:

Actos jurídicos patrimoniales son aquellos cuyo contenido es de carácter pecuniario e interesa particularmente a sus autores. Crea, modifica o extingue un derecho pecuniario; por ejemplo el contrato de arrendamiento.

Acto jurídico de familia es aquel que se refiere a la situación del individuo dentro de la familia y a las relaciones del mismo frente a los demás miembros del grupo familiar e incluso de la sociedad. Ejemplos de este tipo de acto son la legitimación adoptiva, el matrimonio, la adopción, etc.

Esta división no es absoluta, al extremo de que en un acto de familia no haya significación económica o patrimonial; ejemplo de esto lo constituyen las diferentes formas que puede adoptar el matrimonio: separación de bienes, régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales.

Diferencias:

1. - Los actos jurídicos de familia están regidos por normas que consagran derechos irrenunciables. Así, el marido no puede renunciar al derecho de administrar los bienes de la sociedad conyugal, al derecho y obligación de alimentar sus hijos. Más que al interés privado este acto mira al interés de la familia y de la sociedad.

Los actos jurídicos patrimoniales sólo miran al interés privado y sus derechos son esencialmente renunciables (art.12, CC).

2.- En los actos jurídicos de familia el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente limitado. La voluntad o consentimiento solo se exige para que el negocio se forme o nazca, pero sus efectos están regulados en la ley, no pudiendo modificarse por las partes. Excepcionalmente, en el matrimonio se deja a los contratantes alterar el régimen legal de sociedad conyugal por el de separación de bienes o de participación en los gananciales. Por el contrario, en los actos jurídicos patrimoniales el principio de la autonomía de la voluntad es plenamente eficaz, tanto para dar nacimiento al acto como para regular sus efectos. En virtud de este principio las partes pueden modificar o derogar las normas supletorias civiles, e incluso, pueden crear los llamados negocios innominados o atípicos (contrato de suministro) que no se encuentran tipificados ni estructurados en la ley.

3.- En cuanto a los fines que se persigue, en los actos de familia está comprometido no sólo el interés de quienes realizan el acto, sino que también el interés de la sociedad, porque se entiende que en ellos está en juego el interés general. Ello porque los actos de familia dicen relación con la constitución de la familia, y esto es algo que interesa a toda la colectividad, porque se estima que mientras mejor esté constituida la familia, menos problemas tendrá la sociedad.

En cambio, en los actos patrimoniales se señala que sólo está en juego el interés de quienes concurren a su celebración.

IV.- Actos jurídicos a título gratuito y acto jurídico a título oneroso:

Esta es una subclasificación de los actos jurídicos patrimoniales, que atiende a la ventaja o beneficio que reporta para las partes.

El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

Es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (art. 1440, CC).

Negocio oneroso típico es la compraventa en que una parte recibe el precio y el otro la cosa. Ambos se gravan porque uno se desprende del precio y el otro de la cosa. Negocio gratuito típico es la donación donde se grava solo el donante y se beneficia el donatario.

Según la teoría subjetiva el acto es a título gratuito cuando el propósito de una de las partes sea beneficiar a la otra, aunque en definitiva tal beneficio no se produzca. Para la teoría objetiva (Planiol) el acto jurídico será a título gratuito cuando el beneficio realmente se produzca, de lo contrario el negocio no será gratuito.

La donación con gravamen, para la teoría subjetiva en que sólo cuenta la intención, constituirá un acto jurídico a título gratuito. Según el art.1405 el acto jurídico será gratuito en lo que salda descontado el gravamen.

Parece ser que nuestro CC sigue la concepción objetiva según se desprende de sus arts. 1398 y 1405.

Importancia de distinguir entre acto jurídico a título gratuito y acto jurídico a título oneroso:

- 1) El error in persona sólo tiene cabida en los negocios a título gratuito, siendo indiferente en los negocios a título oneroso.
- 2) La ley es más exigente para celebrar un negocio a título gratuito. Tratándose de la donación la ley exige un trámite que la preceda, llamado insinuación, que consiste en una autorización previa al acto, otorgada por juez competente.

El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida se llama aleatorio (art. 1441, CC).

La ley no dice “deben ser equivalentes”, sino que “se mira como equivalente”. Puesto que es imposible exigir una equivalencia matemática.

El carácter conmutativo dependerá de la equivalencia de las prestaciones. El precio que una parte se obliga a pagar “se mirara” como equivalente a la cosa que el vendedor se obliga a entregar. Cuando se produce un desequilibrio muy grande, la ley, mediante la figura de la lesión restablece el equilibrio perdido. La lesión solo tiene lugar en los contratos oneroso-conmutativos, ya que el desequilibrio de prestaciones no se produce en los contratos onerosos aleatorios, por cuanto la equivalencia de las prestaciones consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

Según el art.2258, los principales contratos aleatorios son:

- 1.- El contrato de seguros;
- 2.- El préstamo a la gruesa ventura;
- 3.- El juego;
- 4.- La apuesta;
- 5.- La constitución de renta vitalicia;
- 6.- La constitución de censo vitalicio.

Los dos primeros pertenecen al Código de Comercio.

Ejemplos:

- Contrato gratuito: donación
- Contrato oneroso conmutativo: compraventa.
- Contrato oneroso aleatorio: compraventa de cosa futura. Al respecto el art.1813 expresa que la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte.

El contrato de compraventa es típicamente oneroso conmutativo, pero también puede ser oneroso aleatorio (art.1813) al tratarse de venta de cosas futuras, es decir, venta de cosas que se espera que existan, por ejemplo: la venta de todos los frutos que produzca un predio por el precio de \$100.000. Al contratar no hay frutos, pero si no hay producción o hay una gran producción, el precio será el mismo y deberá pagarse.

V.- Actos jurídicos principales y actos jurídicos accesorios.

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. (art.1442).

Esta clasificación atiende a si el acto puede o no subsistir por sí mismo, sin necesidad de otra convención.

El acto principal subsiste por sí mismo; el accesorio, en cambio, asegura una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

Refiriéndose al acto jurídico accesorio el CC emplea el término subsistir, y no existir, ya que éste puede existir plenamente antes del acto jurídico que contenga la obligación principal. Así, se puede constituir hipoteca (accesorio) para garantizar una obligación futura (principal).

Por ejemplo la garantía general hipotecaria (accesorio) existe antes de contraer una obligación con el banco (principal), pero para subsistir requiere de la obligación principal a la cual acceda.

Los actos jurídicos accesorios fundamentales son las cauciones. Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda. (art. 46).

La clasificación de los actos en principales y accesorios sólo tiene importancia para determinar la extinción de unos y otros, de acuerdo con el aforismo que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

De ahí que el art.2516 exprese: La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto a la obligación a que acceden.

Actos jurídicos dependientes.

Llámanse actos jurídicos dependientes a los que para existir o para producir efectos están subordinados a la existencia de otro u otros (que no son principales, aunque deben ser ciertos y determinados), pero no para asegurar el cumplimiento de estos últimos. Ejemplo: las capitulaciones matrimoniales. Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración.

En las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, sólo podrá pactarse separación parcial de bienes. (art.1715,CC).

Según el art.1716, 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. Estas capitulaciones van a producir sus efectos cuando se celebre el otro acto jurídico del que depende.

Del mismo modo la jurisprudencia ha declarado que si no produce efecto la compraventa de un establecimiento de comercio, tampoco puede producirlo aisladamente la cesión de arrendamiento y de la promesa de venta del local en que aquél funciona (pactado en una cláusula de la compraventa), pues debe reputarse subordinada a la existencia de la de la compraventa. (Corte de Valparaíso; R., t.7, sección primera, pág. 222- considerandos 13 y 14, pág. 229).

VI.- Actos jurídicos solemnes y actos jurídicos no solemnes.

La regla general es que la sola voluntad o consentimiento manifestada de cualquier forma (verbal o escrita), es suficiente para que el acto jurídico sea perfecto; no requiriendo de solemnidad alguna para su perfección. Sólo interesa que la voluntad sea exteriorizada. Este es el principio dominante en el CC.

Sin embargo, en ciertos casos, la sola manifestación de voluntad no es suficiente para la perfección del acto, por lo que la ley, en atención a la naturaleza del acto que se celebra, exige que la manifestación de voluntad sea hecha con ciertas solemnidades, que de no cumplirse hacen que el acto no produzca ningún efecto civil. Así la solemnidad es la forma como debe manifestarse la voluntad según la ley.

Las solemnidades son de interpretación restrictiva, no admitiéndose extender su aplicación por analogía a otros casos donde exista alguna similitud, pero donde la ley no las exija expresamente.

Ejemplo: el contrato de compraventa, por regla general es consensual. Desde que hay acuerdo en precio y cosa, el acto se perfecciona con la sola manifestación de voluntad.

No obstante lo anterior, en ciertos casos la manifestación de voluntad debe hacerse con ciertas formalidades exigidas en atención a la naturaleza del acto que se celebra, como en el contrato de compraventa de bienes raíces, donde la solemnidad exigida por la ley es la escritura pública.

Al establecer el art.1443 que el contrato es real cuando para que sea perfecto, es necesaria la entrega de la cosa a que refiere (comodato, mutuo y depósito), es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento (compraventa de cosas muebles, arrendamiento, mandato); está haciendo una clasificación atendiendo a la forma como se perfeccionan los contratos.

Esta clasificación se generaliza en los actos jurídicos, con la sola excepción de los contratos unilaterales reales, ya que esta figura no se presenta como acto jurídico. El art.1443 se refiere a las solemnidades especiales, ya que la ley señala expresamente para cada caso. Ejemplos:

- a) La escrituración: El art.1554 expresa que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes, N°1.- Que la promesa conste por escrito..._
- b) La escritura pública (compraventa de un bien raíz, art.1801 inc.2).
- c) El instrumento público. Instrumento público o auténtico es el otorgado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública. (art.1699).
- d) Presencia de ciertos funcionarios y testigos; por ejemplo el matrimonio, cuya celebración requiere la presencia del oficial del Registro Civil y dos testigos.
- e) Según algunos autores también constituyen solemnidades la inscripción del usufructo y del derecho real de hipoteca a que se refieren los arts.2409 y 2410 la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca, y la del contrato a que acceda. (2409).

La hipoteca deberá además de ser inscrita en el Registro Conservatorio; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción. (2410).

Justificación del acto solemne.

1. - Los actos solemnes se prueban por sí mismos: La solemnidad del acto facilita la prueba, en términos que si no se ha cumplido con la solemnidad exigida por la ley, no habrá forma de probar el acto, por ejemplo: la compraventa de un bien raíz puede probarse por su solemnidad, la escritura pública.

Al respecto, el art.1701 inc.1 expresa 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 aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno.

- 2.- Protección de terceros: Al ser externa la solemnidad, pone en conocimiento de terceros la celebración del acto.

3.- Para algunos, la exigencia de la solemnidad, da más tiempo a los celebrantes del negocio para que reflexionen acerca del mismo.

Omisión de solemnidades.

El art.1443 prescribe que el acto que adolece de solemnidades no produce ningún efecto civil.

Según el art.1681 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.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Asimismo, el art.1682 establece que 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. ya que al faltar la solemnidad, falta la voluntad. Como ejemplo de esto se puede citar el art.1801.

Claro Solar sostiene que la omisión de la formalidad produce la inexistencia del acto, lo que no es otra cosa que la carencia de efectos civiles (art.1443), que no es lo mismo que la nulidad absoluta.

Actos solemnes por determinación de las partes.

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, esto en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Así sucede con el arrendamiento (art.1921) y con la compraventa de cosas muebles (art.1802) cuando se pactan que se harán por escrito.

Dice el art.1802 si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inc.2 del artículo precedente 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.

Para un acto solemne no es lo mismo por mandato de la ley que por voluntad de las partes. Mientras en el primer caso la omisión de las solemnidades acarrea la nulidad absoluta o inexistencia del acto, en el segundo caso el acto puede producir efectos aún cuando falten las solemnidades, si se ejecutan hechos que importen renuncia de éstas.

La sanción para el caso de infracción de la solemnidad acordada por las partes, será la que hayan determinado las mismas, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. En ningún caso será la nulidad. Si no se otorgara escritura pública (art.1802) el acto puede producir efectos, si se ejecutan hechos que importen renuncia de ésta.

Otras formalidades que exige la ley, cuya omisión no acarrea la nulidad del acto.

En ciertos casos, la ley exige la concurrencia de ciertas formalidades con distinta finalidad. Algunos autores distinguen entre solemnidades propiamente tales y otras.

Cabe distinguir las formalidades habilitantes, la formalidades “ad approbationem” o por vía de prueba y las medidas de publicidad. Cada una produce, respectivamente, nulidad relativa, privación de un medio de prueba, responsabilidad pecuniaria e inoponibilidad respecto de terceros.

1.- Formalidades habilitantes: son requisitos que la ley, velando por los intereses de los incapaces, exige para la validez o eficacia de ciertos actos 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 falta de poder.

Ejemplos:

- *autorización*: es el permiso que da el representante legal de un incapaz o la autorización para que éste celebre un acto jurídico por si mismo, por ejemplo, la autorización judicial respecto de los incapaces, como el art.255 con respecto a los menores, el art.1754 con respecto de la mujer, y el art.393 con respecto de los tutores en relación con los pupilos.
- *Pública subasta*, arts.393 y 394.
- *La asistencia*, que es la concurrencia del representante legal al acto que el incapaz celebra, colocándose jurídicamente al lado de éste, por ejemplo el art.413 inc.1 segunda parte.
- *La homologación* es la aprobación por la autoridad judicial de un acto ya celebrado, previo control de su legitimidad, por ejemplo el art.1342 (nota del negro).

Sanción a la falta de formalidad habilitante.

La inobservancia de la formalidad habilitante está sancionada con la nulidad relativa del acto o contrato, según resulta de los arts. 1681 y 1682.

formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la calidad o estado de las partes que los ejecutan o acuerdan.

2.- Formalidades por vía de prueba o “ad probationem”: se denominan formas aquellas solemnidades en que se persigue únicamente obtener la constatación del acto celebrado.

Así, el art.1708 establece que No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.

El art.1709 agrega deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.

Sanción a la falta de formalidad por vía de prueba:

Si no se emplean estas formalidades, el legislador priva al acto de determinado medio de prueba. Esto no obsta a que el acto pueda probarse por otros medios, en el ejemplo anterior, mediante prueba confesional.

3.- Formalidades por vía de publicidad:

Son aquellas solemnidades que tienen por objeto la divulgación de la celebración del acto jurídico, es decir, con el fin que sea oponible a terceros. No solamente se divulga la celebración de actos jurídicos propiamente tales, sino que la concurrencia de hechos que modifican la capacidad o estado de la persona. Como ejemplo se pueden ver los arts.447 y 461 del CC, relativos a la interdicción del pródigo y del demente, y el N.4 del art.4 y el art.8 de la ley 4808 sobre registro civil, respecto de sucesos que influyen en el estado civil de las personas. (Pescio, Victorio; Manual de Derecho Civil, tomo II, pág. 180 y sgtes.).

El ejemplo clásico es el que se ofrece a propósito de la cesión de un crédito personal en que se produce nítidamente la sucesión de dos etapas:

- a) mientras no se haga la entrega del título, la cesión no produce efectos ni siquiera entre el cedente y el cesionario (art.1901);

b) verificada esa entrega, la cesión no produce efecto respecto del deudor ni de terceros mientras aquél no ha sido notificado de la cesión o la haya aceptado (art.1902).

La notificación de la cesión es un requisito de publicidad para que pueda afectar a terceros.

También se cita como caso de aplicación el del art.1707: _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.

Otros ejemplos en que el acto jurídico es provisoriamente estéril, tanto respecto de las partes cuanto de terceros es en la falta de subscripción, al margen de la respectiva inscripción matrimonial, del pacto otorgado por escritura pública en que los cónyuges substituyen el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total o de participación en los gananciales; este no surtirá efecto ni entre las partes ni respecto de terceros (art.1723 inc.2). Idéntica situación se ofrece en la adopción, según lo prescribe el art. 13 de la ley 7613.

En otros casos, la falta de formalidad, determina que el acto no pueda invocarse ni hacerse valer en juicio.

El art.8 inc.1 de la ley 4808 sobre registro civil expresa que: Las sentencias judiciales y los instrumentos que, en conformidad a esta ley, deben ser inscritos en los registros, no podrán hacerse valer en juicio sin que haya precedido la inscripción que corresponda. Se comprende en esta situación, el reconocimiento de un hijo natural, la sentencia que declara la nulidad de matrimonio, etc.

Sanción a la falta de medidas de publicidad.

Las consecuencias de la omisión de las formalidades referidas produce la inoponibilidad, que consiste en la ineficacia del acto respecto de terceros.

VII.- Actos jurídicos puros y simples y actos jurídicos sujetos a modalidades.

Las modalidades (elementos accidentales) son ciertas cláusulas particulares que pueden insertarse en los actos jurídico. para modificar sus efectos, sea desde el punto de vista de la existencia, ejercicio o extinción de los derechos que de ellos resultan.

Estas cláusulas particulares son la:

- Condición, que es el hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento o extinción de un derecho, puede ser suspensiva o resolutoria;
- El plazo, es el hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o extinción de un derecho, puede ser suspensivo o extintivo;
- El modo, es la carga establecida en los actos jurídico. a título gratuito con el fin de limitar el derecho del acreedor o adquirente de liberalidad obligándolo a asignarlos a una determinada función.

Acto jurídico puro y simple: (regla general de los actos jurídicos.), es aquel que da inmediatamente nacimiento a un derecho, cuyo ejercicio puede ser inmediato y su duración indefinida. No se encuentra sujeto a modalidades.

Acto sujeto a modalidades: son los que sus efectos están subordinados al cumplimiento de ciertas cláusulas restrictivas particulares, introducidas por las partes: condición, plazo y modo (algunos señalan a la representación como modalidad art.1448).

VIII.- Actos jurídicos típicos y atípicos o nominados e nominados.

Actos jurídicos típicos o nominados son los que están regulados y estructurados por la ley; por ejemplo, el matrimonio, la adopción, testamento, compraventa, hipoteca, etc.

Innominados o atípicos, son los actos jurídicos que no están configurados por la ley. Surgen como creación de los particulares en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de las convenciones o libertad contractual. Tienen pleno valor, siempre que se ajusten en general a las reglas de los actos y declaraciones de voluntad conocidas: requisitos de existencia y de validez. Ejemplo de esto son los contratos de suministro, abastecimiento, consignación, etc.

IX.- Actos jurídicos constitutivos, declarativos y traslaticios:

Actos constitutivos: son aquellos que crean una situación jurídica o un derecho nuevo que antes no existía, así un contrato es constitutivo porque hace nacer en las partes derechos que antes no tenían y crea las calidades de deudor y acreedor.

Actos declarativos: son los que no hacen nacer un nuevo derecho, ni tampoco crean una nueva situación jurídica, sino que se limitan a reconocer derechos y situaciones jurídicas preexistentes. El acto declarativo se limita a reconocer un derecho que la persona ya tenía con anterioridad, ejemplo: adjudicación en la partición de bienes.

Actos traslaticios: son los que transfieren de un titular a otro un derecho que ya tenía existencia, ejemplo: tradición.

X - Actos jurídicos recepticios y no recepticios.

Actos recepticios: la declaración de voluntad que encierra, para producir su eficacia, ha de dirigirse a un destinatario determinado, debe comunicarse o notificarse. Por ejemplo la propuesta de celebración de un contrato o el desahucio.

Actos no recepticios: la declaración de voluntad que implica logra su eficacia por el sólo hecho de su emisión, sin necesidad de notificarse a nadie. (testamento)

XI - Actos jurídicos causados y abstractos.

Toda manifestación de voluntad tiene una causa motivo o razón. Existe una relación entre la voluntad y la causa. Art.1467.

La causa es el motivo que induce al acto o contrato.

Acto jurídico abstracto: se separa la voluntad de la causa, la ley admite que se separen estos dos requisitos de los actos jurídicos atendiendo sólo a la manifestación de voluntad, no es que no haya causa, sino que el derecho no considera este requisito.

Acto jurídico causado: es la regla general, art.1445, el acto jurídico requiere de causa y las partes no pueden crear documentos abstractos, sólo la ley.

XII - Acto jurídico condición y propiamente tal.

Acto condición: aquel en que la manifestación de voluntad es la condición, el supuesto para que opere un determinado estatuto jurídico. La manifestación de voluntad es sólo el supuesto para que operen condiciones legales que crean derechos y obligaciones. En general los actos de familia son condición, como el matrimonio.

Acto propiamente tal: las partes crean derechos, juega normalmente el principio de la autonomía de la voluntad, las partes fijan los derechos y obligaciones mientras no se contravenga la ley, buenas costumbres y orden público.

XIII - Actos jurídicos de administración y de disposición (Alessandri-Somarriva; t.I, p.312).

Requisitos de existencia de
los actos jurídicos
o cosas esenciales comunes

Estos requisitos no son regulados en la ley (CC), por lo que constituyen una elaboración doctrinaria.

La voluntad o consentimiento:

De la definición de acto jurídico puede establecerse que la concepción de los actos jurídicos es esencial y principalmente voluntarista. Está sustentada y elaborada sobre la base y la idea de la voluntad, porque el acto jurídico es la proyección de la voluntad del individuo hacia el exterior, proyección que va a producir consecuencias de derecho.

En su sentido ético, la voluntad es la disposición moral para querer algo. En los actos jurídicos unilaterales se habla propiamente de voluntad, pero en los bilaterales toma el nombre de consentimiento.

Requisitos de la voluntad:

1.- Que se exteriorice:

No hay voluntad mientras ella no se exprese o manifieste hacia el exterior en alguna forma. Mientras el individuo la guarda para sí, la voluntad no tiene relevancia para el derecho.

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es *expresa*, cuando el contenido del propósito es revelado explícita y directamente, sin la ayuda de circunstancias concurrentes; por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública cuando se celebra un contrato de compraventa.

La voluntad es tácita cuando el contenido del propósito se deduce de ciertas circunstancias concurrentes, cuando se infiere de ciertos hechos, conductas o comportamientos. Pero el comportamiento y los hechos de los cuales se deduce la voluntad, deben ser concluyentes e inequívocos, es decir, no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones.

Como el CC no dice en forma genérica que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, esto se ha deducido en casos concretos. Uno de estos sería en la aceptación de una herencia (arts. 1241, 1242 y 1244).

Art.1241: La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero ; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero.

Si no se ha aceptado la herencia, la enajenación constituye un hecho inequívoco y concluyente del que se deduce que tácitamente se ha aceptado la herencia. Otros casos de voluntad tácita se comprende en los arts. 1449, 1904, 2164, 1516, etc.

A decir del profesor Pescio: La ejecución de hechos que supongan que la aceptación puede ser excluida mediante la formulación de una protesta o de una reserva. Así lo dice el art.1244.-

La voluntad expresa o tácita tiene igual valor jurídico, según lo establece el Código de Comercio en su art.103:

La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa.

Excepcionalmente, la ejecución de hechos que supongan voluntad tácita es inoperante cuando la ley exige una manifestación expresa de voluntad o declaración categórica, como en materia de solidaridad (art.1511 inc.3 parte final), en la novación por cambio de deudor (art.1635 primera parte), en la facultad para subarrendar (art.1946), también se da en la condonación (art.1465).

La novación es la sustitución de una obligación nueva a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida (art.1628).

La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor... (art.1635).

Un sector de la doctrina dice que fuera de estos dos casos de manifestación de voluntad (expresa y tácita), existiría el de la voluntad presunta, que sería aquella que se deduce o presume de determinados hechos, esto es, que una conducta de un sujeto es considerada por la ley como una manifestación de voluntad.

Ejemplo: art.1654, en este caso, de la conducta de entregar el título o la destrucción o cancelación del mismo, se deduciría una aceptación presunta de remitir la deuda. La misma situación se da en el art.1244.

No obstante estos dos casos, la opinión generalizada es que los hechos constitutivos de la voluntad tienen que manifestarse en forma inequívoca, en una forma que no deje duda sobre el verdadero querer de la persona.

Así la jurisprudencia ha resuelto que si el consentimiento puede ser tácito o implícito, no puede ser presunto o supuesto, porque lo que se exige es la voluntad positiva de obligarse, lo cual no coincide con una voluntad presunta.

El silencio como manifestación de voluntad

El silencio no es afirmación ni negación, por lo que no puede estimarse manifestación de voluntad. El refrán quien calla otorga no es de validez jurídica.

El silencio no es manifestación de voluntad tácita, ya que en ésta, hay un hecho del que se infiere tal manifestación, en cambio, en el silencio no hay hecho.

En materia contractual el silencio solo importa manifestación de voluntad suficiente:

- 1) Cuando las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual así lo han convenido. Por ejemplo, en el contrato de sociedad o de arrendamiento se estipula que éste se entiende prorrogado si ninguna de las partes manifiesta voluntad en orden a poner término del contrato, se la llama cláusula de renovación automática. Lo convenido obliga a las partes en virtud del art.1545.
- 2) Hay casos excepcionales en el derecho en que le da validez, esto es, cuando la ley reconoce eficacia jurídica al silencio como manifestación de voluntad. Se cita como ejemplo al art.2125 que expresa 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 se cita como ejemplo al caso de la tácita reconducción del art.1956 inc.3, que dice: Con todo, si la cosa fuere raíz y el arrendatario con el beneplácito el arrendador hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier otro hecho igualmente inequívoco su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes...

En opinión de Alessandri en el caso del art.1956 no hay silencio como manifestación de voluntad, porque el silencio supone necesariamente la ausencia total y absoluta de manifestación del otro sujeto.

Tiene que haber una pasividad total del sujeto, de manera que no sea posible saber el pensamiento de ese sujeto. Sin embargo, en este caso hay una voluntad tácita que se desprende de la aceptación del pago de la renta por el arrendador después de terminado el contrato de arrendamiento.

- 3) En el caso del silencio circunstanciado, constituye una manifestación de voluntad cuando va acompañado de otras circunstancias que permitan considerarlo como expresión de la voluntad de la persona de que se trata.

Ello es así, porque en ciertos casos el silencio puede ser abusivo y producir perjuicios (art.1233); o porque en otros puede significar asentimiento (art.2125 y 2428 en relación con el art.492 del CPC, en materia de purga de hipoteca).

Entendiendo así el silencio, tiene valor jurídico cuando la conducta que lo acompaña se rodea de una serie de circunstancias que hacen al legislador deducir que hubo asentimiento o evitar que se produzca un perjuicio.

La jurisprudencia chilena ha atribuido valor al silencio circunstanciado (R., tomo XVIII, segunda parte, secc.2, pp. 405; y tomo XXII, segunda parte, secc.1, pp.797).

Es posible trasladar el silencio circunstanciado a aquellos casos en que la situación de las partes o el contexto en que se produzca permita atribuirle eficacia jurídica ? (Alessandri).

El carácter excepcional que reviste el reconocimiento de eficacia jurídica al silencio, nos hace concluir que al igual que en otros casos jurídicos excepcionales como las solemnidades requeridas para ciertos actos, o las incapacidades que afectan a determinadas personas, son de interpretación restrictiva, por lo que no cabe su aplicación por analogía a situaciones más o menos parecidas donde la ley no le reconozca expresamente tal efecto.

- 4) El silencio también puede tener eficacia en materia extracontractual, como fuente de las obligaciones, es decir, cuando se ha abusado con culpa o dolo de la ley, y de ello se sigue perjuicio contra terceros.

2.- Seriedad de la voluntad.

Sostienen algunos autores que la voluntad es seria cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico (art.1445 N.2). Se dice que no es seria y no hay voluntad en los actos de los absolutamente incapaces, del mismo modo que el acuerdo de voluntades en que se conviene ir a un paseo. Se señala, por algunos autores, que tampoco hay voluntad en el caso del error esencial.

Voluntad declarada y voluntad real:

Se deben distinguir los requisitos internos y externos de la voluntad. Los primeros están constituidos por la decisión de realizar un acto jurídico, por la conciencia de los elementos del acto jurídico y por la intención de realizar dicho acto. Los requisitos externos consisten en la exteriorización y proyección de esta voluntad desde el fuero interno hacia el exterior.

Puede suceder que la voluntad interna o real esté en desacuerdo con la voluntad declarada, para determinar cual prevalece se han formulado varias teorías:

- a) Teoría de la voluntad real o subjetiva: fue desarrollada por Savigny. La voluntad interna es el principal elemento del acto jurídico; la declaración no es más que el medio de revelar o exteriorizar aquélla. Según esta teoría prevalece la voluntad interna, lo que el derecho protege y lo que da nacimiento al acto jurídico es el verdadero querer de la persona.

Crítica: no lleva a una seguridad en las relaciones jurídicas, la buena fe desaparecería. Para esto se enunció la teoría de la culpa “in contrahendo” (Ihering), según la cual, los contratantes deben poner diligencia no sólo en el cumplimiento de las relaciones jurídicas ya formadas, sino también en las relaciones en gestación y a las previas conducentes a la realización del acto jurídico.

- b) Teoría de la declaración de voluntad u objetiva: surge como reacción a la anterior. Se basa en la mayor seguridad jurídica y en la buena fe de terceros. Señala que a los hombres se los dotó de un medio para comunicarse que son las palabras, por lo tanto, es justo suponer que quien recibe una declaración de voluntad crea que esa declaración corresponde a la efectiva voluntad del declarante. Según esta teoría, la declaración de voluntad debe primar sobre la voluntad interna, porque aquélla determina la formación de los actos. Supone que el querer interno del individuo sólo puede ser considerado por el derecho en la medida que se declare.

Crítica: presenta el riesgo de que en ciertas circunstancias no se considere para nada al elemento interno y da eficacia a una mera apariencia de voluntad.

A la época de la dictación del CC la tendencia predominante era la doctrina de la voluntad real o interna. El CC se inspira principalmente en los postulados de la revolución francesa, con los que pretenden reafirmar y asegurar la libertad del individuo frente al poder central representado por el rey. Se trata en lo posible de asegurar la libertad individual y la autonomía de las personas.

Es por lo anterior que nuestro CC sigue la teoría de la voluntad real o subjetiva, así se desprende del art. 1560, según el cual:

Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Además, el art.1069 en su inc.2 dice que para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido.

Este principio se manifiesta también en las normas sobre vicios del consentimiento y en la teoría de la causa, puesto que ésta última atiende a los motivos de las partes.

Sin embargo, el principio de prevalencia de la voluntad interna se encuentra atemperado o moligerado en ciertas disposiciones del CC, especialmente con el objeto de evitar perjuicios a terceros. Esta es la idea contenida en el art.1707, en virtud de esta disposición, los terceros sólo se atienden a la voluntad declarada (escritura pública), aunque la voluntad real sea diferente (escritura privada).

Principio de la autonomía de la voluntad.

Descansa sobre la idea de la voluntad de las personas, una vez declarada y siempre que no esté afecta por vicio alguno, puede crear derechos y obligaciones, salvo en circunstancias muy excepcionales previstas por el legislador. Es decir, la voluntad humana crea derechos y obligaciones, y sobre éste principio se estructura el derecho privado en la casi totalidad de los países del mundo occidental.

El legislador chileno consagra este principio en diversas disposiciones del CC, pero los que tienen mayor relevancia son los arts.12, 1545 y 1560.

Este principio se traduce desde un punto de vista en que las partes pueden celebrar toda clase de actos lícitos y pueden convenir entre ellas toda clase de estipulaciones que no sean contrarias a la ley, orden público o moral.

Sin embargo, existe otro aspecto que dice relación con el fondo de los actos jurídicos y que se traduce en la más amplia autonomía para estipular lo que ellos convengan o deseen en cuanto a los derechos y obligaciones que nacen del acto jurídico y que recíprocamente se imponen unos a otros.

No obstante haberse establecido limitaciones, el principio sigue siendo el de la autonomía de la voluntad, teniendo plena vigencia el principio de que en derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no prohíba.

La autonomía de la voluntad también se extiende a la forma de los actos jurídicos, en el sentido de que la voluntad de las partes puede expresarse en la manera que ella lo estimen conveniente, sin perjuicio de aquellos casos en que el legislador exige el cumplimiento de solemnidades para determinados actos jurídicos.

Formación del consentimiento.

Por su naturaleza misma no cabe la menor duda que la manera de formarse la voluntad es diversa en los actos jurídicos unilaterales y en los bilaterales. Los primeros requieren de la manifestación de una o más personas que, en todo caso, conforman una sola parte, esto es, que actúan movidas por un interés común.

En el acto jurídico bilateral no basta la manifestación de voluntad de una parte, ni tampoco la de dos partes si se hace en forma aislada. Para que surja el acto jurídico bilateral se requiere el acuerdo, que tiene que ser en torno a un objeto y a los elementos del acto jurídico, tiene que haber un concurso sobre estos puntos. Este acuerdo toma el nombre de consentimiento, porque en el fondo es el asentimiento que cada parte presta a la voluntad contraria.

La palabra consentimiento nos da una idea clara de que es lo que se trata, esta palabra viene de “consentire”, que significa traer un mismo sentimiento.

Dentro del derecho, se define al consentimiento como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo acto jurídico.

Reglas legales para la formación del consentimiento:

- 1.- Dónde se reglamenta el consentimiento ?
- 2.- Cómo se forma el consentimiento ?
- 3.- En qué momento se forma el consentimiento ?
- 4.- Dónde se forma el consentimiento ?

1.- Dónde se reglamenta el consentimiento ?

El CC parte de la base de que el consentimiento está formado, y así, no lo define ni contiene relativas a su formación. Este silencio ha sido suplido por el Código de Comercio que en sus arts. 97 al 106 viene a llenar un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil al regular en forma expresa la formación del consentimiento.

No obstante lo anterior, estas reglas sólo se aplican a la formación del consentimiento en los *actos jurídicos consensuales*, no aplicándose, en consecuencia, a los actos jurídico. solemnes ni reales (ver art.1443). Respecto de esto último existe jurisprudencia a favor y en contra, ver Rev. de Derecho y Jurisprudencia: T. XXXIV, seg. parte, secc. 2, pp.28; T. XLVI, secc. 2, pp.48.

2.- Cómo se forma el consentimiento ?

Si el consentimiento se forma por dos o más voluntades sobre un objeto jurídico, se integran entonces dos actos jurídico. unilaterales copulativos: la oferta y la aceptación.

A)La oferta, propuesta o policitación: es un acto jurídico. por el cual una persona (oferente, proponente o policitante), propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales que para que este se perfeccione, basta con que el destinatario de la oferta la acepte pura y simplemente.

Según la doctrina, la oferta debe ser seria, destinada a celebrar un acto jurídico. bilateral, y completa, debe tener todos los elementos del negocio jurídico, en términos que para celebrarlo baste la aceptación pura y simple del aceptante. Se entiende por oferta incompleta aquella en que no se establecen o determinan todas las condiciones del contrato.

No son propiamente ofertas, sino que más bien son invitaciones a formular ofertas o meras formulaciones dirigidas a orientar a quien tenga interés en la celebración del contrato.

Ello implica, según el art.105 del C Com que las ofertas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no sean obligatorias para el que las hace, ya que no se indica la persona a quien va dirigida (art.105 inc.1, C. de C.).

Sin embargo, según se desprende del inc.2, la oferta dirigida a persona determinada tampoco obliga al oferente, salvo en cuanto 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, es decir, lleva impuesta la condición de que las cosas no hayan sido enajenadas al momento de la demanda (aceptación), que no hayan sufrido alteración en su precio y que existan en el domicilio del oferente.

La oferta puede ser verbal o escrita, expresa o tácita. Expresa es la que explícita y directamente revela el deseo de contratar; tácita la que se deduce en forma indirecta, pero inequívocamente de ciertas circunstancias concurrentes; por ejemplo la circulación de vehículos del servicio público (ofrecen celebrar el contrato de

transporte); la exhibición en las vitrinas comerciales de mercaderías con el precio señalado, el ofrecimiento del pago del arrendamiento del mes subsiguiente al del vencimiento del contrato, etc.

El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación; pero este arrepentimiento no se presume (art.99 C de C).

B)La aceptación: Es el acto jurídico. unilateral por el cual la persona a quien va dirigida la oferta se adhiere a ella o manifiesta su conformidad, tomando el nombre de aceptante. La aceptación puede ser expresa o tácita. La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa. (103 C de C).

La aceptación es pura y simple cuando el aceptante adhiere a ella en los mismos términos que se formuló la oferta; es condicional, cuando el aceptante propone modificaciones, en este caso será considerada como una nueva propuesta (art. 102 C de C).

Si el primitivo oferente acepta las modificaciones pasa a ser aceptante de la oferta modificada y la persona que aceptó condicionalmente pasa a ser el nuevo oferente.

Requisitos para que la aceptación forme el consentimiento:

- a) La aceptación debe ser pura y simple: tiene que conformarse a la oferta sin introducirle modificaciones (arts. 101 y 102 del C de Comercio).
- b) La aceptación debe ser oportuna: es oportuna cuando se da dentro del plazo legal o voluntario señalado por el oferente.

Se debe distinguir, si el solicitante ha señalado plazo dentro del cual debe aceptarse la oferta; o si, a falta de éste, hay que estarse a lo expresado en la ley.

Si el solicitante ha señalado plazo, la aceptación será oportuna cuando se formule en el término indicado por el solicitante.

En el caso de plazos señalados por la ley se debe distinguir si la propuesta es escrita o verbal. Si la propuesta es verbal, se requiere que sea aceptada en el momento de ser conocida, de lo contrario el oferente quedará libre de todo compromiso (art.97 C de C).

Si la propuesta es por escrito, se debe distinguir, si el destinatario de la oferta reside en el mismo lugar del oferente o en un lugar diferente. Si reside en el mismo lugar, la oferta deberá ser aceptada o rechazada dentro de 24 horas; si reside en lugar diferente, a vuelta de correo (art.98 C de C).

Según los autores Claro Solar y Alessandri, el acto es perfecto desde el momento que se da la respuesta o aceptación, no exigiéndose que ésta llegue a conocimiento del proponente, según se desprende de los arts. 97, 98, 99, 101 y 104 del C de Comercio.

Vencidos los plazos, la propuesta se entenderá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada (art.98 C de C). El oferente queda liberado y la aceptación es extemporánea, no teniendo la virtud de generar el contrato. Salvo prueba en contrario, la aceptación se presume oportuna; al proponente corresponde probar que la aceptación es extemporánea (Corte Suprema: R., tomo XXVIII, segunda parte, secc. 1, pp.775). Como lo normal es que la aceptación sea oportuna, el peso de la prueba se traslada al que alega algo anormal, esto es, al oferente.

No obstante la ineficacia de la aceptación extemporánea, la ley establece que en caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación (art. 98 C de C).

Como se estima que la aceptación extemporánea es una nueva oferta, hay acuerdo en la doctrina para estimar que el *pronto aviso* debe darse en el mismo plazo otorgado para dar la aceptación, es decir, dentro de las 24 horas o a vuelta de correo según el caso.

La doctrina entiende además, que el pronto aviso sólo se debe dar en el caso de que el proponente no haya dado plazo (discutido), porque si lleva un plazo debe entenderse que la voluntad del oferente no se mantiene más allá de dicho plazo.

- c) La aceptación debe ser tempestiva o mientras esté vigente la oferta: La oferta pierde vigencia por retractación o por caducidad. El oferente puede retractarse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación (art.99 C de C).

El legislador chileno siguió la doctrina clásica, de acuerdo con la cual la oferta no liga al oferente, salvo en cuando éste se ha fijado un plazo de espera (arts. 99 y 100). La doctrina moderna tiene un planteamiento distinto, ya que estima que la oferta liga al oferente. La legislación chilena confiere al oferente un derecho arbitrario para retractarse de su oferta antes de que ella sea aceptada. Pero esta retractación tempestiva puede dar origen a indemnizaciones si se ha causado perjuicios al destinatario, sin embargo, el solicitante puede exonerarse de la obligación de indemnizar cumpliendo el contrato propuesto (art.100 C de C).

Así, hay retractación cuando el proponente revoca la oferta o la deja sin efecto. Sin embargo, la retractación no tiene lugar si al hacer la oferta se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo (art.99 C de C).

El derecho de retractación no requiere expresión de causa, pero con todo, la ley ha querido proteger al destinatario de la oferta. Esto es excepcional en el derecho, ya que la sola declaración unilateral del oferente lo obliga. Se trata de una obligación extra y precontractual.

En doctrina se discute cual es el fundamento de esta responsabilidad del oferente y se han planteado distintas posiciones.

En nuestro país está fuera de discusión, porque en este caso se está frente a una obligación impuesta por la ley, ha sido el legislador que por razones de equidad ha puesto una obligación al oferente que se retracta. No obstante esta facultad del oferente, hay ciertos casos en que la oferta obliga por sí sola, casos que son considerados como excepcionales.

Lo que sucede es que hay situaciones excepcionales en que el oferente no puede retractarse, tales casos son cuando el oferente se ha comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada la oferta o transcurrido cierto plazo.

Hay caducidad cuando se cumplen los plazos que la ley señala, esto es, cuando el oferente muere o le sobreviene alguna incapacidad legal.

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.

Un problema que se plantea en este caso es determinar que sucede en caso de que el oferente que se obligó a esperar contestación o a no disponer de la cosa objeto de la propuesta sólo una vez desechada esta o transcurrido cierto plazo, muere o se incapacita. La duda es si quedan obligados los herederos o el representante legal del proponente.

Según Alessandri, la incapacidad legal o muerte del peticante no obliga a los representantes o herederos a llevar a cabo el contrato, porque el art.99 del C de C que obliga a celebrar el contrato, a pesar de la retractación, es de carácter excepcional y su interpretación debe ser restrictiva. La no formación del consentimiento por caducidad no trae obligación alguna para el oferente, pues el único caso contemplado por la ley en que el peticante responde de los perjuicios causados al destinatario se refiere a la retractación del primero, antes de que la aceptación se dé y haya vencido el plazo señalado al efecto.

Otro sector de la doctrina estima que la oferta del art.99 del C de C genera una obligación, cual es la obligación de no retractarse, obligación que no tiene carácter personalísimo y que, por consiguiente, pasa a los herederos o al representante en su caso. Es decir, los herederos y el representante estarían obligados por la oferta hecha por el causante en las condiciones que indica el art. 99 del C de C.

3.- En qué momento se forma el consentimiento ?

Para determinar el momento en que se forma el consentimiento, es necesario distinguir si el contrato es entre presentes o si es entre ausentes.

Dos criterios existen para caracterizarlos: uno atiende a si ambas partes se encuentran reunidas en un mismo lugar (Somarriva); y el otro, a si la aceptación puede ser conocida por el oferente inmediatamente de ser emitida o no, aun cuando las partes no se encuentren en el mismo lugar y al mismo tiempo (Alessandri). Ver Curso de Derecho Civil de Alessandri-Somarriva, prim. parte, pp.350.

Los contratos entre presentes están restringidos a ofertas verbales. Avelino León incluye entre presentes los contratos en que las partes viven en lugares diferentes, pero pueden conocer la voluntad de la otra por medios mecánicos (teléfono). Los contratos entre ausentes se encuentran restringidos a ofertas escritas, de ahí que algunos autores los califiquen contratos por correspondencia.

A) Formación del consentimiento en los contratos entre presentes.

Según lo establece el art. 97 del C de C, el consentimiento se forma en el acto de darse la aceptación. 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.

B) Formación del consentimiento en los contratos entre ausentes. Teorías.

1.-Teoría de la aceptación, declaración o agnición: el consentimiento se perfecciona desde el momento en que el destinatario de la oferta da su aceptación, aunque esta no sea conocida por el oferente. Basta el hecho de que la persona a quien se dirigió la oferta la acepte, no considerando el no conocimiento que el oferente tenga de esta aceptación.

Se funda en que el consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades, y el acuerdo se produce cuando el aceptante manifiesta su conformidad con la oferta que se le hizo.

Crítica: el criterio propuesto no es seguro y la formación del consentimiento y del contrato, queda sujeta al arbitrio del aceptante.

2.- Teoría de la expedición (variante de la anterior): se exige cierta seguridad de irrevocabilidad de la declaración de la aceptación, la expedición o envío de ésta señala el tiempo en que el consentimiento se forma. El contrato se formaría, no en el momento en que la declaración del aceptante se formula, sino que desde que el destinatario de la oferta se desprende de su manifestación de voluntad enviando la respuesta al oferente.

Crítica: la expedición de la aceptación por alguno de los medios señalados puede ser revocada, ya que según las Convenciones Postales Internacionales y las Ordenanzas de Correos es posible retirar las cartas del buzón, previa comprobación de que el reclamante es el autor de la carta.

3.- Teoría de la información del conocimiento: el consentimiento sólo existe cuando el proponente ha recibido la aceptación y ha tomado conocimiento real y efectivo de ella. Es una antítesis de la primera teoría. Tiene como fundamento el acuerdo de voluntades que configura el consentimiento, se produce únicamente cuando cada una de las partes tiene conocimiento de la determinación de la otra parte.

Crítica: Bastaría al proponente con no tomar conocimiento de la correspondencia para dejar en suspenso y a su arbitrio la formación del contrato.

4.- Teoría de la recepción (variante de la anterior): el consentimiento se forma cuando la aceptación ha llegado a su destino, sin que sea menester averiguar si el proponente tomó conocimiento de ella, pues es natural suponer que, recibida la correspondencia, será leída.

En Chile el C Com sigue la teoría de la aceptación, según se desprende de los arts. 99, 101 y 104.

- El art.99 expresa: 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.

- El art.101 dice: Dada la contestación (aceptación), 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. Basta manifestar la voluntad de aceptar.
- El art.104 expresa: 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.

Una excepción a lo anterior se contempla en el art.1412 del CC que dice: Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá este revocarla a su arbitrio.

No obstante lo anterior, las partes podrían convenir que el consentimiento se forme cuando el oferente conoció la aceptación, y no cuando ésta se produjo, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.

C) Importancia de determinar el momento de la formación del consentimiento:

- a. - La formación del consentimiento pone fin al derecho del oferente para retractarse.
- b. - Los requisitos de validez, especialmente la capacidad de las partes para contratar, se aprecian al tiempo de la formación del consentimiento.
- c. - Cuando hay cambio de legislación, al momento de la formación del consentimiento, deciden si desean aplicarse al acto las leyes antiguas o las nuevas (art.22 LER).
- d. - La formación del consentimiento fija el punto de partida de la prescripción o de la caducidad de ciertas acciones.

Así, según el art.1896: la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años contados desde la fecha del contrato. Lo mismo sucede con la acción resolutoria emanada del pacto comisorio del art.1880, que señala:

El pacto comisorio prescribe en el plazo prefijado por las partes, si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato.

Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno.

4.- En qué lugar se forma el consentimiento ?

Es importante determinar el lugar para los siguientes efectos prácticos:

- a) Fija la competencia de los tribunales.
- b) Los casos en que la voluntad de las partes puede interpretarse por los usos o las costumbres.
- c) Determina la legislación de que país es la aplicable.

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. (art.104 C de C).

Se considera que el término residencia es inapropiado, puesto que hubiera sido más preciso que el legislador hubiera dicho el lugar en que se hubiera aceptado, ya que este lugar donde se acepta no siempre coincide con el de la residencia.

Vicios del consentimiento.

Entre los requisitos de validez el art.1445 señala que: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: . . . 3) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio... En el mismo libro y título, art.1451 se dice: Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.; vicios que son aplicables en general a todo tipo de actos jurídico. (unilaterales o bilaterales), aunque es discutible que el dolo se pueda aplicar al testamento. La doctrina nacional cree, en forma mayoritaria, que estas normas son de aplicación general. Sin embargo, hay algunos que consideran que no puede darse a estas reglas una aplicación tan general, porque hay actos jurídicos que por su naturaleza requieren un análisis especial en lo que se refiere a los vicios del consentimiento. Así sucede en los actos jurídicos unilaterales y en todos los actos relacionados con la sucesión por causa de muerte, en ellos, el problema de los vicios debe ser llevado más profundo, y se estima que los vicios han de tener un carácter distinto que en materia contractual, porque la naturaleza misma de estos actos es diversa. Se señala además, que los vicios contemplados en el art.1451 sólo son aplicables en materia patrimonial, así por ejemplo, el legislador da reglas especiales en materia de vicio del consentimiento en el matrimonio (art.33 Ley de Matrimonio Civil).

No obstante lo anterior, las normas sobre vicio del consentimiento también son aplicables a la voluntad, es decir, a los actos jurídicos unilaterales.

Cabe señalar que algunos autores sostienen a la lesión como vicio del consentimiento, aunque ello es discutible.

Sin embargo, la mayoría de los autores sostienen que no existe la lesión.

Ciertas teorías, suponen que existen causas que suprimen la voluntad o excluyen el consentimiento. Estas causas serían la demencia o privación de razón (arts.1447 y 1682 CC) y el error esencial obstativo u obstáculo, el que se presentaría cuando: a) recaea sobre la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra; b) recaea sobre la identidad de la cosa específica de que se trata; y c) recaea sobre la causa de la obligación (v. Alessandri-Somarriva, ob. cit., t.1, p.333; y Victorio Pescio, ob.cit., t.2, p.55).

I.- El error.

El error es el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa. En lógica, es la disconformidad del pensamiento con la realidad. A diferencia con el error, la ignorancia es el estado de una persona que desconoce un hecho real, que nada sabe. No obstante esto, el legislador equipara al ignorante con el que incurre en error.

Clasificación del error:

a) Error de derecho y error de hecho: el error de hecho es la ignorancia o el concepto equivocado que se tiene de una persona, de una cosa o de un hecho.

Error de derecho es el falso concepto o ignorancia que se tiene de la ley.

Efectos del error de derecho: según el art.1452 El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Esta disposición viene a ser una consecuencia del art. 8 que expresa: Nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia. También está en concordancia con el art.706 inc. final, que dice: Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario.

Pero, para evitar el enriquecimiento injusto el legislador admite un caso de error de derecho que no vicia el consentimiento; es el art.2297 que expresa: Se podrá repetir aún lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural. Por su parte, el art.2299 señala: Del que da lo que no debe, no se presume que dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho. Con todo, la ley no permite el error del derecho para eximirse de su cumplimiento, sino que para que éste efectivamente se cumpla.

El fundamento del error del derecho se encuentra en que no puede admitirse que una persona alegue la ignorancia de la ley para justificar sus acciones, porque en caso de permitirlo, la norma jurídica perdería su fuerza. Permitir que se declare sin efecto una declaración de voluntad alegando que se hizo esa manifestación por no tener conocimiento del ordenamiento jurídico equivale a permitir que el orden jurídico pueda ser contrariado sin problemas.

La doctrina moderna y algunas legislaciones nuevas, como el CC 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.

Clasificación del error de hecho y sus efectos:

Nuestro CC, siguiendo a Pothier (1699-1772), padre espiritual del libro IV De las obligaciones en general y de los contratos; distingue:

- error esencial.
- error substancial.
- error sobre las cualidades accidentales de la cosa.
- error sobre la persona.

1.- Error esencial, obstáculo o impidiendo (art.1453): lo que sucede es que el error es de tal magnitud que, más que viciar el consentimiento, impide que éste se forme. Por eso se le llama impidiendo, porque impide la formación del consentimiento. Art. 1453 El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o 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 entendiéndose comprar otra.

De esto se desprende que el error esencial puede recaer sobre:

- a) la naturaleza o especie del acto o contrato que se ejecuta o acuerda (error in negotia). Las partes se equivocan en cuanto al acto que ellas celebran, resultando que el acto celebrado es distinto del que pensaban celebrar. Más que decir que hubo un vicio, no hay consentimiento porque no hubo acuerdo.
- b) la identidad de la cosa específica de que se trata (error in corpore). El consentimiento no ha podido formarse porque lo que una parte supone que es el objeto del contrato en realidad no tenía ninguna relación con ese objeto.

Ejemplos de error esencial se da en materia de tradición, arts.676 y 677; en materia de transacción el art.2457.

Ver además jurisprudencia: R., t.42, secc. primera, p.51; en este caso se entiende error esencial en materia de arrendamiento (ver Pescio, Victorio: ob. cit., p.58).

La doctrina agrega otro tipo de error esencial, y es el error de la causa que señala el art.1467. La causa es el motivo que induce al acto o contrato, de tal manera que si hay error en la causa no habría causa y, por lo mismo, no habría una manifestación de voluntad.

1.1 Sanción al error esencial.

La sanción es discutida. Para algunos es nulidad absoluta y para otros la nulidad relativa.

a) Nulidad absoluta: para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria la sanción sería la nulidad absoluta, y aún la inexistencia (Claro Solar). Se basan para esto, en que al manifestar la voluntad las partes incurren en un error de tal magnitud que no pueden generar un acto jurídico. Tratándose de los actos bilaterales, el error obstáculo impide el acuerdo de voluntades, pues las partes no se entienden.

Así, el error esencial, tendrá por sanción la nulidad absoluta, porque falta un elemento esencial del acto: la voluntad o consentimiento; de ahí que en doctrina este error sea denominado error obstáculo o impidiendo.

Esta opinión se funda en el art. 1682, que dice que la falta de un requisito de existencia es sancionado con la nulidad absoluta; y no hay duda que cuando hay error esencial no hay voluntad. Además, el art.1445 señala en su N.2 que el consentimiento es un requisito de existencia del acto jurídico, sin el cual no hay acto jurídico.

b) Nulidad relativa: según otros autores la sanción para el error esencial sería la nulidad relativa del acto, porque tal es la regla general en materia de vicios del consentimiento. En efecto, el art.1453 dice que: El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto contrato que se ejecuta o celebra..., o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata... Fundamentan además su posición en la redacción del art.1454 que expresa que el error de hecho vicia asimismo` el consentimiento... y se refiere a casos de error sustancial que, de acuerdo con el art.1682, está sancionado con la nulidad relativa. El empleo de la expresión asimismo estaría manifestando que el error obstáculo del art.1453 vicia de la misma manera el acto que el error sustancial del art. 1454 que trae la nulidad relativa

Todavía, si se considera que la razón de la nulidad absoluta dice relación con el interés público, tendremos que concluir que el error obstáculo cae, desde este punto de vista, dentro de la nulidad relativa, porque su presencia perjudica solo el interés privado de los individuos. La nulidad absoluta impide la ratificación o confirmación del acto, y qué inconveniente habría para que, por ejemplo, si yo entiendo comprar un caballo y la otra parte entiende vender otro, haya confirmación de la venta por encontrar también de mi agrado este caballo ?; ninguna perturbación hay aquí del interés social, el orden público o las buenas costumbres.

Los partidarios de la nulidad absoluta alegan que la expresión “asimismo” significa “también”, en el sentido de que también vicia el consentimiento.

2.- Error substancial:

Según el art.1454 inc.1: El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o 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 metal semejante.

Este error no requiere expresión de las partes ni que el otro contratante lo sepa. A diferencia del error esencial, al decir del art.1454: ... como si por alguna de las partes ..., se entiende que puede sufrirlo sólo uno de los contratantes.

En doctrina se discute lo que debe entenderse por “sustancia o calidad esencial_ del objeto sobre que versa el acto o contrato”. Al respecto hay dos interpretaciones.

- a) Interpretación objetiva: en este caso, la sustancia se define como el conjunto de elementos materiales y calidades que constituyen la naturaleza específica del objeto, asimilándolo a un género determinado. Sustancia es la materia de que se compone el objeto sobre que recae la obligación. Son cualidades esenciales las que dan al objeto una fisonomía propia que lo distingue de los demás. Pothier da un ejemplo clásico, y se refiere a la persona que compra un candelabro de cobre plateado creyendo que se trata de plata pura. También hay error substancial cuando se adquiere un caballo de carrera y el animal es de tiro. Pothier señala que la sustancia es la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente en vista.
- b) Interpretación subjetiva: en este caso se atiende a la voluntad de las partes. La calidad esencial y substancial debe buscarse no objetivamente en la cosa misma (materialidad), sino subjetivamente en la apreciación de las partes.

El error substancial puede entonces, no sólo recaer sobre la substancia de la cosa, sobre su composición, sino cualquiera otra cualidad que es determinante para contratar y que es conocida por las partes sin necesidad de cláusula especial, como la antigüedad o el valor artístico de un objeto.

Se estima por la doctrina mayoritaria, que el error substancial es el que recae sobre las cosas que han sido determinantes en la celebración del contrato.

Para Claro Solar la substancia es la cualidad que hace que una cosa sea lo que es. Por su parte, Alessandri sostiene que el problema de substancia se reduce a la materia con que está compuesta la cosa.

Las dos doctrinas tienen argumentos a favor:

Así, se ha sostenido que Pothier dice que la substancia es la calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, y que esa calidad esencial no tiene porque ser la materia de que se compone la cosa.

Por otro lado, nos encontramos que el ejemplo que da el CC no está referido a la calidad esencial, sino que a la materia misma de que está compuesta la cosa. Hay que recordar que el Mensaje del CC señala que los ejemplos sirven para ilustrar el verdadero sentido de cada disposición, es decir, la intención del legislador.

Otros señalan que el problema de la substancia no puede limitarse a un aspecto puramente material, y ello porque la concepción del CC en materia de actos jurídicos es esencialmente voluntarista.

Por consiguiente, el análisis de la substancia debe hacerse en relación con la voluntad y no con la materia de que está hecha la cosa. Indican además, que lo que debe considerarse es la calidad de la cosa que lleva a celebrar el acto jurídico.

Otros afirman que hay que tener en cuenta que la técnica adoptada por el CC en esta materia se basa en observaciones objetivas y subjetivas.

Afirman que el error substancial se refiere a cualidades esenciales de la cosa, de carácter objetivo que dependen de la naturaleza misma de la cosa y que son conocidos por las partes sin necesidad de una manifestación de voluntad en tal sentido.

Pero nuestra legislación considera también los motivos que haya tenido una de las partes referidas a cualidades no esenciales y que hayan sido conocidas de la contraparte. Se piensa que el CC adopta una posición ecléctica, distinguiendo el error substancial de otros errores que también vician el consentimiento, pero separándolos. De tal manera que ese error es substancial cuando aquel recae sobre cualidades que tienen una objetividad suficiente que permiten ser conocidos por las partes sin necesidad de una declaración de voluntad expresa en tal sentido.

De tal manera que si el error recae sobre otras calidades de la cosa, para que haya vicio del consentimiento es necesario que la contraparte haya sabido que la consideración de esas calidades no esenciales fue lo que llevó a la otra parte a ejecutar el acto o celebrar el contrato.

Esa calidad no esencial tiene que haber sido determinante para que la parte que la invoca haya celebrado el acto o contrato, y ello tiene que haber sido sabido por la contraparte.

El art.1454, respecto del error substancial, comprende la concepción objetiva y subjetiva.

2.1 Sanción al error substancial: como dice el art.1454, el error substancial vicia el consentimiento o voluntad y, por regla general (art. 1682), la sanción será la nulidad relativa del acto o contrato .

3.- Error sobre las calidades accidentales de la cosa sobre que versa el acto o contrato:

Son aquellas calidades que ordinariamente son indiferentes para determinar la voluntad o el consentimiento. El inc.2 del art.1454 dice: El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

Esta regla permite entender que el CC no ha abandonado la concepción subjetiva. Por regla general, el error sobre las cualidades accidentales no vicia el consentimiento (color, marca, año de fabricación, etc.).

Pero, si una calidad accidental es el principal motivo que induce a una de las partes a contratar, y ese motivo ha sido conocido de la otra parte; y luego, se produce error sobre esa calidad, tal error vicia el consentimiento porque se trata de una calidad accidental que ha sido elevada a la categoría de esencial y ha sido conocida de la otra parte. Se trata de una calidad determinante.

Deben cumplirse dos requisitos para que vicie el consentimiento:

- 1) que sea motivo principal o determinante del contrato, y
- 2) que ese motivo haya sido conocido de la otra parte.

3.1 Sanción al error accidental: por regla general no vicia el consentimiento, sino cuando es determinante para contratar. En este caso, su sanción será la nulidad relativa (art.1682).

El vicio no afecta a la existencia del acto, sino que afecta a la validez, porque en este caso ha existido y se ha manifestado la voluntad, pero el fin que se perseguía con esa manifestación no ha sido alcanzado.

Son las concepciones subjetivistas, es decir, aquellas que dan principal importancia a la voluntad, las que determinan que el legislador le de importancia al error sobre las cualidades accidentales. Ello porque, en ciertos casos, son esas cualidades accidentales las que determinan la manifestación de voluntad, es decir, lo que a él le interesan son esas cualidades y no otras; por esa razón es que el CC establece que el error en la calidad accidental es vicio cuando esa calidad determina la manifestación de voluntad y ello ha sido conocido por la contraparte. De esta forma el legislador protege la voluntad de la persona y el motivo que lo llevó a manifestar su voluntad.

Pero, si bien es cierto que nuestra legislación acepta en este punto a la teoría subjetivista, no lo hace en forma absoluta y toma algunos resguardos en protección de terceros, porque exige la expresión de esos motivos.

Debe tenerse presente que el conocimiento de la calidad de la cosa que ha motivado a una de las partes es condición en los actos jurídicos bilaterales, porque el art.1454 se refiere a éstos y no cabe la menor duda que este artículo está referido a los actos bilaterales: El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

3.2.-Comparación entre el error substancial y error accidental.

- a) el error sobre la calidad accidental, recae sobre una calidad accesoria, no esencial.
- b) para que vicie el consentimiento el error accidental debe ser conocido de la contraparte, por lo que solo puede presentarse en los actos jurídicos bilaterales. El error substancial - teóricamente- también tiene cabida en los actos jurídicos unilaterales.

4.- Error acerca de la persona:

Dice el art.1455: El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta 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.

El error debe recaer sobre la identidad física de la persona y no sobre las cualidades físicas de ella (morales, intelectuales, patrimoniales, etc.).

Ejemplo: Art.33 N.1 de la Ley de Matrimonio Civil:

Por regla general el error in persona no vicia el consentimiento. Qué le importa al comerciante que vendió al contado su mercadería que el comprador haya sido Pedro o Juan lo único que le interesa es el pago del precio.

Por excepción el error in persona vicia el consentimiento en los contratos “intuito personae”, esto es, que la consideración de la persona sea la causa principal del contrato. Pero en estos eventos, La persona con quien erradamente se hubiere contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato. (art.1455 inc.2).

Son particularmente intuito personae los actos jurídicos. a título gratuito, que son realizados en relación a la persona, por ejemplo: los contratos de familia matrimonio (error en cuanto a la identidad de la persona del otro cónyuge); en la adopción (respecto a la identidad de la persona del adoptado).

En los actos jurídicos onerosos patrimoniales el error in persona no vicia el consentimiento, salvo en aquellos celebrados en consideración a la persona, por ejemplo: el mandato, sociedades colectivas, transacción (art.2456).

4.1 Error en el nombre: dentro del error in persona, se encuentra el error en el nombre que tiene lugar en los ACTOS JURÍDICOS. unilaterales. Así, el art.1057 previene que: un error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiera duda acerca de la persona. Por ejemplo, si el testador instituye un legado en favor del abogado A, y éste es un ingeniero, el legado será válido, lo mismo ocurrirá si se incurre en una equivocación relativa al apellido materno, siempre que no haya duda acerca de la persona favorecida con el legado. Ver acerca de los arts.1058 y 1065 a Pescio Victorio: ob.cit, p 63. Otro ejemplo se ve en el art.676 en materia de tradición (acto jurídico. bilateral), ver Pescio, V.; ob. cit., pp.62.

4.2 Sanción al error in persona: nulidad relativa e indemnización.

Características del error.

a - puede recaer en los actos jurídicos unilaterales.

b - cuando el error vicia el consentimiento basta que lo padezca el que lo invoca, no necesariamente ambos contratantes.

Prueba del error.

Es válido cualquier medio de prueba. El error debe ser excusable, es decir, que quien lo invoca tenga una conducta justificable. El error no debe tener origen en la negligencia propia del que lo invoca. Por principio nadie puede aprovecharse de su torpeza o mala fe.

Problema: Surge una duda con respecto al error en los actos bilaterales, si es necesario que el conocimiento del error en que incurre una parte lo haya tenido la contraparte. Está fuera de discusión el hecho de que en los actos bilaterales basta que una de las partes haya incurrido en el error para que se produzca vicio del consentimiento, esto queda demostrado con el ejemplo que da el inc.1 del art.1454. La duda que se plantea es que si la otra parte debe haber sabido o no que la contraparte estaba incurriendo en un error, sin advertirle ni decirle nada que estaba incurriendo en él.

Lo que sucede es que si una parte está actuando con error, y la otra nada dice, estaríamos ante otra figura constitutiva de otro vicio, que es el dolo, y éste es un vicio del consentimiento independiente del error. Por ello, se concluye que no es necesario para que haya error, que la contraparte haya tenido conocimiento de él.

Error común

Es el compartido por un número considerable de personas. Su invocación no tiene por objeto la nulidad del acto, sino que permite que el acto se considere válido, a pesar de no estar ajustado a la ley. Por regla general no se acepta sino en casos excepcionales, donde se aplica la máxima *error communis facit jus*.

Tiene por fundamento el interés social, porque se estima que hay conveniencia de fiarse de las apariencias compartidas por todos o por un grupo de personas.

El error común hace derecho donde concurren los siguientes requisitos:

- a) debe ser compartida por todas o la mayoría de las personas en la localidad en que el acto se celebra, este es el elemento que le da su fisonomía;
- b) debe ser excusable, tener un justo motivo, como cuando se invoca un título con apariencia de legítimo. Es lo que sucede con el funcionario público ilegalmente nombrado por la autoridad competente. En este requisito se encuentra la validez del acto: la apariencia que hace producir efectos jurídicos válidos.
- c) debe padecerse el error de buena fe, que es la amparada por la ley, es decir, que quien lo invoque ignore la verdad. (art.706 inc.1).

En nuestra legislación el error común no se consagra en forma general, pero si en forma excepcional, como en los arts. 704 N.4; 1013 en relación con el 1012 N.10; y 2058. En este último caso, el error común, supone que terceros de buena fe han contratado con la sociedad que existiendo de hecho, su contrato de constitución es nulo.

¿ Se podría entender como principio general fuera de los arts. mencionados ?.

En opinión de Alessandri se podría, ya que los casos mencionados serían una aplicación del principio general. La jurisprudencia ha conocido casos de error común. (ver Revista de Derecho y Jurisprudencia: T.36, secc. primera, p.286).

Resumen:

1.- error de derecho: no vicia el consentimiento.

2.- error de hecho:

- error esencial: sanción discutida (nulidad absoluta o nulidad relativa).
- error substancial: nulidad relativa.
- error accidental: no vicia sino por excepción, y en este caso es nulidad relativa.
- error in persona: no vicia sino por excepción, en este caso la sanción es la nulidad relativa con indemnización.

II.- La fuerza.

Es la presión física o moral ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarla a ejecutar un acto jurídico.

Señalan los autores que no es la fuerza en sí misma el vicio del consentimiento, sino el miedo que motiva a la celebración del acto que de otra forma no se habría realizado.

La fuerza física consiste en el empleo de procedimientos materiales de violencia; por ejemplo, al hombre que se le toma la mano y se le obliga a firmar.

La fuerza moral consiste en amenazas o intimidaciones, las que pueden ser al honor, dignidad, prestigio, patrimonio y la persona en sí. Es esta fuerza la que vicia el consentimiento y no la fuerza física en la que no hay consentimiento y, por ende, falta de vicio.

La víctima de la fuerza puede actuar de diversas maneras: no hacerle caso a la amenaza, o bien, movido por el temor ejecuta el acto que se le ordena, y al ejecutarlo efectúa una manifestación real de voluntad, pero sucede que esa voluntad está determinada por el temor. La ley entonces, busca un medio para amparar a esta persona y se le otorga la facultad de pedir la anulación del acto por existir un vicio de la voluntad.

La fuerza como vicio del consentimiento siempre debe provenir del hombre.

Así, la situación económica y los hechos de la naturaleza no son constitutivos de fuerza. Se sostiene por un sector de la doctrina que en los casos de los actos en estado de necesidad no hay vicio del consentimiento, porque tal estado no ha sido creado para obtener la manifestación de voluntad; se indica además, que conforme al art.1545, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no habría razón para anular el contrato invocando el estado de necesidad.

Otros autores opinan que si bien el acto ejecutado en estado de necesidad no adolece de vicio del consentimiento, podría obtenerse la declaración de ineficacia o su modificación.

Lo anterior, porque si bien es cierto que en este caso hay un vacío en nuestra legislación, ya que en ella no se da una solución concreta, no es menos cierto que reclamada la intervención de un tribunal en forma legal y en materias de su competencia, éste no puede negarse a ejercer su jurisdicción ni aun a pretexto de no haber ley que resuelva el conflicto cometido a su decisión, ya que en éste caso, el juez va a tener que resolverlo conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad; y no hay duda que los principios de equidad pueden llevar a determinar que un acto es ineficaz o que debe ser modificado. No es obstáculo para ello lo que establece el art.1545, ya que ésta disposición razona sobre la base de un contrato que se ha celebrado en circunstancias normales.

La otra opinión contrargumenta señalando que el art.1545 no distingue entre estados normales y estados de necesidad y que, por lo tanto, no podría hacerse distinción alguna al respecto. Pero no cabe duda que los principios generales de equidad deben prevalecer en este aspecto y llevar necesariamente a la invalidación de los contratos defectuosos celebrados en tal situación.

Requisitos para que la fuerza vicie el consentimiento:

1. - Debe ser grave: la fuerza debe presentar cierta intensidad, cierta gravedad. La fuerza es grave cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, aspectos que deberá considerar un juez (art.1456).

Presunción simplemente legal de gravedad de la fuerza: el inc.1 en su segunda parte, establece una presunción de gravedad de la fuerza, se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta élla, su consorte o algunos de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable o grave. De esto se desprende que la fuerza no sólo es grave cuando infunde temor a una persona de verse ella misma expuesta a un mal, sino también su cónyuge, ascendientes y descendientes.

La enumeración hecha en la presunción del art.1456 no obsta para que haya otros casos en que el mal recaiga sobre una persona distinta de las mencionadas, como por ejemplo sobre la novia o un hijo adoptivo del contratante. Pero, en tal caso, quien alegue la fuerza deberá probar que se produjo una impresión fuerte.

Si se está dentro de la presunción, tales actos se presumen grave (como presunción legal admiten prueba en contrario), bastando con probar que se amenazó en forma verosímil al contratante con exponerlo a un mal irreparable y grave.

Si la amenaza versa sobre personas no enumeradas en el art.1456, el contratante deberá probar que le produjo una impresión fuerte, ya que tales actos no se presumen graves.

Según el inc.2, el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento. El temor reverencial es el sólo temor de desagradar a la persona a quien se debe sumisión y respeto.

- 2 - Debe ser injusta o ilegítima: debe ser una fuerza contraria a derecho. La amenaza de ejercer una acción judicial en contra de una persona no será constitutiva de fuerza. Para Claro Solar no hay fuerza cuando se ejerce debidamente un derecho. La amenaza de denunciar un delito respecto a otra persona puede constituir abuso de derecho, es decir, injusta o ilegítima fuerza.

Esta fuerza depende de cada caso particular. Hay ciertos casos en que el derecho acepta la utilización de la fuerza, pero por el hecho de ser reconocido por la ley pasan a ser legítimos, como por ejemplo el art.1456 inc.2 que señala que el temor reverencial no es constitutivo de fuerza, no obstante serlo, ya que éste entraba la libre manifestación voluntad.

3.- Debe ser determinante: la fuerza debe haberse ejercido con el objeto de obtener la manifestación de voluntad, en términos tales, que de no mediar aquélla, no se habría manifestado la voluntad. Según lo establece el art. 1457 en función de los actos jurídicos bilaterales.

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento.

Hay autores que exigen además que la fuerza sea actual. Sin embargo se señala que esta exigencia va implícita en el requisito de gravedad de la fuerza. Que la fuerza sea actual significa que la amenaza tiene que existir al momento de la manifestación de voluntad, aun cuando el mal que ella envuelve haya de realizarse con posterioridad.

- Prueba de la fuerza: Corresponde probar la fuerza al que alega su existencia, sin limitación de medios probatorios.
- Sanción a la fuerza: el acto jurídico adolecerá de nulidad relativa como vicio del consentimiento (arts.1681 y 1682).

En el caso del testamento (art.1007) la doctrina cree que la sanción será la nulidad absoluta.

III.- El dolo.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. (art.44 inc. final).

Para referirse al dolo el CC emplea además las expresiones engaño (art.1782 sobre renuncia de los gananciales), mala fe (art.706 sobre error de derecho y art.2468 N.1 a propósito de la acción pauliana revocatoria).

En doctrina, dolo es la maquinación fraudulenta destinada a engañar a la víctima, determinándola a celebrar el acto. Se induce a la víctima a incurrir en un error en dicha manifestación de voluntad.

1.- Clasificación del dolo:

A) Dolo positivo y dolo negativo:

.-Dolo positivo: consiste en un hecho. es el actuar del sujeto manifestado en hechos concretos, con el objeto de obtener la manifestación de voluntad que de otro modo no se habría obtenido; por ejemplo: usurpar un nombre, usar una calidad que no se tiene. Se traduce en una actitud activa del individuo.

.- Dolo negativo, consiste en una abstención. Es el silencio o reticencia para hacer algo que engaña con el objeto de obtener la manifestación de voluntad. El silencio constituye dolo en términos generales, cuando una persona calla estando obligada a hablar por la ley, la costumbre y las circunstancias del caso, y otra persona celebra un acto que no habría celebrado, o lo habría hecho en otras condiciones, si la primera hubiera hablado.

B) Dolo principal y dolo incidental:

- Dolo principal o determinante, es el que determina o decide a una persona a celebrar un actos jurídicos. A no mediar este dolo la persona no habría contratado. Ejemplo: cuando una persona compra un determinado objeto, pidiéndole al vendedor que sea de determinado metal y el vendedor le entrega ese objeto pero de un metal distinto.
- Dolo incidental, es el que no determina a una persona a celebrar el actos jurídicos, pero si ha concluirlo en distintas condiciones que en las que habría concluido, generalmente menos onerosas si las maniobras dolosas no hubieran existido.

Ejemplo: si la persona desea comprar un objeto determinado y el vendedor, con la finalidad de obtener un mejor precio, le asegura que es de un metal valioso.

2.- Relación Dolo-Error.

Hay quienes creen que el dolo no es vicio del consentimiento, sino que el vicio estaría constituido por un error o equivocación a que han conducido las maquinaciones fraudulentas. Con todo, nuestra legislación ha considerado al dolo como vicio particular (art.1451), teniendo presente el carácter delictual y específico del que actúa (es el dolo malo de los romanos y españoles). Además, el dolo como vicio es más amplio, ya que no todos los errores vician el consentimiento (ver Pescio, Victorio: ob.citada, p.87 y sgtes.).

3.- Aplicación del dolo:

3.1 Dolo vicio del consentimiento: se presenta en la celebración del actos y contratos. Debe ser anterior a la ejecución del acto jurídico, es decir, “ab initio”.

3.2 Dolo fraude: tiene lugar en la ejecución de los contratos, en que obra como agravante de la responsabilidad del deudor, el cual se vale de procedimientos ilícitos para burlar al acreedor en el cumplimiento de las obligaciones.

El art.1558 contempla el caso del dolo fraude, esto es, como agravante de la responsabilidad civil del deudor.

3.3 Dolo en la responsabilidad civil extracontractual: en este caso el dolo, se contempla como elemento del delito civil que da origen a una indemnización de perjuicios; por ejemplo: El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. (art.2314). En este caso, el delito puede ser civil. Ver además los arts. 2317 y 2284 del CC.

El dolo también tiene lugar como elemento (art.1 CP).

Para Tomás Chadwick cualquiera el campo en que el dolo se aplique, siempre es el mismo concepto: la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

4.- Elementos del Dolo:

A) Debe existir intención de causar perjuicios, manifestada en hechos concretos o en el silencio o reticencia; y que deberán ser objeto de prueba.

En esta intención hay cierto grado de elasticidad para calificar si los hechos o maquinaciones son constitutivos de dolo, esto porque hay maquinaciones que no constituyen dolo (dolo bueno).

Será elemento del dolo la sola intención de causar perjuicios, o se requiere que los perjuicios sean provocados efectivamente ?.

En el dolo vicio basta la sola intención, por lo que no se requiere la materialización del perjuicio (ver jurisprudencia).

En cambio, en el dolo contractual y extracontractual, debe haberse causado un perjuicio efectivo, no bastando la mera intención.

5.- Requisitos para que el dolo vicie el consentimiento:

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 solo a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo hayan fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta ocurrencia del provecho que han reportado del dolo. (art.1458).

- a) Debe ser obra de una de las partes: el dolo de terceros no vicia el consentimiento. Tampoco hay vicio en el dolo incidental obra de una de las partes. La sanción para el dolo que no constituye vicio será la prevista en el inc.2 del art.1458: indemnización de perjuicios.
- b) Debe ser principal o determinante, es decir, cuando aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

6.- Sanción al dolo vicio del consentimiento:

Según lo prescrito en los arts.1681 y 1682 la sanción será la nulidad relativa. El dolo incidental no vicia el consentimiento y tampoco lo vicia aquel que no es obra de una de las partes en los actos bilaterales.

En doctrina se plantea el siguiente problema: Podría el contratante víctima del dolo pedir además de la nulidad del acto jurídico, la indemnización de perjuicios.

Según algunos autores se podría por las siguientes razones:

1.- El art.1458 inc.2 dice que: En los demás casos el dolo da lugar solamente a la indemnización de perjuicios por lo que el contratante tendría contemplada además de la nulidad relativa del acto, la indemnización de perjuicios (inc.1).

2.- Se argumenta además, que todo dolo es un delito civil, y según lo establece el art.2314, el que ha cometido un delito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización.

7.- El dolo en los actos jurídicos unilaterales.

El art.1458 sólo se refiere al dolo obra de una de las partes. Según se desprende de diversas disposiciones, el dolo vicia la voluntad cuando es principal o determinante, siendo indiferente que las maniobras dolosas sean obra del que se beneficia con el acto o de un tercero.

Tratándose de los actos jurídicos unilaterales, el único requisito para que el dolo vicie la voluntad es que sea determinante.

Ejemplo:

- a) art.968 N.4: Sobre indignidades para suceder.
- b) art.1237: sobre repudiación de asignaciones. En este caso, como en los demás, el dolo debe ser determinante, es decir, que aparezca claramente que sin él no se habría repudiado.
- c) art.1782: sobre renuncia de los gananciales, Podrá la mujer renunciar (a los gananciales). Podrá rescindirse la renuncia si se prueba que la mujer o sus herederos han sido inducido a ello por engaño, es decir, por dolo. Con la renuncia de los gananciales la mujer se exonera de todas las obligaciones sociales.

8.- El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley.

(art.1459). La ley presume la buena fe de los contratantes y no la mala fe. Sólo en casos excepcionales la ley presume la mala fe; por ejemplo en los arts.706 inc. final y 968 N.5 en materia de indignidades para suceder.

En los demás casos, el dolo debe probarse por quien lo alega. Al respecto, no hay límite de los medios de prueba.

Esto es así porque el dolo tiene un carácter excepcional, por eso la parte que alega que su voluntad se encuentra viciada por un dolo, va a tener que probar los elementos de éste y sus caracteres, sobre ella recaerá la prueba sobre las maquinaciones fraudulentas, intención de hacer daño y los perjuicios que le produjo, y si es un acto bilateral, deberá probar que es obra de una de las partes, y además, que sin él no habría contratado. Esta regla del art.1450 está en plena armonía con el art.707.

Para probar el dolo el afectado se puede valer de todo medio de prueba.

9.- El dolo no puede condonarse o renunciarse anticipadamente.

La maquinación existente en el dolo justifica que la ley no permita a los contratantes condonar o perdonar anticipadamente el dolo futuro en virtud de una cláusula especial. Se ve en esto, una norma de orden público, y como tal irrenunciable.

Así, por ejemplo, no se puede estipular en un contrato que si la otra parte de cumplirlo dolosamente, no podrá ejercerse acción en su contra; tal cláusula sería nula por adolecer de objeto ilícito (art.1465 en relación con los arts. 10, 1466 y 1682). Al contrario, los efectos del dolo, como derechos particulares pueden renunciarse (art.12).

Así, el dolo sólo puede condonarse una vez cometido o conocido por la otra parte. Por eso, el art. 1465 dispone que 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. (se refiere casi específicamente al contrato de mandato).

IV - La lesión.

El art.1451 no consagra la lesión como vicio del consentimiento. Según la doctrina, la lesión es el detrimento patrimonial que una parte experimenta cuando, en un contrato conmutativo, recibe de la otra un valor inferior al de la prestación que suministra. El perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores de las prestaciones de un contratante y otro, la cual debe ser notoria.

La figura de la lesión sólo tiene cabida en los contratos patrimoniales onerosos conmutativos, ya que en ellos el beneficio o pérdida se puede determinar de inmediato, excluyéndose por tanto los contratos oneroso aleatorios, gratuitos y de familia.

La lesión en el derecho.

- 1 Concepción subjetiva: Algunos autores consideran que la lesión se funda en una presunción de vicio del consentimiento, porque, afirman, quien sufre lesión con el acto que celebra o ejecuta es por presión de la circunstancias, circunstancias que de no mediar, habrían determinado que el contratante que sufre el detrimento patrimonial no habría contratado, o lo habría hecho en condiciones no tan desventajosas.

Sostienen algunos autores que en la lesión el contratante resulta perjudicado por un vicio que afecta su voluntad que no es distinto de otros vicios del consentimiento, o es porque celebró el contrato sin darse cuenta (por error), o por temor o miedo (fuerza), o porque fue engañado por maquinaciones o artificios de carácter dudoso (dolo).

- 2 Concepción objetiva: Otros sostienen que la lesión es un simple vicio objetivo, en que sólo basta probar o acreditar el desequilibrio o la desproporción matemática de las prestaciones haciendo abstracción de las causas que han motivado la manifestación de voluntad, esto es, si ha habido o no vicio del consentimiento.

Quien alegue la concepción subjetiva debe probar que la voluntad esté viciada, en cambio, el que alega la concepción objetiva solo debe probar el desequilibrio de las prestaciones.

El reconocimiento de la figura de la lesión es la introducción del principio moralizador en las relaciones jurídicas.

La lesión en la legislación chilena.

Para aseverar que nuestra legislación considera a la lesión como vicio objetivo, los autores se apoyan en las siguientes razones:

- a) La historia de la ley: el Proyecto de 1853, en su art.1629, enumera a la lesión entre los vicios del consentimiento; su posterior supresión estaría demostrando la intención del legislador de no considerarla entre estos vicios.
- b) No es de aplicación general: ya que el CC señala los casos determinados en que se admite:
 - 1.- Compraventa (arts. 1889 y 1890),
 - 2.- Permuta (art. 1900),
 - 3.- Aceptación de una asignación hereditaria (art. 1234),
 - 4.- Partición de bienes (art. 1348),
 - 5.- Mutuo (art.2206 en relación con el art.8 de la ley 18010),
 - 6.- La anticresis (art. 2443), y
 - 7.- Cláusula penal (art. 1544).
- c) La naturaleza de la sanción: la sanción a los vicios del consentimiento es la nulidad del acto; tratándose de la lesión en cambio, la sanción es variada y tiende a evitar el perjuicio de la parte lesionada. En la lesión hay una acción rescisoria, pero de naturaleza especial, puesto que no produce la nulidad.
- d) Se agrega que en nuestra legislación se considera a la lesión como vicio objetivo porque sólo basta demostrar la desproporción.

1.- Compraventa:

ART. 1889, 1890 inc.1, Art. 1891

Se concede por tanto un derecho opcional a la parte que ha obtenido para hacer subsistir el acto declarado nulo, completando o devolviendo el justo precio.

La lesión en la compraventa procede solamente con respecto a los bienes inmuebles.

2.- Permuta: 1900

Se define a la permuta como un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro (art. 1897).

3.- Aceptación de una asignación hereditaria. 1234

Esta regla se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes.

Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad.

Sin embargo, la doctrina entiende que este no es un caso de lesión en el sentido técnico, sino de perjuicio a consecuencia de la ignorancia, del error que jurídicamente comprende a ésta. Y como no es imputable a la persona que acepta la asignación, el legislador por razón de justicia, le permite 'rescindir' la aceptación_ (Vodanovic, A.). Así, la nulidad o rescisión podría configurarse bajo la figura del error, ya que el asignatario aceptó, ignorando o desconociendo disposiciones testamentarias.

4.- Partición de bienes.

Art. 1348 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. Debemos tener en consideración el art. 1350.

5.- Mutuo:

Art. 2196

El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Art. 2206, art. 8 de la ley 18.010 (1981).

Así, en virtud de un contrato de mutuo se presta dinero, el interés convencional no puede exceder el 50 por ciento del interés corriente (ley) al momento de contratar. Si el interés corriente es de 4 por ciento se puede pactar un interés de hasta 6 por ciento.

Si se conviene un interés de 8 por ciento, en tal caso, los intereses que excedan el máximo convencional se reducirá al interés corriente que rija al momento de la convención. La sanción será por tanto la reducción o limitación de la prestación excesiva a los límites legales.

6.- La anticresis:

Definición

La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos. art. 2435.

Por su parte, el art. 2443 señala que las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o hasta concurrencia de valores.

Los intereses que estipularen estarán sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en caso de mutuo.

La sanción es, como se aprecia, similar a la del mutuo.

7.- Cláusula penal: art. 1544

Según se desprende del precepto citado, si se estipula una pena para el caso de no cumplirse la obligación principal, que consiste en el pago de una suma determinada, y de acuerdo al límite exigido por la ley es enorme, es decir, excede al duplo de la obligación principal, la sanción será la reducción al límite legal, esto es, al doble de la obligación principal.

Para la doctrina -según se vió- la lesión es propia de los contratos onerosos conmutativos, pero en los casos señalados en el CC, esto sólo se da en los contratos de compraventa y de mutuo. La partición, la cláusula penal, la aceptación de una asignación hereditaria no son contratos; el mutuo es contrato pero no oneroso conmutativo y lo mismo sucede con la anticresis.

4. Sanción a la lesión.

Concluyendo se debe apuntar a que la sanción de la lesión no es siempre la misma. A veces, puede comportar la nulidad del acto, de la cual puede librarse el ganancioso, en ciertos casos, completando la prestación deficiente en los términos señalados por la ley, cual ocurre en la compraventa (art. 1890).

En otras ocasiones la sanción de la lesión es reducir la estipulación lesiva a términos razonables, como sucede en el mutuo y en la cláusula penal.

En general, puede decirse que la sanción de la lesión es la nulidad del acto en que incide o la reducción de la proporción de las prestaciones. (Véase Tendencia de las legislaciones modernas en cuanto a la lesión. Alessandri-Somarriva: Curso de Derecho Civil., págs. 377 y sgtes.).

La capacidad.

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legalmente capaz.

El CC no tiene una teoría general de la capacidad. Así, las reglas contenidas en los arts. 1445, 1446 y 1447 se refieren a la capacidad exigida para los actos jurídicos. En materia contractual existen disposiciones especiales al igual que en lo relativo al matrimonio civil, responsabilidad penal (art. 2319) y en materia testamentaria.

La capacidad en los actos jurídicos.

La capacidad se define como La aptitud legal de una persona para adquirir, gozar y hacer valer por sí misma un derecho en la vida jurídica. De aquí se deduce que la capacidad es de dos clases: de goce, de disfrute o adquisitiva y de ejercicio o poder.

A.- La capacidad de goce o adquisitiva: es la aptitud legal para adquirir, gozar, ser titular o sujeto de un derecho.

El CC no la define. Todo individuo de la especie humana tiene capacidad de goce, confundándose pues con la noción de personalidad. Es por esto que las incapacidades de goce son excepcionales, en términos que no hay incapacidades de goce de carácter general. Excepcionalmente la ley reconoce ciertas incapacidades de goce particulares y entre éstas la doctrina menciona a la incapacidad para suceder a que se refieren los arts. 963 y 965. Históricamente existió una incapacidad de carácter particular que afectaba a los eclesiásticos (muerte civil) y que les impedía adquirir bienes.

Esta situación duró hasta el año 1943.

B.- La capacidad de ejercicio: es la aptitud legal para hacer valer, poner en movimiento o ejercitar por sí mismo un derecho en la vida jurídica. El art.1445 termina diciendo que la capacidad legal de una persona consiste en la poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra.

La capacidad de ejercicio supone la capacidad de goce y por el contrario, 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 para hacerlos valer por sí mismos.

La regla general es la capacidad, de ahí que el art. 1446 exprese: Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces. La incapacidad es por tanto la excepción.

Incapacidades.

Es incapaz de ejercicio (incapacidad propiamente tal) la persona que carece de aptitud legal para hacer valer sus derechos por sí misma y sin el ministerio de otra.

Clases de incapacidad de ejercicio: la incapacidad puede ser absoluta o relativa. La absoluta impide ejecutar acto jurídico alguno; el incapaz absoluto no puede ejercitar el derecho bajo ningún respecto ni circunstancia alguna.

La incapacidad relativa permite la celebración de actos jurídicos; el relativamente incapaz puede ejercitar sus derechos bajo determinados respectos y ciertas circunstancias. La incapacidad absoluta y relativa son generales, porque se refieren a la generalidad de los actos.

Estas incapacidades se encuentran taxativamente señaladas en la ley. Sólo la ley puede establecerlas y no pueden ser creadas convencionalmente por las partes. Quien las alegue deberá probarlas. Al ser de orden público las incapacidades son irrenunciables.

Las incapacidades constituyen medidas de protección en favor de ciertas personas en razón de la edad, demencia, estado civil o moral.

Incapacidades especiales: Además de estas 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 in. final). Pueden ejecutar cualquier tipo de actos, excepto aquellos que la ley les prohíbe.

1.- Incapacidades Absolutas:

Art. 1447 incs. 1 y 2.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución._

Los absolutamente incapaces sólo pueden actuar en la vida jurídica representados por sus representantes legales, según el art.43 son representantes legales de una persona el padre, la madre, el adoptante o el marido bajo cuya potestad vive y su tutor o curador.

La sanción a los actos de los incapaces absolutos es la nulidad absoluta (art.1682 inc.2).

El efecto de los actos de los absolutamente incapaces es que actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución.

Las obligaciones se clasifican en civiles y naturales, las obligaciones naturales no dan acción para exigir su cumplimiento, pero si excepcionalmente para hacer valer lo pagado.

a) Dementes. Sentido de la expresión: se concuerda con don Arturo Alessandri, en cuanto a la expresión demente debe tomarse en sentido amplio, es decir, como toda enfermedad mental privativa de razón.

Comprende las enajenaciones mentales en todas sus formas, cualquiera sea su causa. La expresión demente ha sido tomada en un sentido diverso al técnico (art.21).

La interdicción y la demencia: la interdicción de una persona se produce en virtud de una resolución judicial en que el juez declara la incapacidad a petición de los habilitados para solicitarla y que en cada caso señala la ley (art. 456 en relación con el 459). La demencia debe ser probada.

La interdicción no configura la incapacidad, sólo sirve para efectos probatorios.

De acuerdo con los arts. 443, 446, 447 y 461 la resolución judicial que declara la interdicción (provisoria o definitiva) debe inscribirse en el Registro Conservador de Bienes Raíces.

Art. 465

La regla consagrada en el inc.1 consiste en una presunción de derecho, y como tal no admite prueba en contrario.

El decreto de interdicción tiene gran valor probatorio, ya que por esto se presume de derecho la incapacidad (demencia).

De acuerdo con la ciencia psiquiátrica es muy difícil que un demente tenga intervalos lúcidos.

¿Cómo probar que a la época del acto se estaba demente ? (véase jurisprudencia). Los tribunales han resuelto que se puede utilizar cualquier medio de prueba, especialmente el informe de peritos.

La prueba de los hechos que configuran la demencia anteriores y posteriores al acto hacen presumir que a la fecha de la ejecución del acto se estaba demente, por ejemplo: el acto de testar.

Según don Manuel Somarriva la regla del art.465 inc.1 sólo es aplicable a los actos y contratos patrimoniales, excluyéndose los actos jurídicos de familia, respecto de los cuales podría alegarse la validez de aquellos actos realizados en intervalos lúcidos; por ejemplo, un demente podría contraer matrimonio si alega un intervalo lúcido.

- b) Impúberes: Llámase impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años (art.26). Dentro de la clasificación del impúber la ley distingue al infante o niño, que es todo el que no ha cumplido siete años, distinción que jurídicamente no reviste mayor importancia, salvo lo dispuesto en el art.723, según el cual los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea por sí mismos o para otros (bienes muebles). Además, en materia extracontractual y siguiendo la idea del Derecho Canónico, el art.2319 prescribe: No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.(inc.1).
- c) Sordomudos que no pueden darse a entender por escrito: en este caso la causa de la incapacidad radica en que dichas personas carecen de un medio para expresar su voluntad con claridad

2- Incapacidades Relativas:

- a) menores adultos,
- b) disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo,
- c) las mujeres casadas según sea el caso.
- a) Menores adultos: según se desprende del art.26, son menores adultos la mujer mayor de 12 y menor de 21 años y el varón mayor de 14 y menor de 21 años.

Los actos de los menores adultos tienen valor y producen efectos cuando han sido ejecutados con la autorización de su representante legal o a través de éste, o bien, cuando se refieren al peculio profesional o industrial o a actos de familia, dentro de los cuales los menores adultos gozan de plena capacidad. No obstante lo anterior, el legislador ha puesto ciertas restricciones para la enajenación de los bienes del menor adulto; así, el art.255 expresa que: No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez con conocimiento de causa.

b) Disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo (disipadores o pródigos): Llámase disipador o pródigo al individuo que gasta habitualmente en forma desproporcionada a sus haberes y sin finalidad lógica.

Si el disipador no ha sido puesto bajo interdicción es plenamente capaz. Art. 445. art. 447.

La inscripción y notificación deberán reducirse a expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes.

Según se desprende del art. 443 sólo determinadas personas, previa prueba de la prodigalidad o disipación, pueden provocar el juicio de disipación.

2.1- Cómo debe actuar el relativamente incapaz?

A diferencia del absolutamente incapaz, el relativamente incapaz puede actuar en la vida jurídica, ya que en el inc.3 parte final del art.1447 se establece que sus actos pueden tener valor bajo ciertas circunstancias y bajo cierto respectos determinados por las leyes, pero para actuar debe hacerlo representado o autorizado por su representante legal.

En el primer caso, éste ejecuta en nombre y lugar de aquel; en el segundo, es el incapaz mismo el que obra, pero con la aquiescencia del representante, manifestada en la forma prescrita por la ley.

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

No obstante lo anterior, según la ley los relativamente incapaces pueden y *deben* actuar personalmente en ciertas circunstancias. Tal sucede con los actos de familia en general, por ejemplo: el menor adulto que reconoce un hijo como natural o la mujer casada que desea testar deben actuar personalmente.

2.2- 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 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, el acto es válido. Pero si se omiten, es nulo de nulidad relativa, porque de conformidad al art.1682, produce nulidad relativa la omisión de los requisitos que la ley exige en consideración al estado o calidad de las personas.

3.- Incapacidades especiales o particulares.

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

Para celebrar un acto no basta tener capacidad, por plena que sea, sino que es necesario además estar legitimado, o sea, tener calidad o ser un sujeto calificado para ejercitar el derecho de que concretamente se trata en cada caso. Si no se tiene dicha calidad, falta la legitimación para el negocio, que nuestro Código hace equivalente a la prohibición impuesta por la ley a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. La legitimación para el negocio ha sido definida como la idoneidad jurídica del agente para ser sujeto de la relación que se desarrolla en un determinado y concreto acto jurídico.

3.1 Valor de los actos de los incapaces particulares.

La legitimación para el negocio puede traer sanciones diversas, según que el caso concreto envuelva una ley prohibitiva o de otra especie; y así se verá a continuación:

- a) La nulidad absoluta, cuando la incapacidad se traduce en la incapacidad absoluta de celebrar el acto a que la incapacidad se refiere, esto ocurre con la compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente o entre el padre o la madre y el hijo de familia (art.1796).
- b) La nulidad relativa, cuando la incapacidad se traduce, no en la prohibición absoluta de ejecutar el acto, sino en la misma imposibilidad que tiene la persona de ejecutarlo por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, así ocurre con los actos celebrados entre curador y pupilo sin la autorización de los otros curadores generales, que no estén implicados de la misma manera o por el juez en subsidio (art.412 inc.1).
- c) Otras sanciones diversas: así por ejemplo, no hay nulidad sino otra sanción en el caso del art.114 del CC, que dice:

El que no habiendo cumplido veintiún años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado, no sólo por aquél o por aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino que por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiere correspondido en la sucesión del difunto.

Hay opiniones que no distinguen la naturaleza del precepto infringido para determinar la sanción, la que no sería diferente a las contempladas para las incapacidades relativas. Fundamentan su tesis en el inc. final del art.1682.

El objeto.

1.- El objeto como requisito de existencia o constitutivo de los actos jurídicos.

Todo acto jurídico produce efectos jurídicos, es decir, *crea, modifica o extingue derechos y obligaciones*. **La obligación** a su vez tiene un objeto, que consiste en la prestación que se debe dar, hacer o no hacer. De este modo el objeto no sería un elemento constitutivo del acto jurídico: según algunos autores, se confundiría al objeto de la obligación con el objeto del acto o contrato. Pero a decir verdad, nuestro código no confunde los objetos, sino que trata el objeto del acto o contrato como un elemento del acto o contrato y lo identifica con el objeto de la prestación. Atribuye el objeto de la obligación (técnicamente cierto) al acto o contrato. Dice 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). Con la expresión cosas se comprende tanto a cosas materiales como a hechos positivos (ejecución) y negativos (abstención).

2. Requisitos:

2.1 Requisitos que debe reunir el objeto que recae sobre cosas materiales.

(obligación de dar).

El objeto que recae sobre cosa material debe ser real, comerciable y determinado. Así lo establece el art.1461 en sus incisos 1 y 2: No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino que las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

A) Real, es decir, existir al celebrar el acto o contrato, o que se espera que exista. Si el objeto no existe pero se espera que exista de deben distinguir dos situaciones:

- a. - Si la cosa existe pero perece antes de contratar, no hay obligación, porque carece de objeto. La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno. (art. 1814 inc.1).
- b. - Si la cosa no existe pero se espera que exista o cosa futura, el acto o contrato puede ser puro y simple y/o aleatorio o sujeto a condición.

La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte. (art.1813).

Cuando se vende una cosa que no existe, pero se espera que exista (cosa futura), el contrato es condicional, y se reputa celebrado bajo la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. Pero si lo que se vende no es cosa futura sino la suerte, o la contingencia de que una cosa llegue a existir, el contrato es puro y simple-aleatorio.

Según se desprende del art. 1813, en caso de dudas se entiende que la venta es de cosa futura.

B) Comerciable: Se entiende por comerciable el que la cosa sea susceptible de dominio y posesión privada. El principio general es que todas las cosas son comerciables, es decir, susceptibles de dominio o posesión privada. Excepcionalmente no son comerciables algunas cosas en razón de su naturaleza misma (como las comunes a todos los hombres: alta mar, aire art.585), las que son absolutamente incomerciables; a virtud de su destinación (como los bienes nacionales de uso público art.589) las que son relativamente incomerciables, pues su uso exclusivo puede entregarse, en determinadas circunstancias, a ciertos particulares.

C) Determinado: La cosa sobre que versa el acto o contrato debe ser determinada, a lo menos, en cuanto a su género (art.1461 inc.1).

En derecho, las determinaciones pueden ser:

1. - En especie, que es la máxima determinación de una cosa, ya que se la individualiza con todas las particularidades que las distinguen de las demás.
2. - En género: es la clase que tiene mayor extensión; se halla, pues, extensivamente encima de la especie (Ferrater Mora, José). La determinación en género exige una doble limitación:
 - El género debe limitarse cualitativamente. Si se admitiera la determinación en cuanto a un género ilimitado cualitativamente), no podría decirse que hay una declaración seria de voluntad. Así, si sólo se dice que se debe un animal, bien puede entregarse un elefante como una mosca.
 - El género debe limitarse cuantitativamente, pero _la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan que sirvan para determinarla. (art. 1461 inc.2).

Según se desprende de este precepto, el objeto puede ser determinable, esto es, susceptible de una determinación posterior. Así lo permite la ley al referirse a la cantidad.

En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquiera individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana. (art. 1509).

Si el objeto no está determinado en la forma exigida por la ley, falta un requisito de existencia del acto o contrato: carece de objeto.

2.2 Requisitos del objeto que recae sobre un hecho.

El objeto de la obligación y por ende del acto puede ser una ejecución (hacer) o una abstención (no hacer), es decir, puede ser un hecho positivo o un hecho negativo.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. (art.1461 inc.3).

A. - Debe ser determinado o posible de determinar; porque de lo contrario no habría declaración seria de voluntad.

Si el objeto es indeterminado, el acto jurídico carece de obligación. Debe saberse en que consiste el hecho.

B - Debe ser físicamente posible: Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza. Sostiene la doctrina que esta imposibilidad debe ser absoluta, esto es, el hecho a que se refiere debe ser irrealizable por todos.

Si la imposibilidad es sólo relativa (irrealizable por algunos), no hay imposibilidad y la obligación existe, porque el objeto también existe. Si el deudor no puede realizar el hecho a que se obligó, debe realizar una prestación que la reemplace, pero si en esto es absolutamente imposible no hay obligación alguna, ya que _a lo imposible nadie está obligado.

La imposibilidad absoluta puede además, ser perpetua, quitando irremisiblemente a la prestación toda aptitud jurídica para constituir objeto de obligación contractual, o temporal, en cual caso será absolutamente imposible, sólo _cuando la obligación deba cumplirse enseguida, no cuando esté concebida de manera que deba cuando y donde la prestación pactada se haga posible (Claro Solar).

C.- Debe ser moralmente posible: Es moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. El objeto moralmente imposible se vincula al objeto ilícito del art. 1466.

Si el objeto es contrario a la ley es moralmente imposible, por tanto, no hay objeto, ya que se trata del objeto como requisito de existencia (si se considera como requisito de validez el acto adolecerá de objeto ilícito).

Las buenas costumbres son formas de vida, concepto esencialmente cambiante. Debe ser dilucidado por el Juez.

El orden público -concepto en evolución- es el conjunto de normas que tienden a asegurar un mínimo de orden considerado necesario para el mantenimiento de una organización social. Tiende a regular los intereses generales de la sociedad para su buen y adecuado funcionamiento, noción que se encuentra tanto en el derecho público (derecho laboral) como en el derecho privado (derecho de familia, derecho económico, etc.).

Si el hecho es contrario a las buenas costumbres o al orden público, es moralmente imposible y por ende el acto jurídico carece de objeto.

B.- El Objeto Lícito como requisito de validez.

Para que el acto jurídico sea válido, el objeto no sólo debe existir, sino que además debe ser lícito, ya que según lo establece el art. 1445 N.3, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario, que recaiga sobre un objeto lícito.

La noción de objeto lícito sólo se observa en el Proyecto Inédito, lo que explica la falta de definición del mismo.

Los autores discrepan en cuanto a lo que debe entenderse por tal. Para Claro Solar es el que está conforme a la ley y amparado por ella. Para Somarriva objeto lícito es el conforme a la ley, las buenas costumbres y el orden público. Para Alessandri el término lícito es sinónimo de comerciable.

Para Eugenio Velasco Letelier el objeto lícito es aquel que está conforme con la ley, es decir, que cumple con todas las cualidades determinadas por ellas (en el art. 1461): realidad, comercialidad, determinación y si se trata de un hecho, posibilidad física y moral para realizarse_ agrega que sólo en los arts. 1445, 1468 y 1682 el CC da al objeto ilícito su real significado (esta opinión está conforme al Dic. de la RAE). En otras disposiciones emplea impropiaemente el concepto como sucede en el art. 1462.

Más aún, en los arts. 1464 y 1466 el legislador no da al concepto de objeto ilícito su verdadera acepción, pues lo hace sinónimo de cosas inenajenables, en cuanto dichas disposiciones llevan envuelto, a más del significado verdadero, la idea de la causal de ilicitud a que aluden.

Sea lo que fuere, hay que estarse a los casos de objeto ilícito que concretamente ha señalado el legislador. La idea del legislador en cuanto a objeto lícito, es aquel conforme a la ley, las buenas costumbres y el orden público.

Casos de Objeto Ilícito contemplados en el Código Civil

1.- Actos o contratos contrarios al Derecho Público Chileno (art.1462):

Hay un 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.

El derecho público es el conjunto de normas que rigen la organización y la actividad del Estado y demás órganos públicos y las relaciones entre los particulares y estos organismos, en cuanto actúan en su calidad de poder político o soberano.

2.- Derecho a suceder por causa de muerte a una persona viva (art.1463, se le llama también pactos sobre sucesión futura):

Regla General: 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. (inc.1).

Con la expresión donación o contrato, el legislador ha querido significar que el derecho de suceder a una persona viva no puede ser objeto de una convención, sea gratuito o a título oneroso, ya que la donación también es un contrato. La prohibición comprende además a los actos unilaterales (aceptación o repudiación) y a los actos bilaterales (contratos).

Los pactos de sucesión futura o contractual son convenciones que tienen por objeto el derecho de suceder por causa de muerte, a título de heredero o legatario, a una persona viva, sea ésta una de las partes o un tercero. El objeto ilícito se encuentra en la sucesión de una persona viva, pero no en lo relativo a la disposición de la sucesión de una persona fallecida, lo que es perfectamente lícito.

Así, según lo prescriben los arts. 956 y 1226 no se puede repudiar o aceptar antes de fallecer el causante.

El fundamento de la prohibición de los pactos sobre sucesión futura se encuentra en la inmoralidad que encierran, porque se especula con la muerte de una persona y en la peligrosidad, que envuelven, pues las partes, movidas por el interés, podrían precipitar o favorecer la ocurrencia del hecho.

En nuestro país no tiene cabida la sucesión contractual, así se desprende del art. 952. No obstante, este sistema existe aún en algunos países, ejemplo: Alemania.

Excepción a la Regla General: Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativa a la misma legítimas a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título 'De las asignaciones forzosas'. (inc.2).

En toda asignación existen asignatarios forzosos, que en tal virtud no pueden ser excluidos de la sucesión del causante.

Además, la ley hace una distribución de la herencia en una mitad legitimaria, una cuarta de mejoras y una cuarta de libre disposición. El causante puede disponer de la cuarta de mejoras a su entera voluntad para mejorar a sus hijos legítimos o naturales o a los descendientes legítimos de éstos. No obstante ser asignación forzosa, el causante dispone de ella, pero puede privarse de tal disposición si ha convenido a virtud de un pacto con alguno de los asignatarios forzosos a no disponer de ella. (Pacto de no disponer o de no mejorar).

Este pacto consiste en que un legitimario comprometa al causante a no disponer de la cuarta de mejoras. El objeto de este pacto es privar al testador de la facultad de efectuar asignaciones en la cuarta de mejoras.

Porque el causante, al señalar las personas a quienes les favorece con dicha asignación forzosa, pudo haber prescindido de aquel legitimario; en cambio, si el testador no dispone de la cuarta de mejoras, ella se reparte entre todos los legitimarios que sean descendientes.

Este pacto viene entonces a asegurarle al legitimario que lo celebra una parte de la cuarta de mejoras.

Ver arts. 1184 y 1195 sobre cuartas de mejoras y arts. 1181 y 1182 sobre legítimas.

3.- Condonación del Dolo Futuro (art.1465):

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 condenado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale.

Esta norma es más bien propia del mandato. La condonación del dolo futuro no vale, porque perdonar anticipadamente los actos dolosos que pueda cometer una parte sería sancionar una inmoralidad y proteger la mala fe. El dolo sólo puede condonarse después de cometido, nunca antes, y además el perdón debe ser expreso, según se deduce de la primera parte del art. 1465.

4.- Deudas contraídas en juegos de azar:

El art. 1466 dice: Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar.

Los juegos de azar son aquellos en que no interviene la destreza, la fuerza o el ingenio, sino la casualidad. Según se desprende del art. 2259 no sólo se sanciona el juego de azar, sino que también las apuestas.

La razón de la prohibición se encuentra en que como fuente de lucro, es contrario a las buenas costumbres y al orden social, porque fomenta las pasiones e impele a los individuos a confiar, no en el trabajo, sino en el acaso como medio de lograr bienes.

La ley acepta los juegos de azar cuando en ella interviene la destreza, así lo señala el CC: Sin embargo de lo dispuesto en el art.2260, producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bolas, y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes o a los reglamentos de policía.

En caso de contravención desechará el juez la demanda en el todo. (art.2263).

Hay juegos de azar que la ley permite a fin de atender con su producto fines de beneficencia o de interés general:

Lotería de la Universidad de Concepción, Polla Chilena de Beneficencia, Polla Gol, etc., entendiéndose que las normas que regulan estos juegos derogan tácitamente el art. 1466 (Véase Eugenio Velasco L., El Objeto en la Jurisprudencia, págs. 138 y 139; Antonio Vodanovic, Derecho de Obligaciones, Tomo I, pág. 61).

5.- Venta de libros cuya circulación es prohibida y otros objetos inmorales (art.1466):

La norma se extiende a láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la ley de libertad de prensa.

6.- Contratos y actos prohibidos por la ley (art.1466):

Es esta una norma genérica que no sólo comprende a los contratos sino que a todo acto prohibido por la ley.

Se ha criticado esta disposición porque en muchos casos el objeto de un contrato prohibido por la ley, la cosa o el hecho sobre el que recae la obligación que engendra el acto o contrato, nada de ilícito tiene. Así, el art.1796 prohíbe el contrato de compraventa entre cónyuges y si el contrato se efectuara no podría afirmarse que la cosa vendida y el precio, en si mismos son ilícitos. lo que ocurre es que la ley prohíbe el contrato por las circunstancias en que se celebra. Por esto, algunos autores sostienen que la ley debió limitarse a sancionar con la nulidad absoluta los actos que prohíbe, sin establecer que ellos adolecen de objeto ilícito, afirmación que, doctrinariamente puede ser errada en muchos casos. (Eugenio Velasco Letelier).

7.- enajenación de las cosas enumeradas en el art.1464:

7.1 Sentido del vocablo enajenación.

- a) Sentido amplio: enajenación significa todo acto de disposición entre vivos por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona, o constituye sobre él un nuevo derecho a favor de un tercero que viene a limitar o gravar el suyo ya existente (constitución de un derecho real sobre la cosa).
- b) Sentido restringido: enajenación es el acto por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona. Es decir, la enajenación strictu sensu es el acto que hace salir de un patrimonio un derecho para que pase a formar parte de otro patrimonio diverso.

En la acepción amplia, tanto se enajena cuando se transfiere el dominio como cuando se hipoteca, empeña o constituye una servidumbre; en el sentido técnico y propio, sólo se enajena cuando se transfiere el derecho: en los demás casos sólo debe hablarse de limitar o gravar el derecho.

7.2 Sentido en que está tomada la expresión enajenación en el art. 1464

La doctrina mayoritaria (Alessandri-Somarriva) al igual que la jurisprudencia se inclina por la acepción amplia. Se fundan en los arts. 2387 y 2414 que hacen sinónimos las expresiones enajenar y gravar (prenda e hipoteca). Véase en la Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo XVII, segunda parte, sección primera, pág. 207; Tomo II, segunda parte, sección segunda, pág. 1.-

Una nota de don Andrés Bello parece pronunciarse por la acepción amplia, al decir que la hipoteca equivale a la enajenación condicionada. Se entiende que hipotecar es enajenar (argumento histórico). A este argumento se une la finalidad propia de la norma (art. 1464), lo que le otorga un sentido amplio.

Don Luis Claro Solar entiende que el CC toma la expresión enajenar en sentido restringido, y funda su aserto en que el legislador ha separado en varias disposiciones el vocablo enajenar del de gravar o constituir otros derechos reales. Cita como ejemplos los arts. 144, 393, 1135, 1749 y 1754.

Es importante determinar el sentido de la expresión enajenar para efectos de conocer que objetos son ilícitos.

7.3 La venta no es enajenación.

La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.(art. 1793).

En Chile el sistema de transferencia del dominio (al igual que la constitución de los derechos reales) opera a través de la dualidad título-modo. El título es el contrato, del que nace una acción personal de cumplimiento de contrato, y surge además la obligación de hacer la tradición de la cosa vendida. El modo de adquirir está constituido por la tradición que es la segunda etapa de la transferencia del dominio. De esta manera el solo título no transfiere derecho real alguno si no ha operado el modo. Si sólo se otorga el contrato (venta, donación, etc.) de las cosas mencionadas en el art.1464 no habrá enajenación y por tanto el contrato no adolecerá de objeto ilícito.

La enajenación se producirá cuando opere el modo de adquirir.

De la definición misma, se deduce que la venta no es enajenación, ya que el vendedor, por el solo hecho de celebrar el contrato, no transfiere el dominio de la cosa ni constituye sobre ella un derecho real que lo limite; sólo se obliga a transferir el dominio de la cosa. La enajenación viene a estar constituida por la tradición, que sigue a la compraventa y mediante la cual el vendedor cumple su obligación de dar la cosa vendida.

¿Hay objeto ilícito en la venta de las cosas que señala el art.1464 ?

Autores como Alessandri y Somarriva y la mayor parte de las sentencias de los tribunales, responden afirmativamente. La razón no está en el art.1464, dentro del cual la palabra enajenación no comprende a la venta, sino en la referencia implícita que el art.1810 hace al art.1464. En efecto, el art. 1810 dice: Pueden venderse las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley.

Si se realiza un contrato de compraventa sobre cosas cuya enajenación se prohíbe (1464), se contraviene un precepto prohibitivo (1810), y según el art. 1466 tal contrato adolece de objeto ilícito y según el art. 1682 tiene por sanción la nulidad absoluta.

Pero otros no aceptan esta interpretación, y hacen una distinción. Empiezan por recordar que un acto es prohibido por la ley cuando no se puede realizar en forma alguna, en ninguna circunstancia, ni bajo respecto alguno.

Ahora bien, siendo así, el art.1464 sólo sería prohibitivo en las disposiciones de sus dos primeros números, que dicen que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio y en la de los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona. Pero tratándose de los números 3 y 4 el art.1464 no sería prohibitivo sino imperativo, porque permite bajo ciertas circunstancias la enajenación de las cosas que ahí señala, esto es, si el juez lo autoriza o el acreedor consiente en ello, según los casos.

Todavía, agregan los sostenedores de esta última interpretación, 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, a sabiendas de que la tradición sólo se podrá efectuar una vez que se cumplan los requisitos para que desaparezca el impedimento legal que se opone a la transferencia inmediata.

La doctrina señalada es sostenida por Eugenio Velasco Letelier y por la Corte de Valdivia. Véase: Gaceta de los Tribunales, Tomo II, N.1013, pág.226;_Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXIX, segunda parte, pág. 273.

Se agrega en pro de ella que si el vendedor oculta la cantidad litigiosa o de embargada que tiene la cosa, el comprador podría pedir la nulidad de la venta por dolo negativo, por reticencia del vendedor. Así, pues, en todo caso esta solución resguarda al comprador. Concluye Velasco que la compraventa de las cosas contempladas en los números 1 y 2 son nulas, de nulidad absoluta, por adolecer de objeto ilícito. No sucede lo mismo tratándose de las cosas a que se refieren los números 3 y 4.

Especial importancia reviste determinar si la compraventa es válida o no. Si se compra una cosa embargada o una cosa litigiosa, según la opinión mayoritaria, el contrato es nulo y al levantarse el embargo se presentaría el problema de la validez de la tradición.

No sucede lo mismo si se sigue la teoría de Velasco, según el cual, el contrato de compraventa sobre las cosas referidas en los números 3 y 4 es válida, de manera que al levantarse la prohibición respectiva, se podría efectuar la tradición, operando el título y modo requerido para que opere la enajenación, la cual sería plenamente válida. Pero si antes de levantarse el impedimento se efectúa la tradición, el contrato sería nulo por cuanto habría enajenación de objeto ilícito.

Es importante esta tesis porque se logra el fin propio que es transferir el dominio de la cosa una vez levantado el impedimento.

La situación referida solo se presenta en el contrato de compraventa, ya que a este contrato en particular (título) se refiere el art. 1810.

Don Esteban Iturra sostenía que el art.1810, cuando establece que la enajenación no esté prohibida por la ley, se está refiriendo a leyes especiales y no a leyes generales como es el caso del art.1464; porque si el legislador hubiera querido que el art.1810 se hubiera referido a la enajenación prohibida por leyes de carácter general, habría cambiado la redacción y habría hablado de enajenación por la ley.

7.4 Donación de cosa embargada: la donación es plenamente válida, que sólo es título y no enajenación.

7.5 Contrato de promesa de compraventa de cosa embargada: El contrato de promesa de compraventa obliga a los contratantes a otorgar el contrato definitivo. Según el art.1554 N.2: La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna salvo que concurren las circunstancias siguientes:,Nº2 - Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces.

Atendiendo al sentir mayoritario la promesa de compraventa de cosa embargada es nula.

Velasco sostiene que el contrato de promesa es válido, ya que el contrato que se promete celebrar (de compraventa) no constituye enajenación y como tal no queda comprendida en el art.1464. Sería válido además porque el contrato de promesa no crea derechos reales sino sólo personales. En cambio, será siempre nula la promesa de compraventa de las cosas a que se refieren los números 1 y 2 del art.1464.

7.6 Adjudicación de las cosas enumeradas en el art.1464:

Existen casos en que las cosas pertenecen a varios dueños, entonces se habla de comunidad. La comunidad es la relación o conjunto de relaciones en que aparecen como sujetos varias personas, que pueden ejercer simultáneamente derechos de igual naturaleza jurídica sobre una misma cosa o sobre un mismo conjunto de cosas.

La ley no favorece la comunidad, facilitando los medios para su terminación. (art.1713).

La adjudicación es el acto por el cual el derecho que cada comunero tenía en su totalidad de la cosa o el conjunto de cosas se singulariza o determina en forma exclusiva con respecto a un bien.

Cabe preguntarse si la adjudicación constituye enajenación.

La jurisprudencia responde negativamente: de diversas disposiciones (arts. 703 inc.4, 718, 1344 y 2417) aparece que la adjudicación no importa enajenación, pues es simplemente declarativa de dominio y no traslativa. Con la adjudicación (título declarativo con efecto retroactivo) se declara un dominio preexistente. Por consiguiente, la adjudicación de alguno de los bienes señalados en el art.1464 no adolece de objeto ilícito.

Análisis del art. 1464. Casos.

Hay un objeto ilícito en la enajenación de:

A) De las cosas que no están en el comercio: es decir, de las cosas que no pueden ser objeto de dominio o posesión privada (cosas comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público).

Aquí se suscita un problema que se ha producido con el avance de la medicina y que es la comercialidad de partes del cuerpo humano. El problema es que el cuerpo humano es intransferible, no pudiendo nadie disponer del mismo por ser contrario al orden público, moral y buenas costumbres. La enajenación del cuerpo humano es ilícita. Pero si una persona acepta la donación de un órgano propio a otra persona no persigue un beneficio personal, el problema varía si la persona pretende obtener un beneficio patrimonial por dicha donación. (ver León Hurtado, Avelino: El objeto en los actos jurídicos).

Imperfección del N.1 del art.1464: Según Claro Solar, existe un contrasentido entre el art.1461 que considera la comercialidad del objeto como requisito de existencia y el art.1464 N.1 que la considera como requisito de validez. Claro Solar sostiene que el art.1461 está en lo cierto.

Por su parte, Velasco estima que el art.1464 N.1 repite la misma idea que el art.1461, en cuanto a que el objeto que es intransferible es ilícito. Pero, a diferencia de Claro Solar, no los considera contradictorios, ya que en los términos del art.1461 aparece la transferibilidad como requisito de validez, esto es, como requisito de cosas que existen o se espera que existan. Así, si las cosas son intransferibles hacen que el objeto sea ilícito.

Si la comercialidad es requisito de existencia quiere decir que si la cosa es intransferible no hay objeto y por ende, inexistencia jurídica. Si por el contrario, sólo es un requisito de validez, el objeto será ilícito y el acto nulo absolutamente.

B) De los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona: es decir, de los derechos personalísimos como los derechos de uso o habitación (art.819), el de alimentos (art.334), el que nace del pacto de retroventa (art.1884),etc.

Según Velasco, los derechos personalísimos por intransferibles son intransferibles, en consecuencia, caben en el N.1 del art.1464; el N.2 estaría demás.

Otros autores, en cambio, sostienen que intransferibilidad no es sinónimo de inalienabilidad, porque si las cosas fuera del comercio son inalienables, la inversa no es verdadera pudiendo una cosa no ser susceptible de enajenación y, sin embargo, encontrarse en propiedad privada. La intransferibilidad es sustracción del régimen jurídico privado en la totalidad de sus relaciones, ineptitud para formar parte del patrimonio. Así, hay cosas que están en el patrimonio individual, pero cuya transmisión o transferencia está impedida o limitada, sea en interés general, sea en interés de determinadas personas especialmente protegidas o por razones particulares. (Ferrara: Trattato de Diritto Civile Italiano. Tomo I, N.162).

No existirá redundancia al consignarse el N.2 del art.1464, pues resulta claro que don Andrés Bello siguió esta última tendencia conforme al derecho romano.

C) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

a.- **Sentido de la palabra embargo:** En nuestra legislación la palabra embargo no está definida. Según se desprende de varias disposiciones (arts. 1618, 2465, 2466 del CC; 443, 458, 479 a 482, 500, 501 del CPC; 53 Ns. 3 y 59 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces) el embargo es una actuación judicial propia del juicio ejecutivo que según la jurisprudencia consiste en la aprehensión compulsiva material o simbólica, hecha por mandamiento del juez que conoce de la ejecución, de uno o más bienes determinados del deudor y en su entrega a un depositario que debe mantenerlos a disposición del tribunal, todo con el fin de asegurar el pago de la deuda.

El embargo también puede recaer sobre derechos reales constituidos en los bienes raíces (art.453 del CPC). En otras palabras, constituye un cumplimiento forzoso de la obligación.

Pero hay una acepción más amplia que según la doctrina es la que considera el art.1464, según esta concepción se comprende dentro del término embargo al embargo propiamente tal y otras instituciones que persiguen el mismo fin de asegurar el resultado del juicio: medidas precautorias de enajenar y gravar bienes, de secuestro, retención de bienes muebles y en el sentir mayoritario de los autores, la prohibición judicial de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados. Medidas que son propias del juicio ordinario (art.290, 296, 297 y 298 del CPC).

Todas estas medidas permiten que el acreedor logre sacar determinados bienes del tráfico jurídico.

Existe unanimidad entre los autores en considerar todas estas medidas como propias del embargo, menos en cuanto a la prohibición judicial de celebrar actos y contratos respecto de determinados bienes. En este punto Velasco disiente de los demás autores.

En efecto, dice, el art.1464 regla la enajenación de las cosas que señala, determinando que en ella hay objeto ilícito y si es cierto e indiscutible que muchos y muy importantes contratos -la compraventa y el arrendamiento, por ejemplo- no constituyen enajenación, no vemos como la prohibición de celebrar los que pueda dictar el juez, debe regirse por este artículo._

Si se prohíbe judicialmente, como en ciertos fallos se ha declarado (Gaceta de los Tribunales: 1875 N.2348, pp.1066; 1884, N.996, pp.629), arrendar una propiedad y el deudor violando la prohibición la arrienda, no es posible sostener que en tal contrato hay objeto ilícito en conformidad al N.3 del art.1464, porque éste se refiere exclusivamente a la enajenación y el arrendamiento está muy lejos de constituirlo; ni podría afirmarse que lo hay de acuerdo con el art.1466, puesto que esta disposición alude a los contratos prohibidos por las leyes, y no por las autoridades judiciales.

Tratándose de la compraventa y en el supuesto de aceptar la doctrina que dice que hay objeto ilícito en la compraventa de las cosas y derechos enumerados en el art.1464, prosigue Velasco, no sería tampoco valedero el argumento de que según el art.1810 no pueden venderse las cosas que se prohíbe enajenar porque este art. dice en forma expresa que pueden venderse las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la ley, y no por la justicia.

b.- Publicidad de la prohibición de enajenar las cosas embargadas.

- Desde cuándo y hasta cuándo hay embargo: Según se desprende de los arts.297 y 493 del CPC, respecto de las partes, el embargo y la prohibición de celebrar actos y contratos, ya se refieran a muebles o inmuebles, producen sus efectos desde que llegan a noticia del afectado por la notificación hecha con arreglo a la ley.

Respecto de terceros, hay que distinguir entre bienes muebles e inmuebles.

Si la medida recae sobre un mueble sólo afecta a los terceros desde que toman conocimiento del embargo o la prohibición; si recae sobre un inmueble el embargo o la prohibición empece a los terceros, le es oponible desde la fecha en que se inscribe en el Registro de Prohibiciones e Interdicciones del Conservador de Bienes Raíces donde está situado ese inmueble (formalidad por vía de publicidad, art.53 N.3 del Reglamento del Registro Conservatorio). En consecuencia, si el deudor vende a un tercero el bien raíz embargado, el acreedor puede oponerse a la inscripción de dicha venta, para así impedir la enajenación aunque el embargo no se hubiera inscrito todavía, porque respecto de las partes litigantes el embargo existe desde que es notificado al deudor; la inscripción del mismo sólo cuenta para surtir efectos frente a terceros: es una medida de publicidad en protección de éstos.

Si el embargo no se ha inscrito y si ya lo ha sido la compraventa del inmueble embargado, el tercero adquiere la cosa, porque el embargo no inscrito le es inoponible y el acreedor ya nada podrá hacer en cuanto a la persecución de ese bien.

- Es nula la compraventa una vez inscrito el embargo ? Se tendrá que examinar la opinión mayoritaria y minoritaria citada con anterioridad.

c.- El embargo y la enajenación forzada.

A debe a B y a C \$100.000 a cada uno, ambos con título ejecutivo: letras de cambio aceptadas ante notario. B demanda a A ejecutivamente y le embarga la casa. En otro juzgado C demanda a A y le reembarga la casa (lo que sólo se puede hacer desde el año 1944).

Ambos embargos están inscritos y C terminó el procedimiento ejecutivo y logró la enajenación forzada (remate en público, subasta). El tercero adquirió el bien embargado.

- Hay objeto ilícito en la enajenación forzada de los bienes embargados?

Claro Solar (opinión mayoritaria) sostiene que la ley se refiere sólo a la enajenación que el deudor pudiera realizar privadamente y no a la enajenación forzada en pública subasta de la cosa embargada (1).

Somarriva y Velasco piensan que, por el contrario, que el N.3 del art.1464 se aplica tanto a las enajenaciones voluntarias como a las forzadas (2) porque:

- a) La ley no distingue y por lo tanto no es lícito al intérprete distinguir (comprendiéndose ambas formas de enajenación).
- b) La única manera de lograr el fin perseguido por la ley (evitar que el derecho que el acreedor ha puesto en ejercicio sea burlado mediante la enajenación que el deudor pueda hacer de sus bienes), está en sancionar tanto la enajenación voluntaria como la forzada.

Según Claro Solar no adolece de objeto ilícito y es válida la enajenación forzada que se realice en otro juicio. Tal conclusión deriva del art.528 del CPC (modificado por la Ley N.7760 del 5 de febrero de 1944). Del contexto de éste resulta 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 (León H., Avelino: El Objeto en los Actos Jurídicos. págs. 139-142).

La jurisprudencia última sostiene la misma tesis: Decretado un embargo en una ejecución y trabado éste sobre un bien del deudor, nada impide que otros deudores traben un nuevo embargo sobre el mismo bien; es legalmente permitida la realización de él en cualquiera de las ejecuciones que lleguen primero a la etapa de venta, sin perjuicio de que los demás acreedores hagan uso de los derechos que les confieren los arts. 527, 528 y 529 del CPC. (1)

No obstante lo anterior, se cree que el objeto ilícito alcanza incluso a las enajenaciones forzadas. Si bien es cierto que los demás acreedores pueden acogerse al art.528 del CPC, no es menos cierto que para esto es necesario estar en conocimiento de los demás embargos, lo que se sabe por certificado del Registro de Prohibiciones e Interdicciones del Conservador de Bienes Raíces.

Esto implica una preferencia por aquel remate primero ya que, cómo saben los demás acreedores embargantes que se está rematando un bien?

d.- Medios para enajenar válidamente las cosas embargadas:

1.- Autorización de el o los jueces que han decretado la prohibición o embargo. El juez debe dar la autorización con conocimiento de causa, o sea, tomando en consideración los antecedentes que motivaron dicha prohibición.

Ahora, como es posible el reembolso si son varios los jueces que han decretado el embargo sobre la misma cosa, debe pedirse la autorización a todos y a cada uno de ellos. La autorización del juez tiene que ser previa a la enajenación, es decir, tiene que haberse dado antes de que la enajenación se efectúe. Si se hace la enajenación sin autorización judicial y el juez confiere la autorización con posterioridad, el acto no es válido, porque al procederse a la enajenación sin la autorización del juez ha habido objeto ilícito y la sanción es la nulidad absoluta y ésta no se sana por cumplirse las solemnidades posteriormente.

2.- Consentimiento de él o los acreedores, ya que si el embargo o prohibición está establecido en su beneficio es lógico que su consentimiento sacuda del objeto ilícito a la prohibición. Como la ley no distingue, el consentimiento puede ser manifestado en forma expresa o tácita. Habría esta última clase 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.

D.- De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio:

Cosas litigiosas: Cosas o especies litigiosas son los muebles o inmuebles sobre cuyo dominio discuten en un juicio demandante y demandado. La cosa debe considerarse litigiosa desde que está trabada la litis, lo cual ocurre una vez contestada la demanda. No debe confundirse la cosa litigiosa con los derechos litigiosos, estos son los que se debaten o discuten en un juicio, son cosas incorpóreas a diferencia de las cosas litigiosas que son corporales.

El que enajena un derecho litigioso, no enajena la cosa misma, sino el evento incierto de la litis (art.1911). La enajenación de los derechos litigiosos sólo puede hacerla el demandante (arts. 1912 y 1913).

El demandado no puede hacer esa cesión sino cuando entabla reconvencción, pues entonces asume la calidad de demandante o actor. Esta cesión no requiere autorización judicial.

Requisitos para que la cosa se entienda comprendida en el N.4 del art.1464:

1. - Debe existir un juicio reivindicatorio sobre especie cuya propiedad se litiga. Se excluye por tanto el litigio por arrendamiento en que no se discute la propiedad.
2. - Se requiere que el tribunal haya decretado la prohibición de celebrar actos y contratos sobre la cosa litigiosa. El inc.2 del art.296 del CPC dispone: Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el N.4 del art.1464 del CC, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos. Y en su art.297 agrega:

Cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces se inscribirá en el Registro Conservador respectivo (medida de publicidad como requisito de oponibilidad), y sin este requisito no producirá requisito respecto de terceros. Cuando verse sobre cosas muebles, sólo producirá efectos respecto de terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato, pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas.

Diferencias entre los N. 3 y 4 del art.1464: Según algunos autores, con la exigencia requerida por el CPC (art. 297) acerca de la declaración de prohibición e inscripción a que debe sujetarse la cosa, no existiría diferencia entre los bienes embargados y las cosas cuya propiedad se litiga, ya que siendo necesario que el juez decreta prohibición para que las cosas se consideren comprendidas en el N.4 del art.1464 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 está de más, las cosas litigiosas deben comprenderse en el N.3 de dicho artículo.

Pero esta apreciación es errónea, ya que el N.4 se refiere a cosas litigiosas, cosas que son objeto directo del pleito. En el N.3, en cambio, no se discute el dominio de la cosa embargada, ésta sólo servirá para satisfacer el crédito del acreedor.

Las cosas a que se refiere el N.3 pueden enajenarse válidamente previa autorización judicial o de él o los acreedores. La de este último puede ser tácita, según se vio.

Las cosas litigiosas, en cambio, pueden enajenarse válidamente cuando el juez que conoce del litigio da su permiso previo conocimiento de la causa.

Prohibiciones de enajenar voluntarias o convencionales.

Es discutida en doctrina la cláusula contractual de prohibición de enajenar o gravar el bien o cosa objeto del contrato por cuanto atentaría contra el principio de la libre circulación de los bienes.

Partiendo de la base que la cláusula de no enajenar es sólo por cierto tiempo, determinado por un plazo o condición, hay que concluir que la violación de dicha cláusula no acarrea la nulidad del contrato ni tiene objeto ilícito, ya que según lo prescribe el art.1464 la prohibición debe ser judicial y no contractual.

La violación de dicha cláusula traerá la sanción que resulte de la aplicación de las reglas de responsabilidad contractual. Al respecto la jurisprudencia se ha uniformado en cuanto a que la enajenación o gravamen impuesto a un bien en contravención a lo dispuesto en el contrato no adolecería de objeto ilícito sólo habría incumplimiento.

Si es una obligación de no hacer: no enajenar ni gravar y que sólo facultaría a la otra parte para pedir la resolución del contrato (art.1489) por incumplimiento de obligación, con la correspondiente indemnización de perjuicios (art.1455). Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo XIII, segunda parte, sección primera, pp.429

Pero hay casos en que la situación es otra. Las leyes orgánicas de algunas instituciones hipotecarias y cajas de previsión 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, por ejemplo: préstamos para adquirir viviendas (SERVIU).

Bibliografía adicional:

- Eugenio Velasco Letelier: El Objeto ante la Jurisprudencia. Memoria de Prueba.
- Avelino León Hurtado: El Objeto en los Actos Jurídicos. Ed. Jurídica de Chile, 1982.

IV.- La causa.

¿Es un requisito del acto o contrato o es un requisito de la obligación ?

El CC se refiere a la causa como un requisito de la declaración de voluntad y como un requisito de la obligación. Aparece como un requisito de la declaración de voluntad en el art. 1445; pero, en el art. 1467 dice que es la obligación la que debe tener una causa lícita.

El CC y gran sector de la doctrina señala que la causa tiene cabida tratándose de aquellos actos jurídicos que generan obligaciones y que, en cambio, el elemento causa no sería exigible respecto de aquellos actos jurídicos que no generan obligaciones.

Estrictamente considerada la causa como el fin que tienen las partes en vista, cabe sólo en las obligaciones. Pero hay quienes sostienen que hay una naturaleza determinante no en la obligación, sino que en la declaración de voluntad, porque las partes realizan el acto en consideración a una causa que la obligación está destinada a realizar.

Concepto de causa:

el art. 1467 inc.2 la define como el motivo que induce a celebrar el acto o contrato. Esta definición se ha prestado para numerosas dudas acerca de su exactitud y alcance.

Acepciones de la palabra causa:

1. - Causa eficiente: es la fuente jurídica de la cual emana la obligación, es decir, es el antecedente del acto. En este sentido, tendrían causa los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos e incluso la ley. Según Claro Solar, tiene su origen en el Derecho Romano.

Esta noción de causa eficiente debe descartarse, ya que la causa es un requisito de existencia y validez, de aceptar esta noción, resultaría que la causa sería el acto jurídico mismo.

2.- Causa impulsiva (ocasional): sería el fin remoto, variable, personalísimo y psicológico que lleva a un individuo a celebrar un acto jurídico. Luego, un mismo acto puede tener diversas causas, atendiendo los bienes subjetivos que haya perseguido cada individuo al celebrar el acto.

3.- Causa final: se concibe bajo la idea de fin próximo, inmediato e invariable que la parte se propone alcanzar mediante la celebración del contrato y que siempre se puede encontrar en la estructura del contrato.

La causa final es común a ambos contratantes. Esta causa final es idéntica para todos los actos o contratos de una misma especie, siempre será la misma para todos los contratos en iguales condiciones. No varía de individuo a individuo, y si yo compro, la causa del porqué yo me obligo en el contrato de compraventa, va a ser porque la contraparte se ha obligado a entregarme la cosa; esta causa va a ser la misma en todos los contratos de compraventa.

Teorías respecto de la causa:

A.- Teoría Clásica de la Causa.

Tiene su origen en los contratos innominados del derecho romano. Fue moldeada como teoría por el francés Jean Domat (1625-1695). Años después, Pothier (1699-1772) reprodujo y desarrolló sus ideas en su Tratado de las Obligaciones, aparecido en 1761; de ahí pasaron al Código de Napoleón. Este no definió ni precisó el concepto de causa, y por eso, la jurisprudencia y la doctrina francesa, sin alterar la ley, han podido darle el contenido cambiante que las circunstancias determinan.

Entre los principales exponentes de esta concepción están: Aubry, Rau, Duranton, DemoLombe, Marcadé y Bufnoir.

Esta doctrina parte haciendo la distinción entre causa y motivo. La causa es el fin en vista de cual una parte celebra el acto jurídico, es la consideración que determina a la parte a obligarse. En otras palabras, es el fin directo e inmediato que la persona desea obtener al contraer la obligación. Esta causa va inserta en el contrato mismo, constituyendo un elemento esencial de él, y siempre es la misma para cada especie de contrato.

El motivo, en cambio, es el fin más o menos lejano perseguido por las partes. Puede indicarse que el motivo es el fin concreto de carácter subjetivo que las partes quieren alcanzar por medio del acto jurídico. Este no va envuelto en el acto jurídico y es variable, varía según las partes y las circunstancias.

La causa entonces, es el motivo inmediato o próximo, y el motivo estaría más lejano.

Es necesario distinguir entre causa y motivo porque la ausencia de causa o el error en la causa obstan la existencia misma del acto jurídico. En cambio, la ausencia de motivo o el error en el motivo no influye en la existencia del acto jurídico.

Es importante resaltar que para la teoría clásica, la causa es siempre la misma, tratándose de especies iguales de contratos, y en consideración a ello, y para determinar la causa, agrupa los contratos y distingue entre contratos a título gratuito y contratos a título oneroso, estos últimos los subdistingue en contratos onerosos bilaterales y unilaterales:

- Contratos onerosos bilaterales: la causa de la obligación de cada parte reside en la obligación de la contraparte, es decir, la obligación de una de las partes sirve de causa a la obligación de la otra. Luego, en los contratos bilaterales ambas obligaciones se sirven recíprocamente de causa de las partes contratantes. La causa de la obligación de una de las partes constituye el objeto de la obligación de la otra.
- Contratos onerosos unilaterales: la causa de la obligación de la única parte que se obliga es la prestación realizada por la otra al momento de cobrarse el contrato. Es lo que sucede en los contratos reales como el mutuo, comodato, depósito y prenda, en el caso del comodato la causa está en la entrega de la cosa que hizo el comodante.
- Contratos a título gratuito: la causa está en la pura o mera liberalidad. Así, en la donación el único que se obliga es el donante, y la causa de su obligación es el ánimo de hacerle una entrega a otra persona. (Ver arts. 2174, 2211, 2196 y 2384).

B.- Teoría Anticausalista.

Sus principales exponentes son Ernst, Laurent y Baudry-Lacantinérie.

Sostienen que la elaboración de la causa se funda en un error en cuanto a la interpretación de los textos romanos, puesto que en el Derecho Romano no se conoció la idea de causa. Así señalan que la doctrina de la causa es falsa, ilógica e inútil. En resumen, sustentan que la causa no es elemento del acto jurídico ni de validez ni de existencia.

1. - Es falsa: porque históricamente no es cierto que el concepto de causa haya sido aceptado por los romanos en forma general. En Roma, por ejemplo, en la compraventa cada parte no resultaba obligada por existir independencia, sólo resultaban obligados si la obligación había sido formalmente contraída.
2. - Es ilógica: porque si de acuerdo con los clásicos, la causa de la obligación tiene soporte en la obligación que contrae la otra parte, la causa moriría con el contrato, al mismo tiempo que éste o con posterioridad a él, y ello no puede ser porque la causa supone eternidad.
3. - Es inútil: porque suprimiéndola da el mismo resultado y llegamos con el objeto y consentimiento. Ya que en los contratos unilaterales la causa está en la entrega de la cosa y la cosa es el objeto de acto o contrato.

¿ Para qué recurrir a la noción de causa, cuando la misma finalidad se cumple con el objeto?

En los negocios gratuitos, la doctrina clásica dice que la causa está en la mera liberalidad. Los anticausalistas dicen que la mera liberalidad no está comprendida en el consentimiento, luego, en un negocio gratuito donde no hay liberalidad, no habría causa.

Es una ficción pretender separar en los contratos a título gratuito la intención de liberalidad de la voluntad.

Señalan los anticausalistas que en los contratos unilaterales, la causa se confunde con el objeto, ya que la entrega de la cosa tiene tal carácter, y en los contratos a título gratuito, si no hay intención de liberalidad, lo que falta es el consentimiento, porque la intención de liberalidad va incorporada en la voluntad.

C.- Teorías Neocausalistas

Estas teorías surge como una reacción a la posición anticausalista y defienden la idea de causa y estiman que debe conservarse en los actos jurídicos como un elemento distinto del objeto.

Estas doctrinas tienen como característica el que miran al aspecto subjetivo de la causa, se adentran en el móvil, que en la causa clásica está fuera de la estructura del contrato. En la doctrina clásica la causa aparece limitada, petrifica al derecho al no permitir entrar al motivo subjetivo, de manera que resulta casi imposible concebir la noción de causa ilícita.

Si la causa es siempre la obligación de la contraparte, independientemente de sus motivos, la causa va a ser siempre la misma.

Estas teorías son las siguientes:

- 1.- Teoría de Henri Capitant que se manifiesta en su obra La causa de las obligaciones (1923).
- 2.- Teoría de Louis Josserand contemplada en su obra Móviles de la causa jurídica.
- 3.- Teoría de George Ripert, contemplada en su obra la regla moral de las obligaciones civiles.

Neocausalismo de Capitant o doctrina del fin económico.

Señala que no es suficiente que se haya expresado el consentimiento de cada una de las partes en relación con el objeto, sino que es necesario también tener en cuenta la razón que lo ha impulsado a celebrar el contrato. Señala de que para establecer la causa no debe indagarse los motivos personales de cada individuo, que son subjetivos, variables y que cambian dependiendo de la persona.

Afirman que la causa no es meramente subjetiva, sino que tiene también un carácter objetivo, porque ella establece una relación entre la voluntad y un hecho exterior totalmente ajeno o extraño a ella.

Afirma que es erróneo lo que sostienen los anticausalistas en orden a que la causa se confunde con el objeto en algunos casos y con el consentimiento en otros. En fundamentación de sus argumentos señala que el consentimiento tiene que existir al momento de la formación del acto; lo mismo sucede con la capacidad. En cambio, la causa se mantiene y subsiste hasta el cumplimiento del contrato, para que subsista la obligación del deudor tiene que haber una razón para ello y se mantiene hasta que se cumpla el resultado deseado o querido. Tampoco puede confundirse con el objeto, el afirmarlo así, se debe a que no se haya hecho un análisis profundo del problema, porque entre objeto y causa hay diferencias substanciales, el objeto es un aspecto material y se identifica con la prestación, la que es ajena a la personalidad misma de las partes; en cambio, la causa dice relación con un fenómeno intelectual de orden interno de cada individuo.

No puede pretenderse que el objeto reemplace la idea de causa, y da como ejemplo lo siguiente: cuando se paga a una persona para que no cometa un delito tiene objeto ilícito, sin embargo, la causa es lícita. No puede pretenderse la licitud de la recompensa a alguien para que no vulnere la ley.

Sostiene también que la causa es siempre la misma para cada clase de contratos, y distingue entre contratos bilaterales y contratos unilaterales, y contratos a título gratuito:

- Contratos bilaterales o sinalagmáticos: la causa que determina a cada parte a obligarse es el deseo de obtener la prestación que se le prometió a cambio de su prestación. Así, en un contrato de compraventa, la causa de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, no es sólo la promesa del comprador de pagar el precio, sino la voluntad del vendedor de tener a su disposición el dinero que se le prometió en pago de su prestación; sería el deseo del vendedor de que se ejecute o realice materialmente aquello que el persigue, esto es, que se ponga el dinero a su disposición. La causa sería querer que se realice la prestación de la contraparte.

- Contratos unilaterales: sustenta una teoría bastante novedosa, porque tradicionalmente se señala como contratos unilaterales los contratos reales (mutuo, prenda, comodato), esto es, aquellos que se perfeccionan por la entrega de la cosa. Lo novedoso está en que Capitant afirma que los contratos reales, salvo el caso del depósito, no son unilaterales, sino que se trata de contratos bilaterales con una particularidad muy especial: que la prestación de una de las partes se realiza en el momento mismo en que se perfecciona el contrato.

La causa de la obligación del comodatario, mutuario y acreedor prendario de devolver la cosa que se le entregó, radica en la entrega de la cosa que le hizo la otra parte. Pero, en cuanto a la causa de la obligación, hay que hacer distinciones:

- En el comodato y en el mutuo son intereses, la causa del comodante y mutuante es doble: por un lado, hacer el servicio al comodatario o mutuario; y por otro, recobrar la cosa que el entregó.
- En el mutuo con interés, la causa de la obligación del mutuante es obtener el cumplimiento de la obligación de pagar intereses.
- En la prenda, la causa de la obligación del deudor prendario es obtener un crédito del acreedor. El deudor prendario entrega la cosa en prenda con el objeto de que el acreedor le otorgue un crédito.
- En cuanto al depósito, que sería el único contrato unilateral, ya que el único obligado sería el depositario, siendo su obligación la de devolver la cosa que se le entregó en depósito.

La causa de su obligación sería la de prestar un servicio al depositante, ya que eso fue lo que lo motivó a recibir la cosa que se entregó en depósito.

- Contratos a título gratuito: sigue por regla general la teoría clásica en el sentido que la causa sería la intención de liberalidad. Sin embargo, hay ciertos casos específicos que la causa obedece a otra clase de fines de carácter más concreto, como sucede por ejemplo en la dote o donación por causa de matrimonio, la causa es el matrimonio y no la mera liberalidad, de tal modo que si el matrimonio no se celebra la dote carece de causa.

Teoría de los móviles y motivos psicológicos (Josserand).

Esta teoría es de corte claramente psicológico, ya que da importancia no sólo a los motivos abstractos y permanentes, sino también a los móviles y motivos individuales y concretos, esencialmente variables, que son los que en un caso determinado han inducido a la parte a contratar y que son determinantes en la celebración del acto jurídico.

Josserand habla del móvil-fin, el motivo para alcanzar un fin determinado.

Los móviles o motivos que llevan a las partes a contratar pueden ser variados y según el habrá que determinar cual habrá sido el motivo o móvil determinante en los contratantes para celebrar el contrato y el lo denomina causa impulsiva.

Josserand estima que hay que determinar el móvil impulsivo, para determinar cuál es el principal o determinante habrá que examinar la moralidad de este motivo, y si este motivo es inmoral la causa será ilícita. Esta tarea le corresponderá al juez.

Esta concepción es importante porque en cuanto al acto jurídico o contrato que estuviera perfectamente causado en la concepción clásica, pudiera resultar viciado a la luz de la teoría de los móviles.

Esta concepción trae problemas porque los motivos individuales que lo contratantes pudieran haber tenido para la ejecución de un acto jurídico pudieran ser variados.

Por ello, la jurisprudencia francesa estima que sólo deben considerarse los de mayor importancia o relevancia. Los tribunales franceses han considerado como causa determinante a aquellos móviles personales de los contratantes, ajenos al acto en sí mismo, y que estima decisivos para la celebración del acto jurídico. Así se observa que en el análisis de la eficacia del acto, los tribunales franceses atienden a la causa determinante.

Esto conlleva a otro problema, porque se da que en un mismo contrato, en algunos casos, merece la protección de la ley y en otros no se hace acreedor de ella.

Así por ejemplo, la doctrina francesa señala que en un contrato de compraventa por el cual una persona adquiere un inmueble, obligación que no le es cumplida, y demanda después el cumplimiento de esa obligación, en ciertos casos los tribunales acceden a lo pedido cuando el comprador iba a destinar el inmueble a un fin lícito, pero no acceden a ello si el destino del inmueble era inmoral o ilícito.

Josserand distingue la causa de los contratos gratuitos y de los contratos onerosos:

- Contrato gratuito: basta que los motivos o móviles del disponente sean ilícitos para anular el contrato por causa ilícita, aunque la otra parte lo desconozca. Por ejemplo: el concubino que dona a la concubina para perjudicar a su familia legítima, aun cuando no lo supiera la concubina adolece de causa ilícita.
- Contrato oneroso: se requiere que ambas partes tengan conocimiento de la ilicitud del motivo. Por ejemplo: si Jaime Pablo arrienda un inmueble para establecer un negocio ilícito, para que adolezca de causa ilícita, ambas partes deberían haber arrendado el inmueble con conocimiento de este motivo ilícito.

Teoría de George Ripert.

Descansa también en la teoría del motivo, pero como es difícil precisar el motivo determinante, Ripert afirma que basta cualquier motivo ilícito para viciar el acto, aun cuando ese motivo no sea conocido de la otra parte.

Esta teoría está fundada en el deseo de la moralización del contrato.

Ripert estima que los tribunales tienen el deber de mantener la regla que desde largos siglos la moral cristiana ha impuesto a la sociedad y que ellos están encargados de defender.

Jurisprudencia chilena en materia de causa.

En los contratos bilaterales la causa, o sea, la razón inmediata de la convención para uno de los contratantes, tiene que ser la prestación a que la otra parte se obliga. Las razones o motivos más o menos lejanos no pueden confundirse con la causa, pues se llegaría así en los contratos onerosos a una sola causa general y última, la conveniencia o lucro de las partes.

Comentario: Nuestra jurisprudencia no ha escapado a las vacilaciones de la doctrina respecto de la noción de causa.

En la sentencia transcrita se acepta lo que podríamos denominar la doctrina clásica de la causa, que se caracteriza por el repudio a considerar los motivos psicológicos como causa. La misma idea manifiesta la Corte Suprema el 10 de septiembre de 1924 (Rev., tomo XXIV, seg. parte, secc. primera, pág. 678), al decir: La causa de un contrato es el interés jurídico que induce a las partes a contratar, interés que es distinto e independiente del móvil utilitario y subjetivo que hayan podido tener en cuenta al momento de celebrar el contrato.

Así, en los contratos bilaterales la causa para una de las partes la constituye la obligación contraída por la otra. La Corte de Valdivia, el 30 de diciembre de 1947 (Rev., tomo 48, seg. parte, secc. primera, pág. 171), dice: siendo la compraventa un contrato bilateral, la causa para cada parte está constituida por la obligación contraída por la otra parte, siendo éste el interés que las induce a contratar.

En otra sentencia, la del 11 de septiembre de 1922 (Rev., tomo 21, seg. parte, secc. primera, pág. 973), la Corte Suprema, repudiando siempre considerar los motivos, parece aceptar la doctrina de Capitant, pues al referirse a la causa de la obligación del vendedor dice: puesto que el motivo que induce a éste a entregar la cosa vendida no es otro que el de llegar a obtener el precio que ha de pagarle por ella el comprador.

La Corte de Talca, el 26 de agosto de 1931 (Rev., tomo 30, seg. parte, secc. primera, pág. 1), acepta claramente la doctrina del citado jurisconsulto, expresándose en los siguientes términos: En los contratos bilaterales cada parte se obliga teniendo como fin jurídico, como causa, el obtener la prestación consentida por la otra parte.

Porque ya lo dice Capitant, el fin que persigue una parte no es la obligación de la otra que interviene simultáneamente con la suya, sino el cumplimiento de esta obligación, es decir, de la prestación que se le ha prometido, en un contrato sinalagmático, por ejemplo, la causa que determina a obligarse a las dos partes es la voluntad de obtener la realización de la prestación que le ha sido prometida en cambio; y, por último, este análisis de la causa difiere, sin duda, algo del que acostumbran hacer los civilistas, pero nos parece que no se le puede censurar de inexacto. Por lo menos no innova nada, ni es inédito tampoco, pues se le encuentra en un importante estudio de M. Lobbé, y aparece igualmente en numerosas resoluciones de jurisprudencia. El 3 de marzo de 1980 (Rev., tomo 78, seg. parte, secc. segunda, pág. 1), la Corte de Temuco, en sus razonamientos y en lo pertinente, resume la tesis de Capitant para resolver. Dice que el fin, elemento esencial de la manifestación de voluntad del contratante, es la verdadera causa de la obligación.

Curiosamente a lo sostenido en las sentencias citadas, no faltan decisiones de nuestro más alto tribunal que recurren a los motivos psicológicos que han tenido las partes al contratar, para justificar la causa.

Tal es la del 1 de octubre de 1918 (Rev., tomo 16, seg. parte, secc. primera, pág. 257), que anula por causa ilícita el contrato celebrado entre el deudor ejecutado y un tercero para alterar el verdadero precio de la subasta del bien embargado por medio de maniobras extrañas y perjudiciales para el ejecutante, convenidas y llevadas a cabo subrepticamente.

Asimismo, en otra ocasión se anularon unos contratos celebrados por el marido por carecer de causa real y lícita, si ellos tenían por objeto vender bienes de la sociedad en forma simulada para burlar los derechos del otro cónyuge: sentencia de 9 de mayo de 1925 (Rev., tomo 23, seg. parte, secc. primera, pág. 175). Es la tendencia jurisprudencial a dar consideración de causa a los motivos cuando éstos son ilícitos o inmorales. Es lo que se acostumbra a denominar causaliación de los motivos o motivos causalizados. Ellos se encuentran en el fallo de 12 de noviembre de 1968 (Rev., seg. parte, secc. primera, pág. 344). La causa objetivamente considerada era moral y lícita, pero no los motivos que impulsaron a la celebración de la compraventa.

En nuestro concepto, toda decisión de los tribunales que para considerar la causa tome en cuenta los motivos psicológicos es perfectamente legal, porque el art.1467 del CC al definir la causa sólo habla de motivo, y son muy discutibles la conveniencia y la fidelidad de reconstruir el pensamiento del legislador al agregarle la palabra jurídico, como lo hacen algunos intérpretes.

La materia de la causa es una de las más oscuras del Derecho Civil. Se ha dicho que es materia incandescente. Pugliatti expresa que la causa es un tema respecto del cual el único resultado positivo y cierto que la doctrina ha conseguido hasta hoy es éste: que se usa en el lenguaje jurídico común en término de cual es difícil precisar el resultado.

En nuestro país, como conclusiones, Ricardo Hevia en su obra Concepto y función de la causa en el Código Civil chileno (pág. 117), señala lo siguiente:

1. - La causa, como requisito de validez del acto jurídico, es el móvil o motivo concreto que induce al acto jurídico, y cuya licitud es indispensable para que el acto no esté viciado de nulidad absoluta.
2. - Siendo la causa aquel motivo que induce al acto, y no el conjunto de las motivaciones concurrentes, es necesario identificar el motivo inductor o determinante: éste es el fin perseguido.
3. - El motivo inductor es subjetivo en cuanto es el verdadero fin que el sujeto persigue, y no el que el ordenamiento pudiera asignara -objetivamente- al acto.

Pero dicho motivo debe exteriorizarse, manifestarse de un modo perceptible; en primer lugar, por una obvia razón de técnica jurídica, y, en segundo lugar, porque se exige su licitud, y esta última noción se define en relación con ciertas realidades -ley, buenas costumbres, orden público- que no pueden ser menoscabadas sino por su comportamiento, en ningún caso por un fenómeno puramente intelectual.

- 4.- Si la causa es el móvil inductor o fin concreto, no puede jamás faltar, y por tanto es absurdo exigir su presencia, pues todo acto jurídico obedece a algún móvil, por caprichoso que sea. Por consiguiente, que la causa deba ser real, como lo exige el Código, no implica una exigencia de la existencia de la causa, sino que significa que el móvil debe tener un carácter realmente inductor, verdaderamente determinante, lo cual se explica porque es necesario identificar el móvil-fin entre los demás motivos. La causa es el motivo que realmente induce al acto.
- 5.- Lo que tradicionalmente se llama ausencia de causa se refiere a una noción distinta de la que el Código define en el art. 1467. Lo que equivale a afirmar la equivocidad del término (del término, no del concepto): subjetivamente, por causa se entiende el motivo (o fin subjetivo concreto) que induce al acto; objetivamente, el fundamento del pago (o deuda civil o natural). La ausencia de causa se refiere a este último concepto, como lo revela el ejemplo del Código (art. 1467).

- 6.- El fundamento (causa en sentido objetivo) no se exige bajo la pena de nulidad, sino de repetición de lo pagado; su ausencia, en la medida en que se paga por error, constituye el cuasicontrato del pago de lo no debido; si no hay error en el pago, se presume una donación. La licitud del motivo inductor (causa en sentido subjetivo, o causa propiamente tal, o causa del acto jurídico) se exige, en cambio, bajo pena de nulidad absoluta.
- 7.- El error en materia de pago de lo no debido se refiere al hecho de la existencia del fundamento (deuda); nace entonces una acción de repetición (condictio indebiti), completamente independiente de la nulidad. El error en la teoría de la causa no versa sobre la existencia del motivo, pues éste siempre existe, sino sobre la correspondencia del motivo con la realidad; y hay dos hipótesis expresas de error dirimente que recaen en la causa como motivo: el error sobre la calidad accidental o secundaria de la cosa objeto del acto y el error sobre la persona, siempre que una y otra sean el motivo principal o inductor, es decir, la causa; si se configura el error en la causa o motivo principal, el acto estará viciado de nulidad relativa.
- 8.- Si bien el término causa es equívoco (motivo, fundamento), el concepto de causa del acto es unívoco y unitario: es el motivo que induce al acto o contrato.
- 9.- La causa clásica o causa de las obligaciones (erróneamente llamada causa final) ha agotado su interés normativo, pues su función puede ser mejor cumplida por otras instituciones. Lo que actualmente importa es poner en primer plano la exigencia de la licitud del motivo o fin concreto.

La causa en el Código Civil.

Arts. 1445, 1467, 1468 y 1682.

El art. 1445 la señala como elemento del acto o contrato. El art. 1467 parte de presupuesto que la causa es un requisito de existencia y validez del acto o contrato.

Art. 1467:

Los autores chilenos sostienen en su mayoría que el CC sigue la teoría clásica de la causa, fundamentan su opinión en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, puesto que a la época de la dictación del CC la doctrina imperante era la teoría clásica que consideraba como causa al motivo jurídico.

Esto se desprende también del inc.3 del art. 1467, cuando señala que la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente, con lo cual se está ajustando estrictamente a los postulados de la teoría clásica en materia de actos a título gratuito. Los ejemplos que da este mismo inc. también coinciden con la doctrina clásica.

Por último, se señala como argumento que el CC no puede haber contemplado la teoría de los móviles psicológicos, puesto que esta teoría es posterior al CC.

Sin embargo, hay autores que estiman que el CC sigue la doctrina de los móviles o motivos psicológicos, puesto que así lo deja entrever la redacción del art.1467 inc.2, con la expresión motivo de este inciso se estaría refiriendo al móvil individual y personal del contratante.

Características:

1. - Debe ser real: es decir, que debe existir o debe tener causa, ya que es un elemento del acto o contrato. Si carece de causa falta un elemento del acto o contrato y por tanto, el acto sería inexistente o nulo absolutamente, así por ejemplo: la compraventa de la cosa que no existe teóricamente carecería de causa; del mismo modo, el arrendamiento en que no hubiera obligación de pagar la renta de arrendamiento por parte del arrendatario; asimismo ocurre con la compraventa de cosa propia y con la compraventa en que no se establece precio.

La Corte Suprema dijo que no había contrato de mutuo por falta de causa, ya que el mutuante no entrega el dinero al mutuario (Rev., tomo 31, seg. parte, secc. primera, pág. 201).

No debe confundirse a la carencia de causa con la causa simulada, esta última es aquella que no corresponde a la realidad. Se presenta en aquellos casos en que se atribuye a un contrato una causa distinta de la que en realidad tiene.

A este contrato se le atribuye una causa distinta de la que en realidad tiene. Este contrato tiene una causa real, que es la causa oculta, y ese contrato será eficaz a menos que la causa sea ilícita.

2.- No es necesario expresarla: esta frase significa que los actos o contratos se presumen causados, luego, corresponderá probar su falta a aquel que la alega.

La regla general es que en los actos aparezca de manifiesto la causa, o bien, ella se manifieste, estos son los actos causados.

3.- Que sea lícita: el CC nos dice que es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres y al orden público. Respecto de la causa ilícita contraria a la ley, no hay casos de esta situación en el CC.

Sin embargo, respecto de los objetos ilícitos prohibidos por la ley si hay casos (art. 1466). En el proyecto del CC se entendía este art. como causa ilícita contraria a la ley, pero en su texto definitivo se adoptó que estos casos de causa ilícita quedaban como objeto ilícito.

Las causas ilícitas se asocian generalmente con los objetos ilícitos; por ejemplo: en el pacto de sucesión futura se señala que adolece de objeto ilícito, pero también contempla a la causa ilícita.

El inc. final del art. 1467 da ejemplos de causa ilícita y de falta de causa:

- a) la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa: por ejemplo, al morir el padre de A, éste se obliga a pagar una deuda de su padre, pero esta deuda ya estaba pagada. Tal caso carece de causa. Según algunos comentaristas aquí hay un concepto equivocado, habría un error en la causa.
- b) la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita. Esta causa ilícita tiene gran importancia en la moralización del acto jurídico, y así negocios que fueron impecables e inobjetables desde el punto de vista de la estructura del acto jurídico, podría ser revisado por el juez haciendo uso de esta noción de causa ilícita.

Casos de causa ilícita tomados de la doctrina y jurisprudencia francesa:

- 1.- el pago para continuar con la relación concubinal.
- 2.- El pago para no denunciar un delito.
- 3.- La convención en que una persona se le paga para que concurra a un remate o subasta pública.
- 4.- La promesa de pago al novio para que termine el noviazgo.

El art. 1468 señala que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Declarada la nulidad de un acto jurídico o contrato, su efecto entre las partes es de volver al estado anterior a la celebración del acto o contrato, y por esto deben proceder a las restituciones recíprocas.

Si se declara la nulidad por objeto o causa ilícita respecto del contratante que celebra el acto o contrato a sabiendas de que el acto adolecía de objeto o causa ilícita, la ley lo castiga y no le permite la restitución, es decir, lo priva de la restitución de lo que hubiese dado o pagado.

Es una sanción al contratante que actúa maliciosamente, al que se le aplica el adagio no es digno de ser escuchado aquel que invoca su propio dolo o torpeza.

Si el negocio adolece de causa ilícita no podrá restituirse lo que se haya pagado o dado siempre que el contratante haya actuado dolosamente a sabiendas de la causa ilícita del contrato; si no sabe de esta causa ilícita, procederá la restitución de lo dado o pagado. El que imputa la mala fe debe probarla.

Actos jurídicos abstractos.

Hay ciertos actos jurídicos que tienen perfecta y plena eficacia jurídica, independientemente de la causa que los ha generado. Como dice la doctrina, ciertos negocios que se denominan abstractos que valen separados o independientemente de su causa.

Están fundamentalmente representados por los títulos de crédito, por ejemplo: cheques, letras, pagarés.

Es un acto jurídico en que el girador autoriza que se pague una cantidad de dinero estipulado en el documento a su tomador. Este cheque constituye un acto jurídico abstracto, porque vale o produce sus efectos independientemente de la causa que lo generó.

El acto jurídico abstracto no es que carezca de causa, pero lo que sucede es que se independiza de su causa.

Si no se cumple el contrato podría negarse a pagar el precio ? Entre las partes ese cheque sigue siendo causado y es frente a terceros, cuando entra a circular el título de crédito, el cheque se independiza de su causa.

Entre las partes no puede hacerse valer el carácter de abstracto, y entre éstos puede discutirse la existencia de la causa.

Algunos autores contraponen a los actos jurídicos abstractos a los actos causales, pero no sería efectivo ya que estos actos abstractos tienen causa, lo que acontece es que se separa o independiza de su causa.

Un importante sector de la doctrina incluye en estos actos abstractos a algunas cauciones como la fianza y la hipoteca.

Las Solemnidades.

Terminología: Hay autores que diferencian la solemnidad de la formalidad; en efecto, para algunos tratadistas, la solemnidad es el género, la formalidad la especie y viceversa. Para otros, formalidad y solemnidad son términos sinónimos y consisten en las exterioridades perceptibles para los sentidos en que se materializa o concreta y consta la voluntad.

Nuestro Código emplea indistintamente ambas expresiones, esto aparece claramente en el art. 1443 cuando señala que el contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales.

La regla general es que la sola voluntad o consentimiento manifestada de cualquier forma (verbal o escrita), es suficiente para que el acto jurídico sea perfecto; no requiriendo de solemnidad alguna para su perfección. Sólo interesa que la voluntad sea exteriorizada. Este es el principio dominante en el CC.

Sin embargo, en ciertos casos, la sola manifestación de voluntad no es suficiente para la perfección del acto, por lo que la ley, en atención a la naturaleza del acto que se celebra, exige que la manifestación de voluntad sea hecha con ciertas solemnidades, que de no cumplirse hacen que el acto no produzca ningún efecto civil. Así la solemnidad es la forma como debe manifestarse la voluntad según la ley.

Las solemnidades son de interpretación restrictiva, no admitiéndose extender su aplicación por analogía a otros casos donde exista alguna similitud, pero donde la ley no las exija expresamente.

Ejemplo: el contrato de compraventa, por regla general es consensual. Desde que hay acuerdo en precio y cosa, el acto se perfecciona con la sola manifestación de voluntad. No obstante lo anterior, en ciertos casos la manifestación de voluntad debe hacerse con ciertas formalidades exigidas en atención a la naturaleza del acto que se celebra, como en el contrato de compraventa de bienes raíces, donde la solemnidad exigida por la ley es la escritura pública.

El art.1443 se refiere a las solemnidades especiales, ya que la ley señala expresamente para cada caso. Ejemplos:

- a) La escrituración: El art.1554 expresa, la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes, N°1 - Que la promesa conste por escrito...
- b) La escritura pública (compraventa de un bien raíz art.1801 inc.2).

- c) El instrumento público. Instrumento público o auténtico es el otorgado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública. (art.1699).

- d) Presencia de ciertos funcionarios y testigos; por ejemplo el matrimonio, cuya celebración requiere la presencia del oficial del Registro Civil y dos testigos.
- e) Según algunos autores también constituyen solemnidades la inscripción del usufructo y del derecho real de hipoteca a que se refieren los arts.2409 y 2410, la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca, y la del contrato a que acceda. (2409).

La hipoteca deberá además de ser inscrita en el Registro Conservatorio; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción. (2410).

Principales actos jurídicos solemnes:

- a) el matrimonio (art.102),
- b) el reconocimiento de un hijo (art. 272),
- c) la constitución de un fideicomiso (art. 735),
- d) el testamento (art.999),
- e) el pacto de no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras (art. 1204)
- f) la donación de bienes raíces (art. 1400)
- g) las capitulaciones matrimoniales (art. 1716)
- h) el pacto de sustitución del régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total o participación en los gananciales. (art.1723)
- i) la compraventa de bienes raíces, servidumbres, censos y de una sucesión hereditaria (art. 1801)
- j) la constitución de hipoteca (art. 2409).

Justificación del acto solemne.

1.- Los actos solemnes se prueban por sí mismos La solemnidad del acto facilita la prueba, en términos que si no se ha cumplido con la solemnidad exigida por la ley, no habrá forma de probar el acto, por ejemplo: la compraventa de un bien raíz puede probarse por su solemnidad, la escritura pública.

Al respecto, el art.1701 inc.1 expresa 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 aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno. Sin embargo en los arts. 305 y 309 se contemplan dos excepciones, la primera de ellas señala que el estado civil de casado o viudo, y de padre o hijo legítimo, podrá probarse por las respectivas partidas de matrimonio, de nacimiento o bautismo, y de muerte; el art. 309 señala que la falta de los referidos documentos podrá suplirse en caso necesario por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas por la notoria posesión de ese estado civil.

2.- Protección de terceros: Al ser externa la solemnidad, pone en conocimiento de terceros la celebración del acto.

3.- Para algunos, la exigencia de la solemnidad, da más tiempo a los celebrantes del negocio para que reflexionen acerca del mismo.

Omisión de solemnidades.

El art.1443 prescribe que el acto que adolece de solemnidades no produce ningún efecto civil.

Según el art.1681 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. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Asimismo, el art.1682 establece que 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. ya que al faltar la solemnidad, falta la voluntad. Como ejemplo de esto se puede citar el art.1801.

Claro Solar sostiene que la omisión de la formalidad produce la inexistencia del acto, lo que no es otra cosa que la carencia de efectos civiles (art.1443), que no es lo mismo que la nulidad absoluta.

Actos solemnes por determinación de las partes.

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, esto en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Así sucede con el arrendamiento (art.1921) y con la compraventa de cosas muebles (art.1802) cuando se pactan que se harán por escrito.

Dice el art.1802: Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inc.2 del artículo precedente 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.

El art. 1921 señala: 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; si intervienen arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa.

Pero un acto solemne no es lo mismo por mandato de la ley que por voluntad de las partes. Mientras en el primer caso la omisión de las solemnidades acarrea la nulidad absoluta o inexistencia del acto, en el segundo caso el acto puede producir efectos aún cuando falten las solemnidades, si se ejecutan hechos que importen renuncia de éstas.

La sanción para el caso de infracción de la solemnidad acordada por las partes, será la que hayan determinado las mismas, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. En ningún caso será la nulidad.

Otras formalidades que exige la ley, cuya omisión no acarrea la nulidad del acto.

En ciertos casos, la ley exige la concurrencia de ciertas formalidades con distinta finalidad. Algunos autores distinguen entre solemnidades propiamente tales y otras.

Cabe distinguir las formalidades habilitantes, la formalidades “ ad approbationem” o por vía de prueba y las medidas de publicidad. Cada una produce, respectivamente, nulidad relativa, privación de un medio de prueba, responsabilidad pecuniaria e inoponibilidad respecto de terceros.

1.- Formalidades habilitantes:

Son requisitos que la ley, velando por los intereses de los incapaces, exige para la validez o eficacia de ciertos actos 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 falta de poder.

Ejemplos:

- *autorización*: es el permiso que da el representante legal de un incapaz o la autorización para que éste celebre un acto jurídico:

la autorización judicial respecto de los incapaces, como el art.255 con respecto a los menores, el art.1754 con respecto de la mujer, y el art.393 con respecto de los tutores en relación con los pupilos.

- *pública subasta*, arts.393 y 394.
- *la asistencia*, que no es sino la concurrencia del representante legal al acto que el incapaz celebra, colocándose jurídicamente al lado de éste, por ejemplo el art.413 inc.1 segunda parte.
- *la homologación*, que es la aprobación por la autoridad judicial de un acto ya celebrado, previo control de su legitimidad, por ejemplo el art.1342.

Sanción a la falta de formalidad habilitante.

La inobservancia de la formalidad habilitante está sancionada con la nulidad relativa del acto o contrato, según resulta de los arts. 1681 y 1682 formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

2.- Formalidades por vía de prueba o “ad probationem”:

Se denominan formas aquellas solemnidades en que se persigue únicamente obtener la constatación del acto celebrado.

Así, el art.1708 establece que No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito. El art.1709 agrega: Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.

Sanción a la falta de formalidad por vía de prueba:

Si no se emplean estas formalidades, el legislador priva al acto de determinado medio de prueba. Esto no obsta a que el acto pueda probarse por otros medios, en el ejemplo anterior, mediante prueba confesional.

3.- Formalidades por vía de publicidad:

Son aquellas solemnidades que tienen por objeto la divulgación de la celebración del acto jurídico, es decir, con el fin que sea oponible a terceros. No solamente se divulga la celebración de actos jurídicos propiamente tales, sino que la concurrencia de hechos que modifican la capacidad o estado de la persona.

Como ejemplo se pueden ver los arts.447 y 461 del CC, relativos a la interdicción del pródigo y del demente, y el N.4 del art.4 y el art.8 de la ley 4808 sobre Registro Civil, respecto de sucesos que influyen en el estado civil de las personas. (Pescio, Victorio; Manual de Derecho Civil, tomo II, pág. 180 y sgtes.).

De esta forma, existen dos tipos de formalidades por vía de publicidad, que son:

- a) Formalidades de simple noticia: son las que tienen por objeto poner en conocimiento de terceros la realización de un acto.
- b) Formalidades substanciales: no sólo persiguen publicitar la celebración de un acto, sino que también proteger a los terceros interesados, es decir, aquellos que están o estarán en relación con las partes.

El ejemplo clásico es el que se ofrece a propósito de la cesión de un crédito personal en que se produce nítidamente la sucesión de dos etapas:

- a) mientras no se haga la entrega del título, la cesión no produce efectos ni siquiera entre el cedente y el cesionario (art.1901);
- b) verificada esa entrega, la cesión no produce efecto respecto del deudor ni de terceros mientras aquél no ha sido notificado de la cesión o la haya aceptado (art.1902). La notificación de la cesión es un requisito de publicidad para que pueda afectar a terceros.

También se cita como caso de aplicación el del art.1707: 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._

Otros ejemplos en que el acto jurídico es provisoriamente estéril, tanto respecto de las partes cuanto de terceros es en la falta de subscripción, al margen de la respectiva inscripción matrimonial, del pacto otorgado por escritura pública en que los cónyuges substituyen el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total o participación de los gananciales; este no surtirá efecto ni entre las partes ni respecto de terceros (art.1723 inc.2). Idéntica situación se ofrece en la adopción, según lo prescribe el art. 13 de la ley 7613.

En otros casos, la falta de formalidad, determina que el acto no pueda invocarse ni hacerse valer en juicio. El art.8 inc.1 de la ley 4808 sobre Registro Civil expresa que: Las sentencias judiciales y los instrumentos que, en conformidad a esta ley, deben ser inscritos en los registros, no podrán hacerse valer en juicio sin que haya precedido la inscripción que corresponda. Se comprende en esta situación, el reconocimiento de un hijo natural, la sentencia que declara la nulidad de matrimonio, etc.

Sanción a la falta de medidas de publicidad.

Las consecuencias de la omisión de las formalidades referidas produce la inoponibilidad, que consiste en la ineficacia del acto respecto de terceros.

4.- Existe un cuarto tipo de formalidades que persiguen fines distintos al derecho civil, así por ejemplo, aquellas que tienen por finalidad garantizar el pago del impuesto al valor agregado. Se llaman formalidades fiscales.

Modalidades de los Actos Jurídicos.

Las modalidades no son requisitos legales del acto, sino que son introducidas por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que viene a alterar el efecto propio del acto jurídico, sea en relación al nacimiento, exigibilidad o extinción del acto que pueda nacer.

Se denominan elementos puramente accidentales. Si el acto no está sujeto a esta modalidades, será puro y simple. Introducido el elemento accidental, ya no se lo puede excluir del acto o contrato.

Respecto de las modalidades se mencionan diversos objetivos que éstas pueden pretender. Hay algunos que miran a la eficacia del acto jurídico, tales son la condición, el plazo y el modo. Hay otras modalidades que miran a los efectos del negocio, aquí estaría la representación. Hay otras que miran al objeto del acto o contrato; hay otras que miran a los sujetos de la relación jurídica, tal es el caso de las obligaciones solidarias e indivisibles.

Características:

- Son accidentales: deben ser incorporados por las partes.
- Son excepcionales: requieren de la expresión particular de las partes. Por excepción hay modalidades que proceden o son una consecuencia de la naturaleza del acto o contrato o porque derechamente son impuestas por la ley, es el caso de la condición resolutoria tácita (art. 1489) y el caso del fideicomiso (art. 738). En estos casos, las modalidades se podrían asimilar perfectamente a los elementos de la naturaleza del acto o contrato.
- No son un requisito de existencia ni de validez de los actos jurídicos: excepcionalmente hay modalidades que son requisitos esenciales del acto jurídico, tal es el caso de el plazo y la condición en el contrato de promesa (art. 1554).
- No se presumen: es necesario que las partes las hayan acordado expresamente.

Procedencia de las modalidades:

Se debe distinguir entre los actos de familia y los actos patrimoniales.

En los actos de familia, los efectos de tales actos no dependen de la voluntad de las partes, estos efectos están señalados por el legislador y ellos no pueden ser alterados por las partes. La regla general es que en materia de familia no proceden las modalidades.

En materia patrimonial la regla es inversa, porque en ella se aplica plenamente el principio de que se puede hacer todo lo que la ley no prohíba. Excepcionalmente hay casos en que se prohíbe pactar modalidades.

Así por ejemplo, el art. 1192 señala que la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno; de la misma manera, el art. 1227 señala, con respecto a la aceptación y repudiación del testamento, que no se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día.

El CC no se ocupa sistemáticamente de las modalidades, hay dos partes del CC en que se refiere a las modalidades: en el Libro III, título IV, arts. 1070 a 1096; y en el Libro IV, títulos IV y V, arts. 1473 a 1498.

A.- Condición: (arts. 1070 y 1473).

Es un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho.

El acto jurídico existe y es válido, pero el nacimiento del derecho o su extinción está sujeto a la verificación de un hecho condicional.

Elementos:

- Hecho futuro: de esto se desprende que ni el hecho futuro ni el pasado pueden ser sujetos de condición.
- Incierto: que el hecho puede ocurrir o no. La condición puede ser suspensiva o extintiva.

B.- Plazo: (art. 1080 y 1494).

Es un hecho futuro y cierto del cual depende la exigibilidad del derecho o la extinción del acto.

Elementos:

- Hecho futuro: este hecho se realiza con posterioridad al acto o contrato.
- Cierto: que se sabe que va a acaecer.

El plazo puede ser suspensivo o resolutorio. Es suspensivo aquel que suspende la exigibilidad de un derecho. Es resolutorio

aquel que pone término o extingue un derecho.

C.- Modo: (art. 1089).

Es propio de las donaciones entre vivos y de las asignaciones testamentarias.

Se señala en el art. 1089 que si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertos actos o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.

Finalmente, se puede decir que el modo es el fin especial al cual debe ser aplicado el objeto que se asigna por el negocio jurídico.

La representación

La doctrina mayoritaria considera a la representación como modalidad de los actos jurídicos.

Cuando se celebra un acto jurídico, la voluntad tiene que manifestarse. Esa voluntad puede manifestarse personalmente o a través de otra persona.

Existe representación entonces, cuando un acto jurídico es celebrado por una persona en nombre y por cuenta de otra, en condiciones tales que los efectos se producen directa e inmediatamente para el representado, como si este mismo hubiera celebrado el acto.

El art. 1448 señala que 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.

Esta figura tiene una gran utilidad práctica, especialmente en estos tiempos, porque:

- Permite celebrar un acto jurídico cuando hay imposibilidad para el interesado de encontrarse en el lugar en que el acto debe concluirse.

- Hay incapaces que no pueden ejercitar por sí mismos los derechos que les pertenecen porque les falta el discernimiento necesario; en este caso, la ley les nombra un representante que obra por cuenta de ellos.
- Muchas veces se emplea la representación por una simple razón de utilidad o de orden económico.

Naturaleza jurídica de la representación.

1. - Teoría de la ficción: 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 abandonada, sobre todo porque resulta impotente para explicar casos de representación legal como el del demente e impúber. Es imposible admitir que el representante expresa la voluntad de éstos, ya que la ley les da precisamente tutor o curador porque carecen de voluntad.

2.- Teoría del nuncio o emisario: (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, es negarle su calidad de representante. Además, mal puede transmitir éste una voluntad que no existe, como en el caso del impúber o demente.

3.- Teoría de la cooperación de voluntades: (Mitteis) Dice que la representación se explica por la cooperación de voluntades del representante y representado, concurriendo ambas a 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 anteriores 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: Ha sido desarrollada por Lévy Ullman, quien, fundándose en la teoría de Pilon, afirma que la representación es una modalidad del acto jurídico en virtud de la cual los efectos del acto celebrado por una persona (el representante) en nombre de otra (el representado) se radican directa e inmediatamente en la persona del representado. Es decir, es la voluntad del representante la que participa real y efectivamente en la celebración del acto jurídico, pero los efectos de este acto se van a producir en el representado.

Según los defensores de esta 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 del acto afecten a quien lo celebra, y como tratándose de la representación ocurre que las consecuencias afectan a otro, resulta explicable que se la considere una modalidad del acto jurídico.

Esta teoría es criticada puesto que sería inexacta desde su punto de partida y carece de valor si se considera su contenido mismo. Desde luego, sus partidarios se han visto obligados a cambiar el tradicional concepto de modalidad para poder encajar la representación dentro de sus límites. En efecto, dicho concepto era definido como la designación de un acontecimiento futuro, especificado por las partes, y de cuya realización dependen los efectos del acto. Pero los defensores de esta teoría han ideado una nueva fórmula al decir que la modalidad es uno de los elementos accidentales que pueden afectar al acto por mandato de la ley o por voluntad de las partes.

Se critica también porque la modalidad introducida por la ley estaría basada en la voluntad presunta de las partes.

Y mal se puede hablar de voluntad presunta de las partes, ya que éstos la manifiestan por hechos exteriores.

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).

Lo que debe tenerse presente es que el mandato y la facultad de representación son diferentes.. En el mandato existe una relación contractual en virtud de la cual una de las partes resulta obligada a realizar determinado negocio, que le fue encomendado por la otra parte. El poder de representación, en cambio, es una manifestación de voluntad para que los actos de una persona puedan afectar a otra.

El mandato es una relación contractual que supone necesariamente el acuerdo de voluntad entre el mandante y el mandatario; el otorgamiento de poder, en cambio, es un acto jurídico unilateral, por el cual una persona confiere a la otra la facultad de representarla.

La representación es independiente del mandato. Este puede existir sin que haya representación, sin que el mandatario obre a nombre del mandante, sino en el suyo propio, y a la inversa, puede haber representación sin mandato, como en el caso de la representación legal o en la agencia oficiosa, que es un cuasicontrato en el cual una persona administra sin mandato los negocios de otra, contrayendo obligaciones con ésta y obligándola en ciertos casos.

La representación es un elemento de la naturaleza del mandato. Esta representación procede prácticamente en todos los actos jurídicos. La regla general es que se puede realizar cualquier acto jurídico por medio de un representante. Hace excepción a esto el testamento, el cual no admite representación, siempre deberá realizarse personalmente por el testador (art. 1004).

Fuentes de la representación.

La representación puede tener su origen en la voluntad de las partes o en la ley. Hay casos en que el representante es designado por el juez, pero aquí no estamos ante una representación judicial, porque es la ley la que otorga la facultad para hacer la designación, el juez sólo determinará quien desempeñará el cargo de representante; así sucede con los curadores dativos, designados por la justicia. El art. 43 confirma esto al señalar entre los representantes legales a los curadores y tutores.

Clasificación de la representación:

1. - Representación legal o forzada: es la que establece la ley. Llámense 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, modificado por la ley 7612, cita los casos más comunes de representantes legales de una persona: el padre o madre legítimos, el adoptante o su tutor o curador.

Este art. 43 no es taxativo, puesto que hay otros representantes. 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 (art. 659).

2.- Representación voluntaria: es la que emana de la voluntad de las partes. Puede tener su origen en el mandato o en el cuasi contrato de agencia oficiosa (art.2286).

En este último caso se pueden dar dos situaciones:

- a) cuando el interesado (aquella persona cuyos negocios fueron administrados) ratifica todo lo obrado por el agente. Este sería un caso de representación voluntaria, porque el interesado de propia voluntad hace suyo todo lo obrado por el agente.
- b) el interesado no ratifica y el negocio le ha resultado útil, debe realizar las obligaciones contraídas por el gerente (art. 2290); hay aquí representación legal porque es la ley la que impone al interesado el cumplimiento de la obligación contraída por el gerente en la gestión.

Requisitos de la representación:

- 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, como lo dice el art. 1448: es él quien ejecuta un acto a nombre de otra persona.

El problema se plantea en relación a determinar quien concurre a la celebración del acto debe ser plenamente capaz.

La doctrina y la jurisprudencia estiman que basta que el representante tenga capacidad relativa, pues el acto no va a comprometer su patrimonio, sino 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).

Tratándose de la representación voluntaria, la que sólo puede emanar del mandato, hay que distinguir dos casos:

- a) celebración del contrato de mandato: si una de las partes es incapaz relativa debe cumplir con las formalidades habilitantes.
- b) acto que realice el mandante: no es necesario que se cumpla con las formalidades habilitantes.

2.- *Contemplatio domini*: 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. 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 tiene que tener poder de representación: esto es, la facultad dada por la ley o la convención para representar. Es lo que dice el art. 1448 y ratifica el art. 1160: Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla.

Efectos de la representación:

Todos los actos que el representante ejecute dentro de los límites del poder de representación serán oponibles al representado. Pero si excede su poder de representación, los actos serán inoponibles al representado. Lo mismo sucede cuando el representante ejecuta actos habiéndose extinguido su poder de representación.

Hay ciertos casos en que actuando incluso el representante con su poder extinguido, sus actos pueden obligar al representado, como sucede cuando ha ignorado la extinción del mandato y contrata con terceros de buena fe (art. 2173).

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, la que nada tiene que ver con la ratificación como medio de sanear la nulidad relativa de un acto.

De esta manera, se define a la ratificación como un acto jurídico unilateral en virtud del cual el representado aprueba lo hecho por el representante o lo que éste hizo excediendo las facultades que se le confirieron.

La ratificación se puede dar tanto en la representación voluntaria (art.2160), como en la representación legal, porque ella no se encuentra expresamente prohibida por la ley, y en derecho privado puede hacerse todo aquello que no está privado por la normativa legal.

La ratificación puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el representado en términos formales y explícitos manifiesta su voluntad de hacer suyo el acto ejecutado por el representante.

Es tácita 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, por ejemplo: si exige el cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato que ratifica.

Si el acto por ratificar es solemne, la ratificación también deberá ser solemne y deberán llenarse las mismas solemnidades que la ley exija para ejecutar el acto de que se trata.

Como la ratificación es un acto unilateral, declarada la voluntad en cualquiera de las formas, la ratificación surte efectos, aun cuando no sea conocida y aun cuando no sea aceptada.

Para que produzca sus efectos propios, basta únicamente la declaración de voluntad del representado, porque los actos unilaterales son aquellos que para generarse requieren de la manifestación de voluntad de una sola persona.

La ratificación debe emanar necesariamente del representado, sus herederos o representantes legales y, en todo caso, el que ratifica debe tener capacidad suficiente para ejecutar el acto a que se refiere la ratificación.

La ratificación puede hacerse en cualquier tiempo, 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 efectos por causas legales o de común acuerdo, porque los actos jurídicos unilaterales (con excepción del testamento) 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.

De esta manera se ha pronunciado la Corte Suprema el 26 de marzo de 1941 al expresar: no cabe la revocación unilateral de la ratificación que ha producido efectos respecto de terceros (Revista de Derecho y Jurisprudencia: tomo 39, secc. primera, pág. 12).

La nulidad.

Si no se cumplen con los requisitos de validez y de existencia, si se omite alguno de los requisitos del acto jurídico, la sanción que prevé la ley es la nulidad del acto.

El CC, en sus arts. 1681 y siguientes señala las normas por las que se rige la nulidad, que de acuerdo con las disposiciones referidas, determinan que esta puede ser absoluta o relativa.

Estas reglas, no obstante estar referidas a los actos jurídicos patrimoniales, y en particular a los contratos, son de aplicación general para toda clase de actos, salvo algunas reglas de carácter especial que la ley ha dado para determinados tipos de actos. Por ejemplo: hay normas especiales en materia de nulidad de matrimonio. Pero, fuera de estos casos excepcionales, se aplican las disposiciones del Código Civil.

Sin embargo, en doctrina, se agrega otra sanción, que es la inexistencia del acto o contrato cuando se omite alguno de los requisitos de existencia del acto o contrato.

La Inexistencia.

Se concibe como sanción para la omisión de los requisitos de existencia, es decir, la voluntad o consentimiento, el objeto, la causa y las solemnidades en su caso. Puede decirse que el acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, 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 o una sociedad sin que se ponga algo en común.

En efecto, si se omite alguno de estos requisitos, la sanción sería la nulidad absoluta del acto o contrato, pero los partidarios de la teoría de la inexistencia sostienen que el acto no ha nacido a la vida jurídica, y si no ha nacido a la vida jurídica, mal podríamos hablar de nulidad.

Esta doctrina tuvo su origen después de la dictación del Código de Napoleón, que consagró el principio de que no podía haber nulidad sin un texto expreso que la declarara. Algunos autores encontraban que había ciertos casos en que la infracción del precepto no estaba sancionada por la nulidad y resultaba que en esos casos quedaba sin sanción, así por ejemplo, el matrimonio de personas de un mismo sexo no era sancionado.

Esta teoría fue elaborada a principios del siglo XIX por el jurisconsulto alemán Zacharie, también participa en ella Rau y Aubert.

Comparación entre la nulidad y la inexistencia:

1. - La nulidad supone que el acto ha nacido, pero viciado, y requiere ser declarada por el tribunal.

La inexistencia no necesita ser declarada por el tribunal, porque ésta es la nada y al tribunal le basta que se constate que el acto es inexistente.

2.- El acto nulo produce plenamente sus efectos mientras no se declare su nulidad por sentencia. En cambio, si el acto es inexistente no produce efecto alguno.

3.- La inexistencia no puede sanearse por el transcurso del tiempo, puesto que es la nada, y la nada con el transcurso del tiempo no se puede transformar en algo. En cambio, la nulidad si que puede sanearse por el transcurso del tiempo, ya que el acto existía (esto es aplicable a la nulidad relativa).

4.- La inexistencia no puede ser ratificada o confirmada por la voluntad de las partes, porque la nada no puede mediante la confirmación devenir en existencia, la nada confirmada continúa siendo la nada. En cambio, la nulidad puede ser ratificada por la voluntad de las partes; tratándose de la nulidad absoluta no puede ser ratificada por la voluntad de las partes, pero las razones son otras, distintas del caso de inexistencia: en efecto, lo que sucede es que es una institución de orden público, establecida, no en interés de las partes, sino en el de la moral y la ley.

5.- La nulidad puede hacerse valer como acción o excepción; en cambio, la inexistencia sólo puede hacerse valer como excepción, porque equivale a la nada y la nada no puede ser objeto de una acción y constituir materia de un juicio.

6.- Finalmente, el acto nulo es susceptible de conversión; mientras que el acto inexistente no. La conversión consiste en que ciertos actos pueden subsistir como válidos pero con un carácter diferente. Tal es el caso del art. 1701 que indica:

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

El CC y la inexistencia

(En materia comercial, la actual ley de sociedades anónimas admite expresamente la inexistencia.)

En nuestro país, Luis Claro Solar y José Clemente Fabres sostienen que en el CC se distingue claramente la inexistencia de la nulidad. Fundan su opinión de la siguiente manera:

- El art. 1681 dice que es nulo todo acto o contrato en el cual se omiten los requisitos que la ley exige para el valor de ciertos actos, según su especie y la calidad o estado de las partes.
- El art. 1444 señala que si falta algún requisito esencial el acto no produce efecto alguno, es decir, es inexistente.
- El art. 1701 señala que los actos en que se omitan las solemnidades se mirarán como no ejecutados o celebrados, esto es, inexistente.
- Del mismo modo, el art. 1801 dice que la venta de los bienes raíces, servidumbres y censos y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.
- En el contrato de sociedad (art. 2055) expresa que no hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común.
- Lo mismo se puede señalar de los arts. 1460 y 1467.

En todos estos casos la ley ha ido diferenciando la inexistencia y el legislador no los calificó de nulos porque no existen.

Sin embargo, frente al texto legal, nos encontramos que la ley sólo regula la nulidad. En efecto, los arts. 1681 y 1682 (opinión de A. Alessandri) no hacen ninguna distinción y declaran como nulos los actos en que se han omitido tanto los requisitos de existencia como los requisitos de validez. Alessandri sostiene que los arts. 1681 y 1682 comprenden tanto a los requisitos de existencia como a los de validez. Por otro lado, el CC no ha regulado los efectos de la inexistencia, de manera que, aún cuando en doctrina se pudiera aceptar la teoría de la inexistencia, lo cierto es que dichos actos son nulos de nulidad absoluta.

Claro Solar dice que es cierto que el CC sólo reglamenta la nulidad, 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.

Alessandri señala que el art. 1682 da un argumento muy serio para confirmar que el CC no hace la distinción entre inexistencia y nulidad:

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos de los absolutamente incapaces. Si el CC aceptara la inexistencia, no pudo haber sancionado expresamente con la nulidad absoluta los actos de estos incapaces, porque en estos actos falta un requisito de existencia y la ley debió haber dicho que ese acto era inexistente y, en cambio, lo sancionó con la nulidad absoluta.

Claro Solar responde que en este caso es cierto que no hay voluntad, pero como estos absolutamente incapaces en algunas situaciones pudiera aparecer que aparentemente consiente, la ley prefirió sancionar sus actos con la nulidad absoluta.

La jurisprudencia chilena se ha inclinado por la teoría de Alessandri, y en caso de omisión de un requisito de existencia, ha sancionado el acto con la nulidad absoluta. Así por ejemplo, la Corte de Valparaíso señaló el 17 de septiembre de 1966 lo siguiente. La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos es aceptable en doctrina, porque, en efecto, sólo puede hablarse de una apariencia de acto, carente de eficacia y de efecto cuando no se dan los requisitos de existencia que la ley señala para que éste nazca a la vida jurídica. Así sucede cuando no concurren la voluntad, el consentimiento en los actos bilaterales, el objeto, la causa y las solemnidades. Pero la tesis de la inexistencia del acto jurídico es ajena a nuestro sistema legislativo y, en particular, al Código Civil chileno, que no la establece como causal de ineficacia, señalando en cambio otra sanción. Y ésta es precisamente la nulidad, para los casos de omisión de requisitos que la ley prescribe para la validez de ciertos actos y contratos.

Por consiguiente, carece de fundamento la petición en orden a declarar la inexistencia del acto jurídico cuestionado.

Existen casos aislados en que se ha aceptado la inexistencia. De esta manera falló la Corte de Santiago el 5 de diciembre de 1929, señalando lo siguiente: Careciendo de causa la obligación, ésta no puede calificarse de absolutamente nula, pues tal sanción corresponde a la causa lícita, pero no a la falta de causa; dicha obligación es inexistente, constituye la nada jurídica.

Cuestiones generales sobre la nulidad:

Concepto: es la sanción legal establecida por la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor del acto según su especie y el estado o calidad de las partes.

Se puede concluir que hay dos casos de nulidad: la absoluta y la relativa. La nulidad absoluta sería la sanción legal impuesta a la omisión de requisitos exigidos en consideración a la naturaleza o especie del acto.

La nulidad relativa es la sanción impuesta por la omisión de un requisito exigido en atención al estado o calidad de las partes.

Esta materia está tratada en el Libro IV del CC, título XX De la nulidad y la rescisión. Sin embargo, la rescisión está referida a la nulidad relativa y la nulidad propiamente tal está referida a la absoluta. No obstante, el CC confunde en algunos casos estos conceptos.

Esto es importante porque en materia judicial, si se acciona demandando la nulidad de un acto jurídico y se califica erróneamente la nulidad, el juez puede calificarla de relativa o absoluta. La petición de una nulidad determinada no le impide al juez declarar una nulidad distinta de la que se le pide.

Cabe señalar que la regla general es la nulidad relativa (art. 1682 inc. final).

La nulidad, sea absoluta o relativa, sólo produce sus efectos en virtud de sentencia judicial ejecutoriada.

Los efectos tanto de la nulidad absoluta como de la relativa son los mismos, no hay diferencias entre los efectos de la nulidad judicialmente declarada. Estos efectos son:

- volver las partes al estado que tenían antes de la celebración del acto nulo.
- realizar las restituciones recíprocas.

Las diferencias que existen entre la nulidad absoluta y relativa se hacen notar en cuanto a sus causales, a la alegación (titulares de la acción), a la declaración, al saneamiento y a su extensión.

Finalmente, el CC no tiene una teoría general y sistemática de la nulidad, sólo tiene las reglas del Libro IV que se refiere a los actos patrimoniales y, específicamente, a los contratos. Pero, estas reglas se han generalizado a los demás actos jurídicos, sin perjuicio de que en ciertas materias existan normas especiales, como es el caso de la nulidad matrimonial.

Pero cualquiera que sea el tipo de normas especiales, hay un principio fundamental, y es que la nulidad siempre requerirá de la sentencia judicial ejecutoriada.

Nulidad Absoluta. Art. 1683

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; 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; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.

Su fundamento está en el interés general, en las buenas costumbres y en la ley, por esto, es una institución de orden público. Ello explica que la acción nulidad pueda ser ejercida por el ministerio público que representa a la sociedad, y que el ministerio público pueda pedir la nulidad del contrato, aun a pesar de la voluntad de las partes.

Casos en que tiene lugar:

- 1.- Cuando falta un requisito de existencia, es decir, causa, voluntad, objeto o solemnidades.
- 2.- Objeto o causa ilícita.
- 3.- Actos de los absolutamente incapaces.
- 4.- Error esencial.

• Características:

1.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez: según el art. 1683, la nulidad puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

Por lo general, en materia civil el juez obra a requerimiento de parte, salvo los casos en que la ley lo faculta para proceder de oficio, uno de estos casos estaría constituido por la nulidad absoluta.

Con respecto a la expresión manifiesto se aplica el concepto que da el Diccionario de la Lengua, que 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 (Corte Suprema, 7 de abril de 1924, Revista de Derecho y Jurisprudencia: tomo 22, secc. primera, pág. 937).

2.- La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella: según el mismo art. 1683 la nulidad 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.

Se refiere al que tenga interés, al que le interese la nulidad del acto o contrato que le afecta y cuyos resultados propios le conviene eliminar (Corte Suprema, 2 de abril de 1941, Rev. de Derecho y Jurisprudencia: tomo 34, secc. primera, pág. 37). Por su parte, la Corte de Santiago señaló que no es necesario haber intervenido en el contrato cuya validez se impugna; basta tener interés en la nulidad absoluta (21 de agosto de 1939, Rev.: tomo 34, secc. primera, pág. 37).

La ley dice que puede alegar la nulidad todo el que tenga interés en ella, esto es, todo el que tenga interés pecuniario en que desaparezcan los efectos del acto o contrato nulo. La palabra interés se encuentra tomada en un sentido restringido, porque no cabe en esta materia un interés moral, como es el que motiva la intervención del ministerio público.

En los proyectos del CC, se decía que la nulidad absoluta podía alegarse por todo el que tenga un interés pecuniario en ello, pero la Comisión Revisora prefirió la redacción que daba Delvincourt a esta exigencia, sin haber entendido darle a la disposición un sentido más amplio del que tenía antes. Lo único que el cambio puede significar es que no se requiere que el interés pueda estar representado por una cantidad determinada. (L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil y comparado*, tomo XII, pág. 606).

La excepción a esta regla la señala el mismo art. 1683 cuando expresa que 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.

Según la Corte Suprema, este artículo distingue dos situaciones perfectamente definidas: la primera relativa al conocimiento personal de ese vicio por el que ejecuta el acto o celebra el contrato, expresado en la palabra sabiendo, y la segunda relativa a la obligación conocerlo en virtud de deducirse del contexto de otros preceptos legales, situación expresada en las palabras debiendo conocerlo.

Al disponer el art. 1683 que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, exige que concurren los siguientes requisitos: a) que el interés exista al tiempo de producirse la nulidad, o sea, al producirse la infracción que lleva consigo esa sanción; b) que ese interés, que nace de la lesión o perjuicio producido por la infracción, tenga en éste su causa jurídica y necesaria. De esta manera se expresó la Corte Suprema el 21 de agosto de 1940 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*: t. 39, secc. primera, pág. 37).

Para incurrir en la sanción de no poder alegar la nulidad absoluta no basta el conocimiento presunto de la ley a que se prefiere el art. 8 del CC; es necesario el conocimiento real y efectivo del vicio que invalidaba el acto (Corte Suprema, 26 de abril de 1934. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: t. 31, secc. primera, pág. 337). La misma idea del legislador aparece en el art. 1468 que al decir que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado para un objeto o causa ilícita a sabiendas, con esta última expresión se refiere al conocimiento real y efectivo de la ilicitud de la causa u objeto; no basta el conocimiento presunto que se supone de la ley que puede dar origen a esa ilicitud (Corte Suprema, 5 de nov. de 1940. *Revista*: t. 37, secc. primera, pág. 417).

Supongamos que una persona contrata por intermedio de un representante y que éste obre con dolo. Podría el representado demandar al otro contratante pidiendo la nulidad del contrato?

La jurisprudencia no ha dado una respuesta uniforme. En 1938 (Rev., t.36, secc. primera, p.104) la Corte Suprema responde negativamente, porque de acuerdo con el art. 1448 lo hecho por el representante se estima hecho por el representado. Pero en 1941 (Revista, t. 39, secc. primera, p.148) la Corte Suprema dice lo contrario: el representado puede pedir la nulidad absoluta del acto celebrado con dolo por su representante, porque el dolo es un acto personalísimo y porque el representante sólo está autorizado para ejecutar actos lícitos.

El art.1683 se refiere al que ha intervenido directamente en el contrato, pero no al que ha sido representado legal o convencionalmente y mal podría aplicarse la sanción a quien no ha participado en la realización del acto. En el fondo, este problema tiene íntima relación con las teorías de la representación.

De acuerdo con la teoría de la ficción debe concluirse que el representado no podría alegar la nulidad absoluta, pues se considera que es su voluntad la que concurre al acto o contrato.

Si se acepta la teoría de la modalidad es claro que quien concurre a la celebración del acto o contrato es el representante y es la modalidad la que permite que los efectos del acto se radiquen en el representado, y podría éste alegar la nulidad absoluta en consideración de que no sabía el vicio, porque la alegación no es el efecto del acto, sino que está establecida por la ley.

En este último tiempo la jurisprudencia ha sido uniforme en cuanto a declarar inhabilitados para alegar la nulidad absoluta a los herederos del que ejecutó el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Las razones son las siguientes:

- el art.1097 nos dice que los herederos representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones. Teniendo esto en consideración se puede concluir que los herederos no han podido adquirir por la sucesión por causa de muerte un derecho que su causante no tenía y que mal podía transmitirles (Corte de Valparaíso, septiembre de 1942. Gaceta, año 1942, seg. semestre, pág.198).

No sólo el causante no tenía derecho de alegar la nulidad absoluta, sino que la ley se lo impedía expresamente.

- en este caso, tratándose del dolo imputable al incapaz, conforme al art.1685 no se permite a él ni a sus herederos alegar la nulidad. Con mayor razón deberá aplicarse aquella prohibición para alegar la nulidad absoluta a los herederos y cesionarios de las personas capaces.

Pero esta opinión no es mayoritaria. Así, Gonzalo Barriga sostiene que la ley, al impedir alegar la nulidad al que celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, establece una verdadera incapacidad o inhabilidad y como tal, siendo una regla de excepción, debe interpretarse restrictivamente, circuncribiéndose 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 o incapacidad. También puede argumentarse que en el art.1683 hay una sanción por dolo, y éste es personalísimo, o sea, nace y muere con su autor y la sanción debe recaer exclusivamente en quien actúa de esa forma.

No obstante lo anterior, si el heredero invoca su propio interés, podrá pedir la acción de nulidad absoluta.

3.- Puede pedir la declaración de nulidad absoluta el ministerio público: el ministerio público puede solicitar la nulidad absoluta en consideración a la moral y a la ley.

4.- No puede sanearse por la ratificación de las partes: esto se explica porque la nulidad absoluta está establecida en el interés de la sociedad, el que no puede ser supeditado a la voluntad particular.

5.- La nulidad absoluta no puede sanearse por un lapso que no pase de 10 años: el acto nulo absolutamente se convalida después de transcurridos 10 años de su celebración. Este plazo coincide con el plazo máximo de la prescripción adquisitiva. Aquí hay una relación estrecha con la norma de los arts. 2510 y 2511.

6.- Irrenunciabilidad de la acción: la acción para pedir la nulidad absoluta es irrenunciable, porque se trata de una institución de orden público.

7.- La nulidad absoluta no se produce de pleno derecho: ello es así porque la nulidad debe ser declarada judicialmente, así se desprende de los arts. 1683, 1687 y 1689 del CC y del art.37 de la Ley de Matrimonio Civil.

Nulidad Relativa.

Es la sanción por la omisión de algún requisito o formalidad que la ley exige en atención al estado o la calidad de las partes.

A la inversa de la nulidad absoluta protege los intereses de ciertas y determinadas personas en cuyo beneficio la establece la ley, es decir, no está destinada a proteger intereses generales.

En el inc. final del art.1682 se señala que la regla general es la nulidad relativa. Ello se desprende porque luego de señalar los casos de nulidad absoluta expresa que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto contrato.

Principales casos de nulidad relativa:

- actos de los relativamente incapaces sin formalidades habilitantes.
- dolo principal y determinante.
- error substancial.
- fuerza.

Características de la nulidad relativa.

Por el hecho de estar establecida para proteger determinados intereses presenta ciertas características que le son particulares:

1.- En cuanto a la alegación: sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes, sus herederos o sus cesionarios. Por lo tanto, la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio por el juez, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley. (art. 1684).

No siempre quien puede alegar la nulidad relativa ha debido tener una intervención en el acto o contrato respectivo, sino que puede ser una persona que no intervino en la celebración del acto o contrato, pero que tiene derecho a invocar la nulidad por haberla establecido la ley en su beneficio.

Así por ejemplo, la incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin la autorización del marido o del juez en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y el marido (art. 1684 inc.2), de modo que el marido o la mujer o indiferentemente ambos juntos, pueden en este caso solicitar la declaración de nulidad relativa.

2.- Puede sanearse por el transcurso del tiempo: el art. 1691 señala que el plazo para pedir la rescisión dura 4 años. Esto significa que si transcurren los 4 años y la persona que podía alegar la nulidad, no lo hace en tal tiempo, el vicio desaparece y el acto queda sano.

El mismo art. 1691 señala que para determinar el inicio de los plazos en el caso de la fuerza, dolo e incapacidad se debe estar a las siguientes reglas:

- a) Violencia o fuerza: se contará desde el día que ésta haya cesado.
- b) Error y dolo: se contará desde el día de la celebración del acto o contrato.
- c) incapacidad legal: el cuadrienio se contará desde el día en que haya cesado la incapacidad.

Lo anterior es sin perjuicio de lo que hayan establecido leyes especiales.

Con respecto a esto se plantea un problema. Qué ocurre si la persona que puede alegar la nulidad del acto fallece antes de pedir la nulidad y encontrándose corriendo el plazo o aún no ha empezado a correr ?

Si el plazo no ha empezado a correr, los herederos mayores de edad gozarán de la integridad del plazo de 4 años. En caso de haber empezado a correr el plazo, los herederos mayores de edad dispondrán del residuo que quedare para completar el plazo (art. 1692 inc.1).

Si los herederos fueran menores de edad, dispondrá también de los 4 años si no hubiera empezado a correr el plazo o del residuo que quedara; pero el plazo empezará o se reanudará cuando los herederos hayan llegado a la mayoría de edad (art. 1692 inc.2).

Pero, según el inc. final del mismo art., en este último caso no se podrá pedir la nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato.

3.- Puede sanearse por la ratificación de las partes: aquí debe hablarse de confirmación del acto nulo, ya que en el hecho importa una renuncia a la posibilidad de alegar la nulidad relativa.

Por su parte, la ratificación tiene dos sentidos. En una designa al 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 corresponde ahora, 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.

Esta característica se justifica plenamente en esta clase de nulidad, porque ella está establecida en el interés de ciertas y determinadas personas, por ello cabe perfectamente dentro de la norma del art.12 del CC, porque mira sólo al interés de la persona que la renuncia y no está prohibida por la ley.

Para que esta confirmación o ratificación sea válida se requiere que:

- el acto adolezca de nulidad relativa.
- debe provenir de la parte en cuyo beneficio la ley ha establecido la nulidad relativa.
- la parte que ratifica debe tener capacidad para hacerlo (art. 1697). Si se trata de la ratificación de un incapaz deberá hacerla con las formalidades habilitantes.
- la ratificación es posible mientras no se haya declarado la nulidad por sentencia firme.
- no es requisito para la validez de la ratificación que en el acto se diga expresamente que se renuncia a la acción de nulidad, ya que la ratificación lleva envuelta la renuncia de la acción de nulidad.
- la ratificación tiene que efectuarse con conocimiento del vicio que afecta al acto y teniendo conciencia del derecho que le asiste a pedir la nulidad relativa.
- no debe adolecer del mismo vicio del acto que se ratifica.

La confirmación o ratificación puede ser expresa o tácita. Es tácita cuando se ejecuta voluntariamente la obligación contraída (art.1695).

Es expresa cuando se hace con las mismas solemnidades a que por la ley está sujeto el acto contrato que se ratifica (art. 1694). El art. 1696 señala que ni la ratificación expresa ni la tácita serán válidas, si no emanan de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad. Finalmente, el art. 1697 expresa que no vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar.

En la ratificación expresa no es necesario repetir íntegramente el acto que se está confirmando, sino que basta con manifestar la intención de ratificar. Esto se exceptúa en el caso de los actos solemnes del art.1694, porque en tal caso se deben cumplir con las mismas solemnidades del acto que se ratifica.

¿ Cuando se ratifica un acto nulo, desde cuándo produce sus efectos? Desde la fecha de la celebración del acto o desde la fecha de su confirmación? Esta determinación tiene importancia en los casos de la acción de prescripción, adquisición de frutos, legislación por la cual se registrará el acto, etc.

En todos los casos se considera a la fecha del acto o contrato confirmado y no desde la fecha de su ratificación.

¿ Hasta cuándo es posible ratificar un acto nulo?

Es procedente hasta antes de la declaración judicial de la nulidad. Declarada judicialmente, se producen los efectos de la nulidad y no es posible sanearla por la ratificación.

Conversión del acto jurídico:

Existe conversión cuando en un acto jurídico en que no concurren los requisitos legales para que pueda surtir efectos tal como las partes se lo propusieron, llena los requisitos de otro acto jurídico, siendo idénticos la finalidad y los efectos conseguidos. En tal caso, se entiende celebrado el otro acto jurídico y no el querido por las partes, siempre que existan razones para suponer que las partes, de haber sabido que el acto celebrado era nulo, habrían encaminado su voluntad hacia éste.

La conversión del acto nulo se funda en una hipotética voluntad de las partes de querer celebrar otro contrato.

Ejemplo de conversión es el art.1701, que señala que el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta de forma, vale como instrumento privado si estuviese firmado por las partes; se entiende que el instrumento público servirá útilmente como instrumento privado, sino 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.

Nulidad de los actos de los incapaces (situación especial):

Explicación histórica: el art.1686 abolió la institución de la restitutio in integrum, que el antiguo derecho había establecido en favor de los incapaces y mediante la cual podían pedir cuando se sintieran perjudicados en sus intereses, que el acto celebrado se tuviera como inexistente, aun cuando en él se hubieran cumplido todos los requisitos legales. Además, se pedía que las cosas se restituyeran al estado anterior a la celebración del acto o contrato cuando el incapaz se había perjudicado al contratar.

Don Andrés Bello hizo presente en el Mensaje que la institución de la Restitutio in integrum era un semillero de dificultades y que perjudicaba a los mismos que se veían por ella amparados, ya que, por ejemplo, pocos se atrevían a contratar con los menores por temor a que se ejerciera la restitución.

El legislador se pone en el caso de un incapaz, en su deseo de celebrar un contrato, se haga pasar por capaz engañando o induciendo a error a la contraparte.

A este respecto se contemplan dos situaciones:

1. - Si el incapaz se limita a aseverar que es mayor de edad o que no hay interdicción o que no hay causal de incapacidad: en tal caso, el incapaz mantiene el derecho para demandar la declaración de nulidad del contrato. Esto es así porque la ley estima que el otro contratante ha sido negligente en cerciorarse del verdadero estado del incapaz al dejarse guiar por meras aseveraciones y se atuvo a lo que el incapaz le dijo, no tuvo el debido cuidado. Este caso se conoce como aserción de mayor edad.
2. - En caso que de parte del incapaz haya habido dolo: la ley lo priva y también a sus herederos o cesionarios del derecho de alegar la nulidad (art.1685).

Efectos de la nulidad

Para que la nulidad produzca efectos necesita haber sido declarada judicialmente por medio de una sentencia ejecutoriada.

El acto que aún no se ha anulado produce sus efectos normalmente, porque lleva envuelto en sí una presunción de validez.

Una vez que la nulidad ha sido declarada, opera con efecto retroactivo, retrotrayendo a las partes al estado anterior a la celebración del acto o contrato y desapareciendo las causales del acto nulo.

Si bien la nulidad relativa y la nulidad absoluta se diferencian en cuanto a las personas que las pueden pedir y alegar, en cuanto a que una es susceptible de declaración de oficio y la otra no, y en cuanto al saneamiento por ratificación de las partes y el transcurso del tiempo, en lo que se refiere a los efectos no hay diferencia alguna que hacer. Por eso, los arts. 1687 y 1689 se refieren a los efectos de ambas nulidades.

A.- Efectos de la nulidad entre las partes:

La nulidad judicialmente declarada produce efectos sólo respecto de las partes en cuyo favor se ha decretado, por disponerlo así el art.1690, que expresa: Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras. Esta disposición está en concordancia con el art.3 inc.2 del CC, que dice que las sentencias judiciales no tendrán fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren (produce efectos sólo entre los litigantes).

Pero se debe distinguir entre dos situaciones:

- si el contrato no ha sido cumplido.
- si el contrato ha sido cumplido por uno de los contratantes o por ambos.

Si el contrato no se ha cumplido por ninguna de las partes, no se producen los efectos normales de la nulidad y el contrato desaparece con las obligaciones surgidas de él. La nulidad va actuar aquí como un modo de extinguir las obligaciones (art.1567 N.8).

Si el contrato ha sido cumplido en forma parcial o total, el efecto es el de restituirse al mismo estado en que se hallaban antes de contratar y para que ocurra tal efecto tendrán que restituirse (art.1687).

El art. 1687 señala que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho a 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 la 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.

Por la declaración de nulidad las partes deberán restituirse lo que hubieran percibido en virtud del acto o contrato anulado, o sea, el contrato se destruye en el pasado, y las cosas quedan como si éste nunca se hubiere celebrado.

Pero para que opere esa restitución al estado anterior y dado que el acto ha estado produciendo efectos, el art.1687 dice que estas restituciones se regirán por las reglas que el CC da en los arts.904 y siguientes en lo relativo a las prestaciones mutuas.

En estas restituciones, si como consecuencia de la nulidad judicialmente pronunciada se debe devolver dinero, deberá realizarse la restitución reajustada en la desvalorización que haya experimentado la moneda, sólo así se cumple el supuesto del art.1687 y se vuelve al estado anterior. (Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo 72, secc. primera, pág. 49).

La normas del art.1687 tiene 3 excepciones a las que se refiere la parte final del mismo art.:

1. - El poseedor de buena fe no está obligado a entregar los frutos que ha percibido mientras estuvo de buena fe, y se presume que lo está hasta el momento de la contestación de la demanda.
2. - Caso del art.1468, que se establece para aquellas personas que han ejecutado un acto sabiendo o debiendo saber que el acto adolecía de causa u objeto ilícito: No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.
3. - Caso del art.1688, que está exceptuado por el final del inc.2 del art.1687.

El art. 1688 señala que si se declara nulo el contrato celebrado por una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir la 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 entenderá 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.

Sólo procederá la nulidad cuando se pruebe que el incapaz se ha hecho más rico, luego, queda aparte toda otra clase de nulidad. Si en los casos en que se hubiera hecho más rico el incapaz no estuviera obligado a la devolución de lo que gastó o pagó en virtud de un contrato, habría un enriquecimiento sin causa para el incapaz.

B.- Efectos de la nulidad respecto de terceros

La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales (art.1689). Una vez pronunciada la nulidad, sus efectos no se limitan a las partes, sino que alcanzan a los terceros. Anulado el contrato sus efectos se producen retroactivamente y se reputa que el contrato no ha existido nunca, que no ha habido adquisición de dominio por parte del adquirente y que el dominio no ha salido jamás del poder del tradente.

De la misma manera, si en vez de haber sido enajenada la propiedad, ha sido gravada con hipoteca, censo, servidumbre o cualquier otro derecho real, o se ha ejecutado cualquier acto que despoje al propietario 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.

Por eso, el art.2416 expresa: El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho; aunque así no lo exprese. _

Esta es la regla general: la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin entrar a averiguar si estos poseedores son de buena o mala fe, y esta es una de las principales diferencias que existen entre los efectos de la nulidad y los efectos de la resolución, porque la resolución únicamente da acción reivindicatoria contra terceros poseedores de mala fe (arts. 1490 y 1491). Sólo por excepciones legales la nulidad judicialmente pronunciada no da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, que son:

1. - La rescisión por lesión enorme: si se rescinde un contrato por lesión enorme, no se produce una acción para caducar los gravámenes constituidos sobre la cosa. Así lo dispone el art.1895.
2. - Muerte presunta: cuando se rescinde el decreto de la posesión definitiva de los bienes del desaparecido se recobran los bienes en el estado que se encuentran, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos (art.94 N.4).
3. - Donación entre vivos: el art.1432 dice expresamente que la rescisión no da acción contra terceros poseedores ni para la extinción de hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas. Salvo las excepciones que contempla el propio art.1432.
4. - Caso del tercero poseedor que hubiese adquirido el dominio de la cosa por prescripción: no se contempla expresamente, pero se deduce de los arts. 682, 683 y 717. No afecta al tercero la acción reivindicatoria cuando ha adquirido la cosa por prescripción, porque los vicios o defectos 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 8 años y A interpone acción de nulidad del contrato celebrado con B en razón de la ilicitud del objeto; la nulidad absoluta se sanea en 10 años, y como sólo han transcurrido 8, la acción de nulidad está vigente; al mismo tiempo que A demanda a B la nulidad del contrato, entabla acción reivindicatoria contra C, fundado en el art.1689.

El contrato entre A y B se anulará porque la nulidad no ha prescrito, pero no habrá derecho de reivindicar la cosa de C, porque éste la ha adquirido por prescripción ordinaria, pues si bien la tradición no dio dominio a C porque B no lo tenía, conforme al art.683, le dio derecho de ganar el dominio de la cosa por prescripción, y como su posesión era regular, adquirió el dominio por la prescripción ordinaria de 5 años; de manera que C puede rechazar la acción de reivindicación interpuesta en su contra fundado en su posesión y en el art. 2517.

5.- Acción de indignidad para suceder (art.976): declarada la nulidad no afecta a los terceros.

Acciones a que da origen la nulidad:

1.- Acción para pedir la nulidad: ella tiende a obtener la nulidad de un contrato celebrado con algún vicio o defecto, pretende que el acto o contrato sea anulado produciéndose los efectos propios de la nulidad.

El acto se va a anular entre las partes que concurren a su celebración y esta circunstancia va a determinar las personas contra las que se va a dirigir la nulidad. De esta manera, si la entabla un contratante la acción de nulidad va a ir dirigida contra el otro contratante; si la entabla un tercero, en el caso de la nulidad absoluta, deberá entablarla en contra de todos los contratantes.

Esta acción es personal y debe ventilarse entre los contratantes, y en el juicio que se entable se determinará si el contrato tiene o no el vicio que se le atribuye.

2.- Acción reivindicatoria: está señalada por el art.1689. Como la nulidad judicialmente declarada opera retroactivamente, la persona que transfirió su derecho en el acto o contrato nulo, es considerada como si nunca hubiera sido titular de éste. Por ello, la ley le confiere la acción reivindicatoria para que recupere aquello que le pertenece. Esta es una acción real que se debe hacer valer en contra del actual poseedor de la cosa.

La reivindicación o acción de dominio se define como la acción que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 889 CC).

El orden lógico en que se interponen estas dos acciones es, en primer lugar, la acción de nulidad, y una vez declarada ésta, debería entablarse la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa.

Pero las necesidades prácticas y las razones de economía aconsejan ahorrar tiempo y dinero, por tal motivo, el art.18 del CPC dice que en el mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley.

Por su parte, el art.17 del CPC autoriza la interposición conjunta de ambas acciones, eso sí que la segunda es una petición condicional para el caso de que la primera sea acogida.

Según el art.1690 los efectos de la nulidad son relativos, esto es, cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras.

Formas en que se hace valer la nulidad:

No hay discusión en cuanto a que la nulidad absoluta y relativa puede hacerse valer como acción, esto es, demandando en el juicio respectivo por quien tiene derecho a alegarla.

El problema se plantea en ciertos juicios con respecto a la excepción de nulidad. El art.464 N.14 del CPC señala que en el procedimiento ejecutivo la nulidad se puede hacer valer como excepción. Pero fuera del juicio ejecutivo esto es discutido por la doctrina y la jurisprudencia no es uniforme. Además, el art.310 del CPC no menciona a la nulidad como excepción en el juicio ordinario.

Para el caso que se estime como excepción, si la persona demandada en juicio quiere hacer valer la excepción de nulidad, deberá interponerla por vía de reconvención.

No procede declarar la nulidad de un contrato por la vía de la excepción, sino que, para ello, debe hacerse valer en la reconvención. Corte de Santiago, 9 de septiembre de 1941: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.42, secc. primera, p.551).

La acción de nulidad se tramita en juicio ordinario y es incompatible con cualquier otra acción que tenga como fundamento la validez del acto o contrato.

Otros tipos de nulidades

La nulidad puede ser absoluta o relativa, pero hay otras clases de nulidades civiles que la doctrina y jurisprudencia mencionan como categorías de nulidades.

A.- Nulidad total y nulidad parcial: en la primera, el vicio de que adolece el acto o contrato lo afecta en su integridad. Mientras que en la nulidad parcial, ella se presenta en determinados actos jurídicos en los cuales se comprenden cláusulas que en cierto modo son independientes entre ellas, de modo que la nulidad que pudiera afectar a algunas partes o cláusulas no traerán aparejada la nulidad total del acto o contrato.

Así por ejemplo, en el testamento se pueden contener cláusulas o disposiciones que son independientes y en estos casos puede haber un error sobre la persona de un legado y se va a hablar de nulidad parcial (Ver arts.1059, 1060 y 1061).

Ver Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Código Civil, tomo VI, art.1681, p.101.

B.- Nulidad consecucional: se presenta en el caso de los actos o contratos accesorios y siguiendo al principio de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tendríamos que si el acto principal es declarado nulo, el accesorio también lo será. Ejemplo: en el caso de las cauciones (arts. 2381 fianza, 2343 hipoteca y 2385 prenda) y en la cláusula penal (art.1536), donde se expresa que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal.

C.- Nulidad refleja: hay ciertos actos jurídicos solemnes en que la solemnidad es la forma con que la ley admite al acto o contrato. En los casos en que no se ha cumplido con los requisitos que se exige para la solemnidad, por ejemplo: la escritura pública en la compraventa de un bien raíz, la nulidad de esta escritura acarreará la nulidad del acto o contrato contenido en ella.

La Corte de Valdivia, el 15 de diciembre de 1933, aceptó este tipo de nulidad. (Ver Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.33, secc. segunda, p.1).

La Inoponibilidad.

Se define como la ineficacia respecto de un tercero de un derecho nacido como consecuencia de un acto jurídico o de la declaración de nulidad de un determinado acto jurídico.

La inoponibilidad no afecta de manera alguna la validez del acto jurídico, a diferencia de lo que sucede con la nulidad. Quien impugna la inoponibilidad no pretende invalidar el acto, sino que alega que el acto no produce efectos respecto de él.

El CC no trata a la inoponibilidad en forma orgánica, sino que sólo menciona casos en que ella se produce. Así sucede con los arts.1707 y 1902. Según el art.1707 una escritura pública destinada a alterar el contenido de otra escritura pública anterior, no produce efectos en contra de terceros si no se ha anotado al margen de la matriz de la primera escritura y de la copia en virtud de la cual ha obrado el tercero.

Las anotaciones marginales de la segunda escritura en la matriz y en la copia de la primera, tienen entonces el valor de formalidades de publicidad, de modo que el contenido de la nueva escritura, modificatoria de la antigua, no es obligatorio para el tercero sin el cumplimiento de tales formalidades.

Cosa semejante ocurre en la situación prescrita en el art. 1902, respecto de la cesión de créditos personales. (ver Domínguez A., Ramón: Teoría General del Negocio Jurídico, págs. 259 y sgtes.).

Pero hay veces que la inoponibilidad se plantea como consecuencia de la nulidad de un acto y es la situación que se plantea en el art.2058 respecto de la nulidad del contrato de sociedad y que expresa: La nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe, contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho.

Se ha entendido que la inoponibilidad sólo se puede alegar como excepción.

A.- Inoponibilidad de forma: el acto no se puede hacer valer frente a terceros si no se han cumplido ciertas formalidades exigidas por la ley. El caso más notorio es el de las contraescrituras públicas del inc.2 del art.1707. También está el caso del art.191 y la falta de fecha cierta del art.1703.

En el caso del art.1901, el acreedor puede ceder un crédito a un tercero entre cedente y cesionario, por la entrega del título. Pero para que esta cesión—que es perfecta entre las partes—pueda afectar al tercero deudor, se requiere cumplir con las formalidades del art.1902, es decir, debe ser notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.

En el caso del art.2513, en materia de prescripción adquisitiva, declarada la prescripción adquisitiva por sentencia judicial se adquiere el inmueble, pero para el que prescribió pueda oponerla a un tercero tendrá que inscribirla en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. De no hacerse esta inscripción, la prescripción o declaración de ésta es inoponible a terceros.

B.- Inoponibilidad de fondo: en este caso falta la concurrencia de un requisito o del consentimiento. Se puede citar los casos de los arts.1490 y 1491, 1815 y 2160.

Según el art.1490, en caso de resolución del contrato, no habrá derecho de reivindicar la cosa contra terceros poseedores de buena fe.

En el caso del art.1815 (venta de cosa ajena), algunos lo mencionan como inoponibilidad por falta de concurrencia. Esta venta es válida, pero inoponible frente al verdadero dueño. Pero, en todo caso, el dueño puede renunciar a la inoponibilidad y ratificar la venta.

En el caso del art.2160, es decir, al mandatario representante extralimitado, sus actos no obligan al mandante y le son inoponibles por falta de poder.

C.- Inoponibilidad respecto de la declaración de nulidad: en este caso pudieran verse afectados terceros que podrían tener derechos derivados como consecuencia del acto que con posterioridad es declarado nulo. Es por esto que la ley, en algunos casos, en protección de terceros, declara que los efectos de esta declaración de nulidad no los alcancen, es decir, que le sean inoponibles siempre que se traten de terceros de buena fe. Ejemplos:

- Matrimonio putativo (art.122). Este es el matrimonio nulo celebrado ante Oficial del Registro Civil, de buena fe con justa causa de error. En este caso, el matrimonio no produciría efectos y se volvería al estado anterior, pero la ley dice que producirá los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge de buena fe, mientras subsista esta buena fe.

Está establecida en particular beneficio de los hijos quienes, con la declaración de nulidad, quedarían como ilegítimos, sin embargo, la ley señala que el matrimonio produce a su respecto los mismos efectos jurídicos que el válido, es decir, estos hijos siguen siendo legítimos no obstante la declaración de nulidad.

- Materia de sociedad (art.2058): con la nulidad de la sociedad se vuelve al estado anterior, pero no perjudica a terceros a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho.

La Simulación.

Bibliografía

- Enrique Paillas: La Simulación, doctrina y jurisprudencia.
- Francisco Ferrada: Simulación en los actos jurídicos.
- Raúl Díez: La Simulación ante la jurisprudencia.

Nuestro sistema jurídico está dominado integralmente en la noción básica de la voluntad real. Sobre las declaraciones hechas por las partes debe prevalecer la intención íntima representada en la voluntad seria, real y verdadera.

La simulación aparece en los negocios jurídicos como un medio ideado para ocultar a los terceros una realidad que no se quiere mostrar. Se crea así una apariencia que se contrapone a una situación real, pero secreta.

La simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual va dirigida la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo.

Se emite intencional y conscientemente y existiendo acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a quien va dirigida la declaración, una voluntad que no es real y con intención de engañar. Es decir, nos encontramos con un acto jurídico aparente cuando en realidad no hay tal acto o se está encubriendo un acto jurídico distinto.

Pero no es que se pueda separar ambos actos, lo que ocurre es que en la simulación es toda una operación en que las partes se ponen de acuerdo y disfrazan su verdadera voluntad mediante un acto externo

Simulación lícita y simulación ilícita

Se hace considerando si ha habido o no intención de perjudicar a terceros.

Es ilícita cuando se ha tenido el ánimo de perjudicar a terceros.

La simulación lícita no persigue fines de carácter doloso, sino que ella es motivada por fines de carácter inocente o de orden moral, como el deseo de evitar conflictos con personas que se juzgan con derechos a idénticos beneficios, quedar a salvo de las indiscreciones o impedir que el público se ponga al corriente de ciertos negocios, o bien por modestia o desinterés para realizar anónimamente el bien.

Sin embargo, la licitud de la simulación es la excepción. Ordinariamente, quienes simulan o disimulan un acto jurídico persiguen la realización de un fraude. Ordinariamente uno de los autores del acto simulado, se propone engañar a alguien.

Tratándose de la simulación ilícita y, específicamente, en la celebración de contratos simulados, va a constituir un delito, que está tipificado en los arts.471 y 476 del Código Penal.

Pero hay que advertir que la simulación no está tratada en el CC y no hay una acción de simulación como ocurre la acción de nulidad. Para resolver este problema que plantea la simulación, la doctrina y la jurisprudencia han extraído de las reglas del art.1707 del CC los principios necesarios para resolver y decidir el tratamiento legal de los actos simulados.

Del inc.1 del art.1707 debemos concluir que la simulación, en principio, puede ser lícita y que el acto real se impone entre las partes y es legítimo que las partes puedan pactar privadamente las consecuencias verdaderas de un acto jurídico exteriorizado de otra manera.

De la misma regla del art.1707 debemos concluir que el acto simulado, en principio, no puede perjudicar a los terceros, ya que dichos efectos le serán inoponibles.

Distinción entre simulación y dolo: el dolo se asemeja a la simulación en que también oculta un pensamiento secreto bajo una apariencia engañosa. Sin embargo, la diferencia es fácilmente perceptible: el dolo está dirigido solamente contra una de las partes, ya haya sido fraguado por la otra parte o por un tercero; en cambio, la simulación es una entente entre las partes en contra de los terceros. El dolo tiene por fin obtener el consentimiento de una de las partes mediante el engaño; en la simulación, todas las partes prestan su consentimiento con pleno conocimiento de causa; ninguna de ellas procede engañada.

Grados en que se presenta la simulación:

La simulación es absoluta cuando en realidad ningún acto jurídico quiere celebrarse, y sólo aparentemente quiere realizarse uno, es decir, el acto ostensible no encubre ninguna realidad, es una vana apariencia. Tal sería el caso en que una persona, con el objeto de burlar a sus acreedores, aparenta vender sus bienes a otro individuo.

La simulación es relativa cuando hay un propósito de producir efectos jurídicos, pero en ese acto verdadero las partes lo disfrazan con la apariencia de otro distinto. Es decir, cuando se quiere concluir un acto jurídico, pero aparentemente se efectúa otro diverso, ya por su carácter, ya por los sujetos, o ya por su contenido.

Cuando hay simulación relativa existe un acto jurídico: el acto ostensible que es el que aparece hacia el exterior, es decir, un acto simulado o ficticio que las partes aparentan celebrar y que encubre el acto real. El otro es el acto oculto, que es el que verdaderamente quisieron celebrar las partes y se quiere mantener en reserva o en secreto.

La simulación relativa puede deberse al carácter mismo del acto que se celebra, como por ejemplo: cuando se aparenta celebrar un contrato de compraventa poniéndole bajo precio, y siendo el verdadero acto una donación. Puede haber simulación en consideración a los sujetos, con el objeto de burlar ciertas disposiciones como el art.1796 que prohíbe el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados y entre el padre o la madre y el hijo de familia; ejemplo de esta simulación sería que un cónyuge vendiera a un tercero un bien, y este tercero se lo vendiera al otro cónyuge.

Por último, la simulación relativa puede decir relación con el contenido del acto jurídico, esto es, cuando el objeto mismo del acto jurídico verdadero es diferente de aquel que se aparenta celebrar.

La simulación puede ser también por interposición de persona, es decir, si una persona quiere hacer por su propia cuenta una negociación sin que lo sepan los terceros, o aun sin que lo sepa la otra parte, puede emplear un mandatario que exteriorice su calidad y se presente como autor y beneficiario del acto. Es una simulación que no recae sobre la naturaleza o los elementos del acto, sino sobre las personas que en él toman parte. En apariencia, todo transcurre como si la persona interpuesta hubiera concluido el acto para sí, pero ésta sólo sirve de “prestanombre” para otra.

En el contrato, en vez de figurar dos partes, aparecen tres, pero una de ellas es disimulada. (ver Gaceta de los Tribunales, año 1935, seg. semestre, sent. 9, p.29).

La interposición de persona es reprobable cuando se utiliza como medio de burlar una incapacidad legal o como medio de burlar los derechos de un tercero. En la práctica, esta simulación es frecuente cuando se quiere burlar una prohibición legal.

Efectos de la simulación:

A.- Simulación absoluta: como no hay voluntad de celebrar acto alguno, ni siquiera hay voluntad de celebrar un acto jurídico aparente y, en general, ninguna clase de acto jurídico, el acto simulado absolutamente adolece de nulidad absoluta por falta de consentimiento (Corte de Santiago. Revista de Derecho y Jurisprudencia: t.39, secc. primera, p.411).

Cualquiera de las partes puede pedir, fundándose en el art.1707, que se declare la vigencia del vínculo secreto de que da cuenta la contraescritura y en la que aparece que ningún acto se quiso celebrar.

Frente a los terceros de buena fe, esto es, el que tenía desconocimiento de la simulación, se presenta como una situación en que el acto simulado debe considerarse como un acto existente, de manera que las partes no podrán invocar la simulación absoluta ante el tercero. Si no fuera así, se permitiría que a través de la simulación se perjudicara a terceros.

En otras palabras, la simulación es inoponible respecto de terceros, y ellos deberán atenerse al acto exteriorizado.

Si el tercero tiene interés en atacar la simulación puede hacerlo; lo que no está permitido es que las partes aleguen la simulación frente a los terceros. Ampara a éstos el art.1707, relativo a las contraescrituras, mediante las cuales se deja testimonio de la simulación.

B.- Simulación relativa: entre las partes vale el acto oculto o simulado y carece de valor el acto ostensible en virtud del principio del art.1545. De tal manera que no podría una de las partes, para evitar el cumplimiento del contrato oculto, oponer a la otra la simulación, porque según se deduce del art.1707 este medio sólo puede emplearse por los terceros.

La Corte de Valparaíso manifestó el 12 de junio de 1935 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 el acto real, considerando la prueba rendida (Revista de Derecho y Jurisprudencia: t.33, secc. primera, p.17).

Respecto de terceros el acto ostensible se considera existente y válido; los autores de la simulación no podrán escudarse en ella para atacar la adquisición hecha por un tercero de buena fe, ello se desprende del art.1707.

Pero contra el tercero de mala fe, es decir, contra el tercero que conoce la simulación, pueden las partes esgrimir ésta, siempre que el acto oculto cumpla con los requisitos generales de los actos jurídicos, puesto que si no se cumplen tales requisitos, se puede alegar la validez del acto.

Acción de simulación.

Según la jurisprudencia, tiene por fin establecer la voluntad real y verídica de las partes y hacerla primar sobre la que falsamente expresaron (Revista de Derecho y Jurisprudencia: t.31, secc. primera, p.65).

Aquí se presenta un problema en relación a contar los plazos de prescripción de esta acción de simulación.

Entre las partes, el plazo 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.

En cuanto a los terceros, sólo pueden ejercitar la acción de simulación si tienen interés en la declaración de ésta, es decir, si tienen interés en que aparezca la verdadera voluntad. Para ellos, el plazo de prescripción se empieza a computar desde el momento que tuvieron conocimiento del acto o contrato oculto.

Sin embargo, hay quienes afirman que la acción de simulación es imprescriptible, porque en tal acto no ha habido voluntad y, por lo tanto, no existe y podrá pedirse que se declare que no existe. No puede pedirse que el transcurso del tiempo le de existencia a la nada.

Este principio es refutable, puesto que la totalidad de las acciones son prescriptibles, con excepción de las que señale la ley como imprescriptibles.

En todo caso, hay acuerdo que si ha operado la prescripción adquisitiva de la cosa objeto del acto, no puede intentarse acción de simulación.

La simulación puede dar origen a una acción civil y a una acción penal: la primera, para dejar sin efecto el contrato y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios; y la acción penal, para exigir el castigo de los que han celebrado el acto simulado en perjuicio de terceros. Ambas acciones son independientes (Revista de Derecho y Jurisprudencia: t. 15, secc. segunda, p.9).

TEORIA DE LA PRUEBA

Bibliografía:

- Emilio Rioseco: La Prueba ante la Jurisprudencia.
- Daniel Peñailillo: La Prueba en materia sustantiva civil.
- Enrique Paillas: Estudios de Derecho Probatorio.
- Niceto Alcalá-Zamora: Estudios de Derecho Probatorio.

No siempre los derechos subjetivos se disfrutan pacíficamente. A menudo un tercero los viola o desconoce. Y entonces, si el conflicto de intereses entre los sujetos no se compone o arregla, habrá que ir a la justicia. Ante el juez no bastará hacer meras afirmaciones; las aseveraciones sin más, en favor propio, no cuentan, son irrelevantes. Será necesario probar, es decir, demostrar la realidad del hecho que se sostiene.

Así, se define a la prueba como el establecimiento por medios legales de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama (Baudry-Lacantiniere). En un sentido amplio, la prueba viene a ser el establecimiento de la verdad de una proposición (D. Peñailillo).

Acepciones legales del término prueba:

- Se usa para designar los medios de prueba, o sea, los medios de convicción considerados en sí mismos y que llevan a través de la inteligencia a admitir la realidad de un hecho. De este modo se habla de prueba de testigos, prueba instrumental, etc.
- Se usa para designar la producción de la prueba, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales. Así se dice que la prueba le incumbe al actor o al demandado.
- Se entiende también como el resultado obtenido con los medios de prueba de que se hizo empleo, o sea, significa si hubo o no demostración del hecho que se sostenía.
- Como fase del juicio anterior al fallo.

El fin de la prueba.

Puede ser:

- Obtener el establecimiento de la verdad.
- Lograr el convencimiento del juez. (opinión mayoritaria).
- Lograr la fijación formal de las afirmaciones de las partes.

Dependiendo de la materia de que se trate el fin puede variar. Así, en materias donde está en comprometido el interés público prevalece el establecimiento de la verdad como fin (Ej: Derecho de familia). En cambio en materias de índole privado normalmente prevalece la idea de dar preeminencia a las afirmaciones de las partes.

Aspecto sustantivo de la Prueba:

Comprende los siguientes aspectos:

- 1.- Medios de prueba.
- 2.- Procedencia de los medios de prueba.
- 3.- Valor probatorio de la prueba.
- 4.- Objeto de la prueba. Qué es lo que se debe probar?

Aspecto adjetivo de la prueba

Estas normas se refieren a la forma externa de rendir la prueba o de suministrarla. Es decir, son las normas de forma o procesales según las cuales se rige la prueba.

Ubicación de las normas de prueba.

En el Código Civil, Libro IV, Título XXI (arts.1698 al 1714), con la denominación De la Prueba de las Obligaciones.

Tiene la misma ubicación que en el Código francés, que a su vez, siguió el modelo diseñado por Pothier.

También se tuvo como fuente de este título al Proyecto del Código Civil español de Florencio García Goyena.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil reglamenta a la prueba en el Libro II (juicio ordinario), títulos IX, X y XI (arts. 318 al 429).

No obstante la ubicación de estas normas, ellas son de aplicación general. Esto se concluye al no existir otro cuerpo completo de reglas. De esta manera lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia (Revista de Derecho y Jurisprudencia: t.67, secc. primera, p.582. Fallos del Mes: N.270, p.117).

Excepcionalmente, estas normas no se aplican, esto sucede cuando la propia ley ha establecido normas especiales. Así acontece con las normas de los arts. 304 y sgtes. del CC (Prueba del estado civil).

Objeto de la Prueba.

La prueba sólo puede versar sobre hechos, porque el objeto de la prueba es probar un hecho discutible y del cual se origina un derecho. Así, si una persona afirma que otra le debe algo o que otra debe cumplir una determinada obligación, deberá probar de dónde nació esta obligación.

El derecho no se prueba, porque emana de la ley, y la ley se presume o se finge conocida de todos (art.8 CC). De esto se desprende que las partes tendrán que probar los hechos, y una vez acreditados los hechos, va a intervenir el juez, que va aplicar el derecho a los hechos.

Prueba del derecho extranjero:

Hay ocasiones en que el juez debe aplicar el derecho de otro país. Así sucede en ciertas materias como las señaladas en los arts. 16 inc.2, 17, 955 y 1027 del CC.

En su mayoría, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que el derecho extranjero debe ser probado. Se basan para ello en lo expresado por el art.411 del CPC: Podrá también oírse el informe de peritos: 2.- Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera. Con esto se concluye que el derecho extranjero es un hecho de la causa.

Por su parte, los arts. 408 al 411 del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) permiten la aplicación de oficio, respecto de los países que han suscrito el Código -entre ellos Chile- de sus respectivas legislaciones nacionales. El art.409 del Código Bustamante permite la aplicación del derecho extranjero certificado auténticamente en su texto por dos abogados habilitados del respectivo país.

Pero, la Corte Suprema el 26 de noviembre de 1968 (Revista de Derecho y Jurisprudencia: T.67; secc. primera, p.332) señaló que un peritaje sobre derecho extranjero prueba la existencia y texto de esas leyes, pero no su alcance. Su interpretación y aplicación al testamento materia de juicio incumbe privativamente a los tribunales chilenos.

Esta doctrina mayoritaria, sostiene que el derecho extranjero debe probarse por ser un hecho del litigio y porque la presunción de conocimiento de la ley del art.8 del CC se refiere sólo al derecho nacional, y no al extranjero. Sin embargo, existe otra opinión que señala que el derecho extranjero es derecho al igual que el derecho nacional y que, por lo tanto, no procede prueba a su respecto. En cuanto a la regla del art.411 del CPC señalan que no impone al juez el oír a los peritos, sino que sólo le entrega una facultad, con lo cual indica que no es imprescindible la prueba del derecho extranjero.

La Corte Suprema señaló el 16 de diciembre de 1941 (Revista de Derecho y Jurisprudencia: T.39, secc. primera, p.338) que el derecho extranjero es, ante los tribunales chilenos, un hecho cuya demostración debe hacerse de acuerdo con las leyes chilenas.

En otro fallo, el 31 de mayo de 1966(Revista de Derecho y Jurisprudencia: T.63, secc. primera, p.180) la Corte Suprema señaló que probada la existencia del texto o norma jurídica extranjera, y cuando la ley chilena se remite a ella, obliga al juez nacional a aplicarla correctamente, pues si dicha aplicación, que es cuestión de derecho, vulnera el texto extranjero, se produce de inmediato la infracción de la ley nacional, que exige una correcta aplicación de aquél, violaciones que quedan dentro del ámbito de la casación en el fondo.

Prueba de la costumbre:

Conforme al art.2 del CC, no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella, y se prueba de acuerdo con las reglas generales. En materia comercial, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en un determinado territorio y reiterados por un largo espacio de tiempo; se aprecian prudencialmente por el juez.

Pero si a éste no le consta la autenticidad de la costumbre que se invoca, sólo puede ser probada por un testimonio fehaciente de 2 sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ellas, o por 3 escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba (arts. 4 y 5 C de C).

En materia probatoria se suscitan tres cuestiones fundamentales que es preciso diferenciar:

1. - Quién debe probar; en otros términos, sobre quién recae el peso de la prueba. Es la cuestión del *onus probandi*.
2. - Qué debe probarse, en otras palabras, sobre qué debe versar la prueba que se rinda.
3. - Cómo se debe probar, es decir, de que manera debe acreditarse aquello que se sostiene y que, por tanto, es lo que debe probarse.

I.- ¿Quién debe probar?

¿A quién le corresponde el peso o carga de la prueba (onus probandi)?

La regla fundamental está dada en el art.1698 del CC que señala: Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

El principio básico es que la necesidad de probar se impone al que afirma un hecho contrario al estado normal de las cosas, o bien, contrario a la situación adquirida.

Quien niegue algo que es contrario a lo normal tendrá que entrar a probar las circunstancias, como también aquel que afirme algo contrario a una situación determinada.

El estado normal es que las personas no estén sujetas a estos deberes jurídicos que se llaman obligaciones. Así, quien diga que otro está obligado, está saliéndose del estado normal, por lo tanto, como éste es un estado de excepción, deberá probar dicho estado.

Lo mismo sucede con quien desea probar la extinción de una obligación, porque lo normal es que la obligación esté produciendo efectos.

Por eso, no es cien por ciento exacta la afirmación que a veces se hace en el sentido de que en un litigio corresponde la prueba al demandado, lo corriente es que suceda eso, pero lo correcto es que el peso de la prueba recaiga sobre todos.

Esta materia probatoria descansa sobre ciertos principios que son:

- A. - Principio de la igualdad de las partes: esta igualdad se traduce en que en la distribución del peso de la prueba no influye la situación personal de las partes en cuanto una de ellas pudiera pretender una mayor credibilidad derivada de su honorabilidad, cargo, oficio o mejor fama. Esto es así porque una persona puede hacer pretender al juez por su propia declaración la veracidad de un hecho.

B. - Principio dispositivo: significa que en esta materia la iniciativa le corresponde a las partes. El juez tiene, por lo general, un rol pasivo y no puede proceder de oficio (materia civil).

C. - Principio de interés de la prueba: significa que debe probar el que tenga interés en demostrar un hecho.

Estos principios sufren alteraciones cuando la ley es la que establece una presunción, ya que en ese caso, la persona favorecida por la presunción no tiene nada que probar. Si la presunción es simplemente legal, el que es favorecido por ella es liberado de la carga de la prueba y hay un desplazamiento del onus probandi a la parte contraria, interesada en destruir la presunción.

Si la presunción es de derecho, aquel que es favorecido con ella queda liberado de la carga de la prueba, sin que pueda producirse demostración en contrario. Únicamente puede probarse que no son efectivos los antecedentes o circunstancias de que la infiere la ley.

Por eso, algunos autores sostienen que las presunciones serían una alteración de las normas probatorias. Pero, esto no es así, puesto que la ley presume lo normal. Sólo habría una alteración en el caso que la ley presuma algo que no es normal. Pero, la regla general es que se presuma lo normal (art. 700).

¿ Pueden las partes modificar las normas sobre peso o carga de la prueba?

Algunos creen que estas normas están establecidas en el interés de las partes, siendo por consiguiente renunciables y las estipulaciones serían lícitas (Somarriva). Ello sería posible en virtud del art.12 del CC, es decir, serían renunciables por estar establecidas en el propio interés de las partes. Agrega que el CC admite dos casos de inversión de la prueba, que son:

- Art. 1457 en materia de culpa.
- Art. 1558 inc. final en el caso fortuito.

Sin embargo, la Corte Suprema el 30 de diciembre de 1909 expresó lo siguiente: No es lícito a los contratantes, mediante cláusulas, subvertir las leyes que fijan el modo y forma como deben probarse las obligaciones o su extinción.

Los preceptos referentes a la prueba, en esta materia, reglan las relaciones de los particulares con la autoridad pública y los deberes de dicha autoridad sobre la forma de ejercer su jurisdicción; luego, miran más que al interés particular al de la ley misma, y es por eso que estas reglas de garantía común no pueden subvertirse por convenios, ya que así podría suprimirse cualquiera otra regla de procedimiento, como ser la citación a juicio.(Revista de Derecho y Jurisprudencia: T.8, secc. primera, p.gg.6)

2.- ¿Qué debe probarse?

Deben probarse los hechos controvertidos (art.318 CPC).

La doctrina moderna hace una distinción entre hechos constitutivos, impeditivos, modificatorios y extintivos:

- a) Hechos constitutivos: son aquellos que configuran una situación jurídica, es decir, los que le dan existencia o validez. Dentro de ellos se subdistingue entre hechos constitutivos genéricos y específicos.
- Genéricos: son los que están presentes en toda situación (art.1445).
 - Específicos: están presentes sólo en determinadas situaciones jurídicas.

Como la ley hace presunción de lo normal y lo normal es que en una relación jurídica concurren los hechos constitutivos genéricos, el que la alega la no concurrencia de tales hechos tendrá la carga de la prueba.

Al contrario, quien sostenga la existencia de un hecho constitutivo específico, deberá demostrarlo; ese hecho es el fundamento inmediato de su pretensión y constituirá una alteración del estado normal de las cosas.

Por ejemplo: si sostiene la celebración de determinado contrato de compraventa, deberá probar los hechos específicos que lo constituyen, es decir, que tal es la cosa, que tal es el precio, y cualquier otra estipulación propia de la precisa situación que afirma.

- b) Hechos impeditivos: son aquellos que impiden u obstan la validez o eficacia de la relación jurídica. Como lo normal es que el acto exista y sea eficaz, quien alegue lo contrario, deberá probarlo.
- c) Hechos modificatorios: son los que alteran los efectos o el contenido de la relación jurídica.
- d) Hechos extintivos: son los que hacen desaparecer un derecho o una situación jurídica que existía.

El actor o demandante debe probar los hechos constitutivos, que son el fundamento de la demanda; el demandado está en la necesidad de probar los hechos extintivos, impeditivos o modificatorios capaces de justificar el rechazo de la demanda del actor.

Hechos negativos:

Por ellos una persona niega que ha sucedido algo.

Es conflictivo por que la negación es muy difícil, por esta razón, se sostuvo que los hechos negativos no podían probarse. Pero, si se estima que la negación consiste en la afirmación de la proposición contraria, se considera que el hecho negativo es susceptible de prueba y debe probarse acreditando el hecho positivo contrario. No puede entrarse a probar aquellas negaciones absolutas, vagas e indeterminadas.

En varias disposiciones del CC se exige la prueba de hechos negativos. Se pueden citar como ejemplos a los arts. 81 N.1, 206 incs. 2 y 3, 183, 1013, 1947 inc.4 y 2295. Ver Revista Fallos del Mes N.214 sentencia 9.

Hechos notorios:

Son aquellos hechos conocidos por la generalidad de las personas de una cultura media y en el lugar y tiempo en que esos hechos se han producido, de manera que no pueda plantearse duda.

Por excepción, se les reconoce expresamente en el art.89 del CPC (modificado por la ley 7760 del 1944) en materia de incidentes.

En conformidad al art.318 del CPC, los hechos que se prueban deben reunir las siguientes características:

- a) substancial: que sean importantes, es decir, que influyan en la decisión del pleito,
- b) pertinentes: que estén conectados con el asunto discutido.
- c) controvertido: que exista discusión sobre un punto.

3.- ¿Cómo debe probarse?

Para acreditar los hechos, las partes sólo pueden hacerlo con los medios de prueba señalados en la ley.

Estos medios son (arts. 1698 CC y 341 CPC):

- 1.- Instrumentos públicos y privados.
- 2.- Testigos.
- 3.- Presunciones.
- 4.- Confesión de parte.

5.- Inspección personal del juez.

6.- Informe de peritos (art. 341 CPC).

Estos medios están taxativamente señalados, por lo que el juez no puede considerar otros medios que éstos. Conviene señalar que la derogada ley 18043 que sanciona el tráfico de estupefacientes, señalaba que los tribunales podrían admitir como medio de prueba las películas cinematográficas, fotografías, fonografías, sistemas de reproducción de imagen y del sonido, y en general cualquier medio idóneo apto para producir fe (Art. 20). Esta ley fue reemplazada por la 19.366, que en su art. 59, luego de derogar expresamente a la antigua ley, señala que la tramitación de los respectivos procesos, la prueba y la apreciación de la prueba se regirán por las normas de esta ley. A este respecto esta ley 19.366 se limita a repetir, como medios probatorios aceptables, los señalados en el CPC y el CC.

Sistemas probatorios:

1.- Sistema de la prueba legal o tasada:

El legislador fija taxativamente los medios de prueba, su valor probatorio y su grado de convicción. En este sistema, el juez debe aplicar en forma mecánica los medios de prueba.

Crítica: no existe ninguna libertad para la apreciación del juez.

2.- Sistema de la libre convicción o persuasión racional:

Admite todos los medios de prueba, quedando entregada su valoración a lo que haga el juez en conciencia. El juez no señala los argumentos de sus apreciaciones.

Crítica: puede inducir a la injusticia por lo subjetivo que es.

3.- Sistema mixto o de la sana crítica:

Aparece como sistema intermedio entre los dos anteriores. Entrega al juez amplias facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a las pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción de que tales son los hechos que establece.

En principio, la legislación chilena sigue el sistema de la prueba legal, pues establece taxativamente los medios de prueba y a cada uno le asigna determinada fuerza obligatoria. Pero, este sistema tiene algunas atenuaciones:

1. - la apreciación comparativa de los medios de prueba queda entregado al criterio del tribunal (art.428 CPC).
2. - el juez pueda avaluar algunas pruebas según la convicción personal que le hayan producido (art.426 CPC).
3. - en ciertos procedimientos, se permite al juez apreciar la prueba en conciencia, es decir, de acuerdo con la convicción personal; ejemplos: en materia laboral, la ley de menores, en materia de contrato de arrendamiento, la actual ley del tránsito, etc.

El que aprecie la prueba en conciencia, significa que el juez valorará la prueba sin sujetarse a la eficacia o fuerza que la ley le asigna a los distintos medios probatorios. El juez tendrá que hacer un examen lúcido y reflexivo, sin que pueda omitir las pruebas dadas por las partes. En todo caso, el juez no podrá alterar las reglas del onus probandi y tampoco podrá admitir medios de prueba que la ley prohíbe o desestimar medios que la ley admite. Tampoco puede infringir las llamadas leyes reguladoras de la prueba, que son aquellas normas básicas y fundamentales que organizan la prueba. La ley faculta al juez para apreciar la prueba en conciencia, pero no lo faculta para fallar en conciencia.

- 4 - También se atenúa este sistema con las reglas de la sana crítica, establecida en los arts.425 y 429 del CPC.

Estas reglas son las que llevan a la verdad por los medios que aconseja la sana razón. Son reglas de correcto entendimiento humano, contingentes, variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la prueba de los hecho en la confirmación de la sentencia. (Couture).

Clasificación de la Prueba

- 1.- Según el destino con que se creó el medio probatorio:

Prueba preconstituida:

Es aquella que se crea de antemano teniendo en mira el porvenir, son las que nacen con anterioridad al litigio. Esto es, se elaboran precaviendo la posibilidad de tener que probar en el futuro. Ejemplo: la escritura pública en un contrato de compraventa, ya que ella permite constatar que se celebró tal contrato.

Pruebas a posteriori (simples o causales): son las que nacen durante el discurso del pleito. Es lo que sucede con la confesión de parte y la prueba testimonial.

2.- Atendiendo al grado de convicción:

Plena prueba (perfecta o completa): es la que por sí sola basta para demostrar el hecho que se trata, para producir convicción en el juzgador. Ejemplo: la escritura pública en cuanto a su fecha y la confesión de parte.

Semiplena prueba: es la que por sí sola no basta para demostrar la veracidad del hecho, dejando duda acerca de la verdad de él y, por consiguiente, no instruye al juez en términos de poder dar sentencia. Ejemplo: testigos y confesión personal fuera de juicio.

En otras palabras, la plena prueba acredita por sí sola la verdad de un hecho. En cambio, la semiplena prueba, no es suficiente por sí sola para acreditar la veracidad o exactitud del hecho controvertido.

(otras clasificaciones, ver Peñailillo, Daniel: La prueba en materia sustantiva civil, p. 42 y sgtes.).

Medios de Prueba

1.- Instrumentos:

La prueba instrumental es aquella que se produce por medio de documentos en la forma que establece la ley.

Documento e instrumento: por documento se entiende a todas aquellas cosas en que se expresa una manifestación de pensamiento por medio de signos. A este respecto, es totalmente indiferente el material sobre el cual estos signos estén escritos y también es indiferente la clase de signos (letras, números, signos, etc.).

Por su parte, el instrumento es aquel documento escrito que constata un hecho con el fin de servir de medio probatorio. Luego, sería instrumento una escritura pública, no lo sería una carta o un diario, pues no están destinados a servir de prueba.

De lo anterior se desprende que el documento es una idea más amplia que el instrumento, y que este último viene a constituir la especie dentro del género que es el documento.

Además, se sostiene otra diferencia entre documentos e instrumentos, puesto que el primero expresa el pensamiento por cualquier medio, en tanto que el instrumento representa el instrumento mediante escritura.

Título e instrumento: título es el acto o contrato de que da cuenta o prueba el instrumento. Mientras que el instrumento es sólo su prueba escrita. Sin embargo, a menudo la expresión título se emplea con el sentido de instrumento, hasta el punto que en el lenguaje corriente se confunden ambas expresiones. Ejemplos: arts. 686, 689 y 1091 del CC.

No obstante lo anterior, no coincide con la idea jurídica de título, ya que éste es un acto jurídico del que nace un derecho u obligación. En cambio, el instrumento es el elemento material en el cual se consigna el acto jurídico y que sirve para probar la existencia de ese acto.

Clasificación de los Instrumentos:

Atendiendo a la razón por la cual se exigen los instrumentos, pueden ser por vía de solemnidad o por vía de prueba.

Los primeros constituyen un elemento del hecho a probar, del acto o contrato de que dan cuenta.

Los instrumentos exigidos por vía de prueba son los que se limitan a suministrar datos sobre un hecho o estado jurídico, que no está formalizado en ellos, sino que existe fuera, y del cual no forman parte como requisito constitutivo.

1.- Instrumentos Públicos:

Según el art.1699 del CC: Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

Todo instrumento que no coincida con esta definición es instrumento privado.

En el art.1699 las expresiones auténtico y público estarían tomadas como sinónimas. Pero en opinión de don Arturo Alessandri R., el instrumento es público cuando ha sido autorizado por el competente funcionario; es auténtico, según el art.17 del CC, cuando ha sido otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en el instrumento se expresa, es decir, cuando corresponde a la realidad, emana del funcionario que la autoriza y ha sido suscrito por las personas que parecen suscribiéndolo, cuando el hecho de que da cuenta el instrumento corresponde a la verdad y realidad. En rigor, los instrumentos públicos son casi siempre auténticos; pero hay muchos instrumentos auténticos que no son públicos.

Diferencias entre instrumento público e instrumento privado:

1. - El instrumento público está sometido a formalidades. En cambio, en el instrumento privado no es necesario cumplir con formalidades, a menos que la ley lo señale.
2. - El instrumento público hace plena fe. El instrumento privado por sí, no hace plena fe, a menos que haya sido legalmente reconocido o se haya mandado tener por reconocido.
3. - Cuando se impugna un instrumento público, el peso de la prueba lo tiene aquel que invoca la impugnación. En cambio, tratándose de los instrumentos privados, el peso de la prueba no va a recaer sobre quien efectúe la impugnación, sino sobre quien sostiene la veracidad de dicho instrumento

Requisitos del instrumento público:

1. - Debe ser autorizado por un funcionario público en su carácter de tal. La fuerza proviene precisamente de la confianza o fe pública que inspira la persona investida de la facultad de autorizar instrumentos auténticos.
2. - El funcionario debe ser competente en cuanto a la materia y al territorio.
3. - El instrumento debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales varían de caso en caso.

Efectos de la falta de instrumento público en los casos en que la ley requiere esta solemnidad: el acto no llega a perfeccionarse porque le falta uno de sus requisitos de existencia, y mal puede probarse lo que no existe o es inútil la prueba de lo que es absolutamente nulo. Así se desprende de los arts. 1682 y 1701 del CC.

En el caso previsto por el inc.2 del art.1701 se va a producir la conversión del instrumento público en instrumento privado, el que deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- debe ser nulo por incompetencia del funcionario o vicios en la forma.
- debe referirse a actos o contratos en que la ley no requiera como solemnidad al instrumento público.
- debe estar firmado por las partes.

Por su parte, cuando el instrumento se exige por vía de prueba, el acto tiene existencia independiente de éste. La omisión del instrumento no produce la nulidad en este caso, sino otro tipo de sanción que es la imposibilidad de usar otros medios probatorios (arts. 1708 y 1709).

La razón de que esta omisión no afecte la validez del acto o contrato, es que éste existe con plena independencia del acto o contrato; por ejemplo: si se vende un bien mueble de un valor superior a 2 unidades tributarias (UT), de acuerdo con lo establecido en los arts. 1708 y 1709 esta compraventa deberá constar por escrito, pero el instrumento aquí no es solemnidad, sino que el fin con que se exige es el de probar el acto o contrato. Si se omite la escrituración el acto es válido, pero no podrá probarse por testigos. Distinta es la situación de la compraventa de un bien raíz que debe hacerse por escritura pública, ya que la solemnidad está exigida por vía de solemnidad, de manera tal que si se omite, la sanción será la nulidad absoluta.

Tratándose del instrumento público nos encontramos que frecuentemente se habla de la copia, esto es, aquel instrumento que reproduce el contenido del instrumento original. Tanto el original como las copias que se han dado cumpliendo con los requisitos legales, tienen la calidad de instrumento público (art.342 CPC).

Escritura Pública.

La escritura pública no es más que una especie de instrumento público. Según se desprende de los arts. 1699 del CC y 403 del COT la escritura pública es el instrumento público o auténtico autorizado con las solemnidades legales por el competente notario e incorporado en un protocolo o registro público.

Requisitos que deben reunir las escrituras públicas:

- 1.- Tienen que ser autorizadas por el notario competente: esto es, el que ha sido legalmente nombrado, que actúa dentro del territorio de su jurisdicción y que se encuentra en el ejercicio de sus funciones. No tiene el carácter de escritura pública aquella que no fuere autorizada por el notario competente o que fuera autorizada por notario competente suspendido o inhabilitado (art.426 inc.1 del COT).

El art.85 de la Ley 4808 (ley del Registro Civil) dice que en aquellas comunas que no sean asiento de un notario, los oficiales del Registro Civil quedan autorizados para autorizar determinadas escrituras, debiendo llevar registro público para los efectos de autorizar los poderes judiciales, inventarios solemnes, partidas de nacimiento, legitimación de hijos y demás que la ley señale.

2.- La escritura pública tiene que ser incorporada en el registro público o protocolo del notario: el protocolo, según el Diccionario de la Lengua, es el libro en que el notario pone y guarda por su orden los registros de las escrituras y otros instrumentos que han pasado ante él.

El COT determina y establece la forma en que debe ser llevada el protocolo y tiene por objeto la fácil ubicación de los instrumentos. El art.429 del COT determina y establece la forma en que deben llevarse los protocolos por los notarios. El original de la escritura pública, esto es la escritura pública en sí misma y firmada por las partes y el notario (escritura matriz) es lo que se ingresa en el protocolo.

Lo que se entrega a las partes interesadas son las copias de la escritura pública, es decir, la transcripción de la escritura matriz hecha con las solemnidades legales. Estas copias pueden ser otorgadas por el notario o archivero judicial (arts. 401 y 456 COT). La copia es instrumento público, pero no escritura pública, puesto que la escritura pública es la que está inserta en los protocolos o libros del notario.

Según el art.426 N°2 del COT, no se considerará escritura pública o auténtica la que no está en el protocolo o se escriba en alguno que no pertenezca al notario autorizante o al de quien esté subrogando legalmente.

3.- Otorgamiento con las solemnidades legales: las escrituras públicas deben cumplir con una serie de solemnidades contempladas en diversas disposiciones, tales son:

- a) tienen que escribirse en idioma castellano y estilo claro y preciso, no pudiendo emplearse abreviaturas, cifras ni otros signos que los caracteres de uso corriente, ni contener espacios en blanco. Pueden contenerse palabras en idioma extranjero siempre que sean de uso común, o bien como termino de una ciencia o arte. (art.404 COT).
- b) debe comenzar expresando el lugar y fecha de su otorgamiento, el nombre del notario que la autoriza y el de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, domicilio y profesión (art. 405 COT).
- c) debe otorgarse ante notario competente (art.405).
- d) debe haberse acreditado la identidad con la cédula personal respectiva, cuyos datos hay que insertar en la escritura. Los extranjeros y chilenos radicados en el extranjero acreditarán su identidad con su pasaporte o con el documento de identidad con el que hubieren ingresado al país. (art. 405 COT).
- e) la escritura pública debe ser firmada por las partes, autorizándola el notario a continuación (arts. 406 y 408 COT).

- f) La lectura en voz alta de la escritura será realizada sólo si uno de los otorgantes lo solicita. Si todos están de acuerdo se omitirá tal formalidad, leyéndola ellos mismos. (art. 407 COT).
- g) El reverso de las hojas que contienen la escritura y sus copias deberá ser inutilizado por el notario con su firma y sello. (Art.404).

Los notarios, aparte de la obligación que tienen de llevar el protocolo, deben llevar el *Repertorio de escritura públicas e instrumentos protocolizados*, en el cual tienen que darle número a estos instrumentos protocolizados de acuerdo al orden de su presentación, a su vez, el notario deberá colocar la fecha en que se efectúa el ingreso de la escritura e indicará el nombre de las partes. Este libro se cierra diariamente con las indicaciones de la última anotación, si no hubiera ninguna anotación tiene que dejarse constancia de ello.

El repertorio se creó para evitar el que una escritura pública fuese protocolizada con fecha anterior a otra.

La Protocolización:

Consiste en *agregar* un documento al final del registro del notario a petición de parte interesada.

Incorporar es pasar a formar parte del cuerpo.

Agregar es poner o colocar después de algo.

No es lo mismo la escritura pública que el instrumento protocolizado, porque la escritura pública se extiende ante el notario y se incorpora en el registro; en cambio, en la protocolización se agrega el documento al final del registro.

Para que la protocolización surta efectos, debe dejarse constancia en el repertorio el día en que se presente el documento para su protocolización.

La regla general es que la protocolización no da al instrumento el carácter de público. Pero esta regla tiene excepciones como la establecida en el art.420 del COT, que señala cinco casos en que determinados instrumentos, una vez protocolizados, valen como instrumento públicos.

Fines de la protocolización:

- a.- el instrumento protocolizado adquiere fecha cierta desde el momento de la protocolización.

b.- tiene importancia para la conservación del mismo documento, pues queda bajo el cuidado y la responsabilidad del notario.

c.- En cuanto a la fecha del instrumento protocolizado, se cuenta desde que se anote en el libro repertorio que lleva el notario, no desde que se agrega.

Valor probatorio de los instrumentos públicos: Art. 1700 CC

El instrumento público hace plena fe en ciertos aspectos, esto significa que por sí solo es suficiente para acreditar el hecho a que se refiere, sin que sea necesario recurrir a otros medios probatorios. Pero esto no quiere decir que la plena fe no pueda ser contradicha; y, por el contrario, puede ser desvirtuada por el mérito de otras pruebas.

Razones en virtud de las cuales hace plena fe el instrumento público:

1. - Porque en el otorgamiento interviene un funcionario público, que tiene que cumplir determinadas requisitos para su designación, está sometido a vigilancia y sobre él pesan serias sanciones si se aparta de sus deberes. Por esto, es lógica la confianza que inspira el funcionario público. Es en razón de esta confianza que la plena fe del instrumento se limita sólo a las aseveraciones que conforme a la ley hace el mismo funcionario.
2. - El instrumento público está garantizado por el cumplimiento de ciertas solemnidades.
3. - Se estima que es difícil entrar a falsificar los instrumentos públicos.

Para determinar el valor probatorio la ley distingue entre el valor respecto de las partes y respecto de terceros.

Por otro lado, la ley distingue entre el otorgamiento del instrumento y la veracidad de las declaraciones.

A.- Valor probatorio entre las partes:

El instrumento público hace plena fe entre las partes del hecho de haberse otorgado realmente por las personas y de la manera que en el instrumento se expresa (arts. 17 y 1700 del CC).

En el otorgamiento se debe distinguir entre las declaraciones de las partes y las declaraciones del funcionario público :

- las declaraciones de las partes se presumen, por regla general, sinceras, pero no hacen plena fe pública. Puesto que ella se le atribuye al instrumento en consideración al funcionario que interviene en él.
 - en cuanto a las declaraciones del funcionario se debe hacer un análisis de ellas:
- a) las declaraciones del funcionario respecto de los hechos que percibió por sus propios sentidos hacen plena fe.
 - b) las declaraciones referentes a hechos propios del funcionario hacen plena prueba.
 - c) también hacen plena fe las declaraciones que hace el funcionario respecto a hechos que ha comprobado por los medios legales.
 - d) no hacen plena fe las declaraciones del funcionario que se fundan en dichos de otras personas.
 - e) no hacen plena fe las declaraciones que consisten en meras apreciaciones hechas por él.

El art.1700 dice que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haber sido otorgado y su fecha.

Se dice que en esta disposición hay una redundancia, puesto que la fecha sería parte del otorgamiento.

En cuanto a las declaraciones de las partes -de acuerdo con el art.1700- el instrumento público en cuanto a la verdad de sus declaraciones no hace plena fe. Aquí hay que distinguir en cuanto a la formulación y en cuanto a la veracidad de la declaración.

En cuanto a la *formulación* el instrumento público hace plena fe, porque se trata de un hecho que el funcionario atestigua por haberlo comprobado por sus sentidos.

En lo que respecta a la *veracidad de las declaraciones* el instrumento público no hace plena fe, pero su veracidad se presume. En cuanto a las razones por las cuales se presume se debe distinguir entre las declaraciones dispositivas y enunciativas:

1. Declaraciones dispositivas: son las que las partes han tenido en vista y constituyen el objeto del contrato; expresan el consentimiento y especifican el objeto sobre que éste recae, con todas sus modalidades. Tienen que referirse a los elementos de la esencia del acto o contrato. Ejemplo: las declaraciones del comprador y el vendedor en que dicen celebrar el contrato de compraventa sobre tal cosa, que el precio es tal suma, pagadero a tantos meses, etc.

2. Declaraciones enunciativas: son aquellas que no constituyen el objeto del acto de que se trata; son aquellas en que las partes relatan en términos simplemente enunciativos hechos o actos jurídicos anteriores. Ejemplo: el vendedor dice que la finca que vende está gravada con una servidumbre en favor del dueño de otro predio.

De acuerdo con lo establecido en el art.1700, el instrumento público no hace plena fe de la verdad de las declaraciones dispositivas que contiene. Esto no quiere decir que no haga fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, sino que significa que el instrumento público no hace prueba de la verdad de los hechos a que la declaración se refiere. Esta interpretación está conforme a los arts.17 y 1700 del CC y 477 del CPP.

Pero, si bien es cierto, el instrumento público no hace plena prueba, las declaraciones dispositivas se presumen verdaderas, por que el legislador parte de la base de lo normal, y lo normal es que el contenido de las declaraciones sea verdadero. La presunción de veracidad resulta de la aplicación de las normas del peso de la prueba (onus probandi) y no se funda en la fe pública, pero como presunción que es, puede ser desvirtuada por una prueba en contrario.

En los que respecta a las declaraciones enunciativas el instrumento público hace plena prueba en cuanto al hecho de haber sido formuladas. Pero la sinceridad de las declaraciones enunciativas que relatan simples hechos anteriores, no se presume, pues las partes no prestan a ellas la misma atención que a las dispositivas, que constituyen el objeto del acto a que el instrumento se refiere.

Pero las declaraciones enunciativas tienen cierto mérito probatorio que resulta de su consideración de confesión extrajudicial o de testimonio, según los casos. Contra la parte que la emite tiene el valor probatorio de confesión extrajudicial (art.398 CPC). Contra terceros la declaración enunciativa no constituye sino un testimonio irregular, prestado fuera de juicio y sin las formalidades previstas por la ley, con lo cual no tiene valor probatorio como prueba de testigos, pero podría servir de base a una presunción judicial.

Esta misma regla se aplica para aquellas partes del instrumento que no han formulado la declaración.

3.- Declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas: hay ciertas declaraciones enunciativas que el legislador asimila a las dispositivas: las que tienen relación directa con éstas.

El art.1706 dice: El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

Respecto de ellas se aplica la misma regla que para las declaraciones dispositivas, es decir, están amparadas por la presunción de veracidad.

La razón de este trato jurídico estriba en que la declaración enunciativa directamente relacionada con la dispositiva, está tan ligada a ésta que puede decirse que con ella se funde. Y las partes ponen tanta atención en esta enunciativas como en las dispositivas mismas.

Determinar si una declaración enunciativa tiene relación directa con lo dispositivo del acto es una cuestión de hecho, que corresponde determinar en cada especie particular. Pero, se estima en general, que existe esta relación cuando la declaración enunciativa relata hechos que contribuyen a la determinación del objeto o causa de la declaración dispositiva o cuando modifican los derechos que nacen de ella en todo o parte.

B.- Valor probatorio respecto de terceros:

En cuanto al otorgamiento y la fecha el instrumento público produce plena fe (art. 1700).

También hace plena fe respecto del hecho de haberse formulado las declaraciones.

En cuanto a la veracidad, las declaraciones dispositivas se presumen verdaderas frente a terceros por aplicación de las reglas del peso de la prueba, puesto que lo normal es que las declaraciones correspondan a la sinceridad de las partes.

Pero aquí se presenta un problema puesto que el art.1700 parece decir lo contrario: El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.

Pero el problema es que aquí hay un equívoco en que el legislador confunde dos cosas: el valor probatorio con el efecto obligatorio del acto jurídico.

Lo que el legislador quiso decir es que lo expresado en el instrumento no obliga ni alcanza a los terceros.

Y esto es lógico porque los terceros no han concurrido con su voluntad a obligarse por el acto o contrato de que da cuenta el instrumento. Las declaraciones enunciativas no tienen mérito alguno frente a terceros, la parte que formuló las declaraciones enunciativas no las puede hacer valer frente a terceros como prueba de verdad de los hechos que refiere, porque nadie puede constituir en medio de prueba sus propias declaraciones.

El tercero sí que puede invocar la declaración enunciativa contra el que la hace y la declaración tiene en contra de éste el mérito de la confesión extrajudicial: sirve de base a una presunción judicial para acreditar los hechos confesados (art. 398 CPC)

Al igual de lo que sucede entre las partes, las declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas se presumen sinceras frente a terceros. De esta forma lo ha entendido la doctrina, pese a que el texto del art.1706 se refiere solamente a las partes y ellos podría llevar a concluir que estaría excluyendo a los terceros y que estas declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas no harían fe contra terceros. Lo que sucede es algo similar a lo que acontece con el art.1700, porque el art. 1706 es la traducción del art.1320 del CC francés y se confunde también el efecto obligatorio con el mérito obligatorio. No obstante el texto del art.1706, los autores y la jurisprudencia entienden que las declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas se presumen verdaderas tanto respecto de las partes como de terceros por aplicación de las reglas del onus probandi o carga de la prueba.

Impugnación de los instrumentos públicos

La impugnación es la refutación destinada a destruir la fe probatoria de un instrumento.

El instrumento público se puede impugnar por vía de nulidad y por vía de falta de autenticidad. También pueden impugnarse las declaraciones de las partes contenidas en el instrumento, en este caso, la fe del instrumento no se destruye, pero su mérito probatorio queda indirectamente afectado, pues se desvirtúan las declaraciones en él consignadas.

A.- Impugnación por vía de nulidad:

Son plenamente aplicables las normas que rigen la nulidad de los actos jurídicos (Corte Suprema, 18 de julio de 1939. Rev., T.38, secc. primera, p.137). La nulidad puede referirse al funcionario autorizante o al instrumento en sí mismo:

- a) Nulidad por falta de funcionario autorizante: se produce por no haber sido autorizado el instrumento por el verdadero funcionario público, esto es, que quien aparece como funcionario público no tiene esa calidad; o bien, que aun siendo funcionario público, es incompetente en razón de la materia o del territorio; o bien, cuando teniendo la competencia del funcionario público, le está prohibido intervenir en un caso determinado.
- b) Nulidad a que se refiere el instrumento mismo: se produce por la omisión de las formalidades que la ley señala que deba llenar dicho instrumento público, trae aparejada la nulidad absoluta del mismo (art.1682), a menos que la ley establezca otra sanción como en el art.1026 con respecto al testamento.

La prueba de la nulidad del instrumento se puede hacer por cualquier medio probatorio establecido por la ley, incluso puede recurrirse a la prueba de testigos, porque la limitación establecida en el art.1708 se refiere a los actos y contratos y en este caso se están probando hechos.

B.- Impugnación por falta de autenticidad:

Se refiere al instrumento falso, este es, aquel que no ha sido autorizado por el funcionario que indica, o por no haber sido otorgado por las partes que expresa, o por haberse alterado las declaraciones que éstas hicieron.

En materia civil, la falta de autenticidad puede impugnarse por todos los medios que la ley acepte para establecer el fraude, teniendo especial importancia el informe de peritos (especialmente por el cotejo de letras y la comparación de firmas).

Tratándose de las escrituras públicas la ley ha establecido una limitación cuando se trata de impugnar su autenticidad por medio de testigos (art.429 CPC), en este caso se requiere de 5 testigos sin tachas, legalmente examinados y que den razón de sus dichos. Esta prueba es calificada por el tribunal de acuerdo con la sana crítica.

C.- Impugnación por la falsedad de las declaraciones contenidas en el instrumento:

Cuando se impugna la veracidad de las declaraciones que el instrumento contiene, no se está impugnando al instrumento público en sí mismo. La fe pública que ampara el instrumento alcanza solamente a las declaraciones hechas por el funcionario públicos y no a las declaraciones hechas por las partes.

Luego, lo que se ataca no es el instrumento mismo, sino la veracidad de las declaraciones que contiene el instrumento.

Porque las declaraciones se manifestaron ante el funcionario, luego, el instrumento público está acreditando bajo su fe que esas declaraciones se hicieron. Por esto, se va a atacar la veracidad y no la formulación del instrumento.

2.- Instrumentos Privados:

Son aquellos que se otorgan por los particulares sin que en su otorgamiento intervenga un funcionario público con el carácter de tal.

No es necesario que estos instrumentos cumplan con alguna formalidad, salvo la firma de las partes que es generalmente exigida.

Se estima que debe estar firmado por los otorgantes porque la firma es el signo por el cual una persona aprueba y hace suyo lo que se encuentra escrito en el instrumento.

Esta idea se ve confirmada en el art.1701 inc.2, al hablar de la conversión del instrumento público en instrumento privado, que exige como requisito único que el instrumento esté firmado por las partes. Por su parte, el art.1702 reconoce el valor de escritura pública al instrumento privado, respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, si se llenan los requisitos que indica. Finalmente, el art.1703 dice que la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino, entre otros casos, desde el fallecimiento de uno de los que lo han firmado. (ver Revista de Derecho y Jurisprudencia: T.34, secc. primera, p.557; T.16, secc. primera, p.442).

Hay ciertos documentos, como los asientos, registros y papeles domésticos—que no necesitan ser firmados por las partes ante notario. Se sostiene, aun cuando hay dudas, que esto no le da el carácter de instrumento privado y que el notario pasa a ser un testigo del otorgamiento del instrumento.

No obstante, hay ciertos instrumento privados en los cuales la autorización de la firma por el notario reviste importancia porque le confiere mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo; así sucede con la letra de cambio, los pagaré a la orden y el cheque (art. 434 N.4 CPC).

Valor probatorio de los instrumentos privados

Por regla general, el instrumento privado carece de valor probatorio respecto de toda persona. Pero si es reconocido o mandado a tener por reconocido adquiere valor probatorio entre las partes (art.1702). Al igual que el instrumento público, hace plena fe entre las partes, incluso en cuanto a las declaraciones enunciativas, siempre que estén directamente relacionadas con las dispositivas (art.1706).

Respecto de terceros, hay autores que dicen que el instrumento privado aun reconocido o mandado tener por reconocido no produce prueba frente a terceros. Para ello se basan en que el art.1702 se refiere sólo a las partes.

Sin embargo, otros sostienen que una vez establecida la autenticidad del instrumento (A. Vodanovic), su valor probatorio es el mismo entre las partes que con respecto de terceros. Llega a esta conclusión aplicando el principio del onus probandi que dice que lo normal se presume y lo anormal debe probarse, y lo normal es que las declaraciones hayan sido formuladas por las partes y que sean sinceras. Todo esto, sin perjuicio de que los terceros puedan aducir la prueba contraria.

Para que el instrumento privado tenga eficacia probatoria tiene que haber sido reconocido o mandado a tener por reconocido.

El *reconocimiento* puede ser judicial y extrajudicial o voluntario.

- Reconocimiento judicial: se declara la validez del documento por resolución del juez (art.346 N.4 CPC).

- Es voluntario cuando emana de la declaración de las partes. Puede ser expreso o tácito.

- Es expreso cuando ha sido directamente reconocido por la persona a cuyo nombre ha sido otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer reconoce el instrumento o lo ha reconocido en otro instrumento público.
- Es tácito, cuando puesto el instrumento en conocimiento de la parte contraria, no se alega por ésta su falsedad o falta de integridad dentro de los 6 días siguientes a la fecha de su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, aperebir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo (art. 346 N.3 CPC).

- Reconocimiento extrajudicial: se produce cuando el instrumento lo reconocen las personas referidas en él en un juicio distinto de aquel en que se hace valer el instrumento (art.346 N°3 CPC).

Si una de las partes presenta un instrumento privado y la otra lo desconoce, le corresponde probar la autenticidad a la parte que lo presentó o lo hizo valer. Porque en el instrumento privado no existe la garantía de fe pública que confirme la intervención del funcionario público. Para acreditar la autenticidad del instrumento que ha presentado, podrá servirse de todos los medios probatorios que la ley establece, teniendo especial importancia el cotejo de letras con otro instrumento indubitado, esto es, aquel en que no haya dudas respecto de las partes que lo otorgaron.

¿Desde cuándo se cuenta la fecha de un instrumento privado respecto de las partes y respecto de terceros?

Como en el instrumento privado no interviene el funcionario público, ni existen solemnidades legales, hay incertidumbre en cuanto a la fecha de su otorgamiento. Puede existir esta incertidumbre porque las partes lo pueden antedatar o postdatar de común acuerdo.

- Respecto de las partes: tiene fecha cierta desde que el instrumento ha sido reconocido o mandado a tener por reconocido. En este caso, va a tener al fecha que se expresa.
- Respecto de terceros: respecto de ellos no consta ni puede constar la autenticidad del instrumento privado, ni aun cuando haya sido reconocido por las partes o se haya mandado a tener por reconocido. Por eso es que el legislador, protegiendo los intereses de estas personas ajenas al instrumento, acepta como fecha cierta a aquellos casos desde los cuales no es posible modificar el instrumento privado, esto es, cuando se han producido hechos que imposibilitan una futura adulteración del instrumento. Estos casos están contemplados por el art.1703:

- 1.-fallecimiento de alguno de los que han firmado.
- 2.-desde el día en que ha sido copiado en un registro público.
- 3.-desde el día en que conste haber sido presentado en juicio.
- 4.-desde el día en que se haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tal.

A estos casos se debe agregar la protocolización del instrumento (art.419 COT).

Arts. 1704 y 1705. Estos instrumentos privados son los asientos, registros o papeles domésticos, cartas, telegramas y notas escritas por el acreedor. Se caracterizan por ser instrumentos privados otorgados por una sola parte. Por regla general, carecen de valor probatorio. Por excepción, si han sido reconocidos o mandados a tener por reconocidos tienen el valor de confesión extrajudicial.

2.-Prueba testimonial.

Se entiende por testigos a los terceros ajenos al acto o hecho que está sometido a discusión que pueden afirmar la existencia de un hecho jurídico porque estuvieron presentes en el momento que se produjo o que estuvieron conocimiento del mismo.

Inconvenientes de la prueba testimonial: la declaración de la persona está condicionada por diversos factores psíquicos personales que pueden contribuir a inducirla involuntariamente a desfigurar la realidad, esto hace que distintas personas capten un hecho en forma diferente. Además, esta prueba presenta el inconveniente de que es posible que ciertas personas declaren en forma falsa sobre hechos que le convengan, pudiendo ser motivados para ello por razones de amistad o por el deseo de obtener una recompensa. A este respecto, don Andrés Bello señalaba en el Mensaje del CC lo siguiente:

No hay para qué decir la facilidad con que por medio de declaraciones juradas pueden impugnarse y echarse por tierra los más legítimos derechos. Conocida es en las poblaciones inferiores la existencia de una clase infame de hombres que se labran un medio de subsistencia en la prostitución del juramento.

Algo tímidas parecerán bajo este punto de vista las disposiciones del proyecto; pero se ha recelado poner trabas a la facilidad de las transacciones, y se ha creído más prudente aguardar otra época en que generalizado por todas partes el uso de la escritura, se pueda sin inconveniente reducir a más estrechos límites la admisibilidad de la prueba verbal.

La circunstancia de riesgo que implica la declaración de testigos y el peligro de que a través de ella pueda afectarse la realidad y pasarse a llevar los derechos de otro, llevó al legislador a limitar este tipo de prueba. Sin embargo, hay ciertos casos en que es necesario recurrir a esta prueba, ya sea por la naturaleza misma de los hechos que se trata de demostrar, ya sea porque significa un medio de prueba más expedito y rápido, conveniente al acto en que incide. Así, en los delitos y cuasidelitos civiles es casi imprescindible la prueba testimonial. También en materia comercial no hay limitaciones, salvo excepciones, para esta prueba en consideración al monto de las obligaciones que se trata de probar.

Pero, hay actos que no pueden probarse por testigos, es decir, actos en los cuales la prueba de testigos es inadmisibile:

1. - El legislador dice en el art.1708 que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito. Esto es, todos aquellos actos solemnes en los cuales la solemnidad consiste en la escrituración, como sucede con el contrato de compraventa de bienes raíces (art.1801), con el contrato de promesa de celebrar un contrato(art.1554) y con los testamentos solemnes.

Cuando el acto solemne y la solemnidad consiste en la escrituración, la falta del instrumento respectivo no solamente impide la prueba de un acto o contrato por un medio diferente, sino que tiene como sanción la nulidad absoluta del acto o contrato. Aun cuando Claro Solar sostiene que la sanción para este caso es la inexistencia del acto, teniendo como fundamento el art. 1701 inc.1.

2. - El CC señala en el art.1709 que deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de 2 unidades tributarias. La UT puede ser anual o mensual, se entiende que en este art. se refiere a las UT mensuales. Cuando el legislador dice que en este caso no se admitirá la prueba de testigos, no quiere decir que no pueda probarse por otros medios, puesto que la limitación la ha establecido con respecto a la prueba de testigos.

La limitación de la prueba de testigos se refiere a los actos y contratos, y no a los hechos. Por esto es que los hechos pueden probarse por testigos, aun cuando la cantidad que se demande o reclame sea superior a 2 UT. También puede probarse toda otra clase de hecho de la naturaleza o del hombre que indirectamente pudiera tener consecuencias de índole jurídico.

La entrega de la cosa puede probarse por testigos porque es un hecho.

En las obligaciones existe una distinción entre las obligaciones de dar y las obligaciones de hacer. Las obligaciones de dar dicen relación con la transferencia del dominio o la constitución de un derecho real.

En opinión de Alessandri la prueba testimonial se refiere a las obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Así lo probaría el texto del art.1709 que habla de la entrega o promesa de una cosa y no de la entrega o promesa de entrega de una cosa.

Claro Solar no cree que el art.1709 se haya referido a toda clase de obligaciones de dar, hacer y de no hacer, porque si tal hubiere sido la intención del legislador, las palabras de la ley estarían de más, y habría bastado decir que deberán constar por escrito los actos o contratos que valgan más de 2 UT; pero no es eso lo que dice, sino los actos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de 2 UT.

Por su parte, Antonio Vodanovic estima que es Alessandri quien está en lo correcto, porque existe la misma razón para exigir la prueba escrita tratándose de la promesa de entrega de una cosa que tratándose de la promesa de realizar un hecho o una abstención, pues el legislador atiende al valor del objeto de la obligación. Señala que en cuanto a la idea de Claro Solar de que la palabra entrega después de promesa no se puso para evitar la cacofonía, no convence, porque el legislador en muchas ocasiones prefirió incurrir en ese defecto de lenguaje para ganar en claridad. La razón, pues, por la que no está la palabra entrega después de promesa, es de fondo jurídico y no de forma literaria.

- El inc.2 del art.1709 dice que no es 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.

Así, si en un contrato de mutuo de un valor superior a 2 UT se pactó una determinada tasa de interés, una de las partes pretende probar que hubo después rebaja del tanto por ciento de intereses, no podrá hacerlo mediante testigos.

Pero, al igual que en el caso de los actos que contienen la entrega o promesa de una cosa que vale más de 2 UT, podría emplear otro medio de prueba, como la confesión judicial.

¿En qué momento se establece el valor de la cosa que debe entregarse?

Al momento de la celebración del acto o contrato, porque es en ese momento en que debe cumplirse con la obligación de consignarlo por escrito. (arts. 1708 y 1710). De esto se desprenden varias cosas:

1. - Que no se incluyen en este valor de 2 UT los frutos, intereses u otros accesorios de la especie debida (art.1709 inc. final).
2. - A aquel que demanda una cosa de un valor de más de 2 UT no se le admite la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda (art.1710 inc.1)
3. - Tampoco se le admite cuando lo demandado es de un valor inferior a 2 UT, y se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue (art. 1710 inc.2).

Cabe destacar que el inc.2 del art.1709 emplea la expresión acto o contrato en el sentido de instrumento; no en el de declaraciones de voluntad que es el que correctamente le atribuye el inc. 1.

La limitación de la prueba testimonial del art.1709 inc.2, se refiere a los otorgantes, y no a los terceros. Tampoco tiene lugar en materia mercantil (art. 129 C de C).

Esta regla de que no es admisible la prueba de testigos contemplada en los arts. 1708 y 1709, tiene la siguientes excepciones, las que sólo son aplicables a las circunstancias de los arts.1708 y 1709, y en caso alguno, a aquellos actos que han debido consignarse por escrito (art.1711):

1.- Cuando hay un principio de prueba por escrito: principio de prueba por escrito es un acto escrito del demandado o de su representante que hace verosímil el hecho litigioso (art. 1711 inc.1). Para que el documento constituya principio de prueba por escrito debe reunir los siguientes requisitos:

- debe ser un documento escrito, firmado o no.
- puede ser público o privado reconocido o mandado a tener por reconocido.
- debe hacer verosímil el hecho litigioso, es decir, entre él y la obligación que se trata de probar, debe haber manifiesta ilación y coherencia.
- debe emanar de la parte contra la cual se invoca o de su representante, aunque no sea el demandado. El CC emplea la expresión demandado, porque normalmente él lo habrá dado.

2.- Cuando hay imposibilidad de obtener prueba por escrito: en este caso se admite la prueba testimonial. La imposibilidad puede ser física o moral. Hay imposibilidad física cuando las circunstancias materiales no permiten otorgar un instrumento. Y hay imposibilidad moral cuando razones de afecto, delicadeza, etiqueta o costumbre no hacen procedente exigir la extensión de un documento escrito.

3.- Finalmente, procede cuando la ley exceptúa la limitación: ejemplos se pueden encontrar en los arts. 2175 (comodato), en el depósito necesario (art.2237) y en los negocios mercantiles (art. 128 C de C).

Valor probatorio de la prueba de testigos:

Se debe distinguir entre los testigos presenciales y los testigos de oídas.

Testigos presenciales o de vista: son los que deponen hechos que han visto y presenciado.

Testigos de oídas: son los que relatan hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que conocen por el dicho de otras personas. Por esta razón, los testimonios de oídas se consideran como base para una presunción judicial (art.383 CPC). Sin embargo, es válido el testimonio de oídas cuando el testigo se refiere a lo que oyó decir a alguna de las partes, en cuanto de este modo se explica o esclarece el hecho de que se trata.

Respecto de los testigos presenciales, el art. 384 del CPC da distintas normas:

- la declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al art.426. De acuerdo con este art. las presunciones como medios probatorios se rigen por las disposiciones del art.1712 del CC, según el cual las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes.
- la declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir plena prueba cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario.
- cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso. En este caso, se aprecia la calidad y no la cantidad de testigos.
- cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número de testigos.
- si son iguales en calidad y número, se tendrá por no probado el hecho.
- cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes.

Es importante que los testigos expresen la causa por la cual ellos tienen conocimiento de los hechos que están aseverando, esto es, tienen que dar razón de los hechos.

3.- Presunciones

La presunción es el resultado de una operación lógica, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto.

Las presunciones se basan en el supuesto de que debe ser verdadero en el caso concreto lo que suele serlo de ordinario en la mayor parte de los casos en que entran aquellos antecedentes o circunstancias conocidas.

Los tribunales han resuelto que en aquellos casos en que es inadmisibile la prueba testimonial, y la presunción se basa en las declaraciones de los testigos, dicha presunción resulta inadmisibile, porque equivaldría a burlar las limitaciones de la prueba testimonial (Revista de Derecho y Jurisprudencia: T.3, secc. primera, p. 230; T.9; secc. primera, p.117). Pero vale la presunción aunque contribuyan a formarlas declaraciones testimoniales, si aquélla se deduce de hechos confesados por las partes o que constan de autos (Revista de Derecho y Jurisprudencia: T.37, secc. primera, p.499).

Clasificación:

- a) presunciones judiciales simples o del hombre,
- b) presunciones legales, las que se subclasifican atendiendo a si admiten o no prueba en contrario en:
 - simplemente legales y
 - de derecho.
- Presunciones judiciales:

Son las que el juez deduce de ciertos antecedentes y circunstancias que él determina y que se llaman indicios. No se encuentran enumeradas en la ley, ya que es imposible establecer su número.

Condiciones que deben reunir estas presunciones para tener valor probatorio: según el inc. final del art.1712 las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes.

- Grave: significa que del hecho conocido se deduzca casi necesariamente el hecho desconocido.
- Precisa: significa que no puede aplicarse a muchas circunstancias, que haya relación de causalidad entre las circunstancias y antecedentes conocidos y la conclusión que de ellos se infiere.

- Concordantes: significa que una presunción no se destruye con otra, que si son varios los antecedentes haya entre ellos armonía.

La presunción judicial debe fundarse en hechos reales y plenamente probados. Constituye plena prueba, pero, lógicamente puede ser destruida por otra plena prueba.

- b) Presunciones legales: son aquellas en que los antecedentes o circunstancias que dan motivo al hecho que se deduce, son determinados por la ley (art.47 inc.2). Son excepcionales y su interpretación es restrictiva, de ahí que no puedan aplicarse por extensión ni analogía más allá de los casos expresamente previstos por el legislador.

Dentro de estas presunciones se encuentran las simplemente legales y las de derecho:

- presunciones simplemente legales: son aquellas en que se permite probar que el hecho deducido no existe, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que la ley la infiere (art. 47 inc.3). Como ejemplo se puede citar al art. 180, que expresa que el hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido. Pero el inc.2 del mismo artículo faculta al marido para no reconocer al hijo como suyo si prueba si prueba en que durante el tiempo en que pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso a la mujer.

En la práctica, las presunciones simplemente legales tienen como efecto el de invertir el peso de la prueba, cuando lo presumido no es lo normal.

- presunciones de derecho: no pueden discutirse, no admite prueba en contrario, supuestos los antecedentes y circunstancias. de que la ley la infiere (art.47 inc.4). Se puede citar como ejemplo a los arts.76 inc.2, 223, 706 inc. final y 1790.

No hay necesidad de términos sacramentales para considerar una presunción como de derecho. Lo que si es necesario es que se revele claramente la intención del legislador de no admitir prueba en contrario.

Naturaleza jurídica de las presunciones:

Algunos estiman que no son medios de prueba, porque lo que en realidad se hace es liberar a una persona de la carga de la prueba. (Alessandri y Claro Solar).

Sin embargo, hay que hacer una distinción entre las presunciones legales y las presunciones de derecho. En cuanto a la presunción legal, no es que se libere del peso de la prueba, sino que se aliviana de la misma desde el momento en que se infiere un hecho desconocido.

En lo que respecta a la presunción de derecho, no tendría la calidad de medio probatorio, porque no existe ninguna posibilidad de probar lo contrario.

4.- La confesión

Es la declaración que hace una persona por la cual reconoce y prueba para sí mismo un hecho que le perjudica.

Se dice que esta es la prueba más importante de todas. Se fundan en que no es lógico creer que el que confiesa en juicio no ha de mentir para perjudicar sus intereses, y cuando hace una declaración favorable a la parte contraria, debe ser creído.

La confesión tiene que prestarla alguna de las partes, porque las partes prestan confesión; mientras que los terceros son testigos y prestan declaraciones.

Los hechos confesados tiene que ser contrarios a los intereses del confesante y no favorables a él.

La confesión produce todos sus efectos en forma plena y eficaz desde el momento en que ella se presta.

Para confesar es necesario tener capacidad como para disponer del derecho al cual se refiere la confesión, aunque la confesión en sí misma no constituye disposición del derecho; pero, como consecuencia de ella, puede producirse dicha disposición. Así, si alguien reconoce que no tiene un derecho, está haciendo disposición de él.

Clasificación: La confesión puede ser judicial o extrajudicial.

1.- Confesión extrajudicial: es la prestada fuera de juicio o ante tribunal incompetente, o distinto del de la causa. Puede ser expresa o tácita, según se haga en términos formales y explícitos o se desprenda de los dichos o actitudes del confesante.

Su valor probatorio es variable. Si es puramente verbal y se presta en casos en que no es admisible la prueba testimonial, dicha confesión no es considerada. Si es admisible la prueba testimonial, la confesión extrajudicial constituye la base de una presunción judicial.

La confesión extrajudicial constituye presunción grave cuando se presta ante la parte contraria; ante juez incompetente, pero que ejerce jurisdicción; o cuando se rinde en juicio entre otras partes; y, por último, esta confesión puede constituir plena prueba cuando se ha prestado en otro juicio en que intervienen las mismas partes y hay poderosos motivos para considerarla en dicho carácter.

2.- Confesión judicial: admite clasificaciones atendiendo a la forma en que ella se presta y a la naturaleza misma de la confesión.

- Atendiendo a la forma: puede ser espontánea o provocada.

Espontánea: es la que la parte hace libremente en las diferentes actuaciones del juicio; es la que por propia iniciativa presta la parte.

Puede ser verbal o escrita, según se haga en las audiencias o en los escritos respectivamente.

Provocada: (reviste mayor importancia) es la que la parte presta a requerimiento de la otra, por provocación se la contraparte. Recibe el nombre de pliego de posiciones. Se denominan posiciones las preguntas que una de las partes formula para que sean contestadas bajo juramento por la contraparte. Se formulan en conjunto, por escrito y se presentan al tribunal en sobre cerrado.

La persona que ofrece la prueba se llama ponente, ya la que contesta se llama absorbente.

Las respuestas al pliego de posiciones las da la parte absorbente por intermedio del juez, e incluso, hay ciertos casos en que la ley faculta a éste para que, a petición de parte, dé por confesados los hechos.

La confesión provocada puede ser expresa o tácita, la primera se hace en términos explícitos; y la segunda, es la que el juez declara a petición de parte, porque la ley la deduce de ciertos hechos, como cuando el litigante no comparece al segundo llamamiento hecho bajo apercibimiento de tenerlo por confeso, o comparece y se niega a declarar o se limita a dar respuestas evasivas (art.394 CPC). En estos casos se le da por confeso, a petición de la parte contraria, en todos aquellos hechos que estén categóricamente en el escrito en que se pidió la declaración.

La confesión se clasifica también en pura y simple, compleja y calificada.

- Pura y simple: es la que se hace sin agregar nada a los hechos confesados.
- Compleja: es aquella en que se confiesa algo, pero se le agregan hechos desligados entre sí (complejas de primer grado), o hechos ligados entre sí o que se modifican los unos a los otros (compleja de segundo grado), pero sin alterar la naturaleza jurídica.
- Calificada: es aquella en que el confesante reconoce un hecho, pero le agrega una circunstancia que altera su naturaleza jurídica. Por ejemplo: reconoce haber recibido una suma de dinero, pero no a título de mutuo, sino a título de donación.

Requisitos de la confesión:

- 1.- debe hacerse por una parte;
- 2.- debe prestarse ante el tribunal de la causa;

3.- debe ser hecha conscientemente: sin error de hecho, y

4.- debe el hecho perjudicar al que lo confiesa.

Valor probatorio de la confesión judicial:

Cualquiera que sea su clase o forma, produce plena prueba respecto del confesante, tanto en los hechos personales de éste, como en los que no lo son (arts.1713 CC, 399 y 400 CPC). Cabe destacar que estos arts. del CPC modifican al art. 1713, pues éste limitaba dicho valor probatorio a los hechos personales del confesante y no lo extendía a los hechos que no son personales, entendiendo por hechos personales aquellos en que ha intervenido la persona que confiesa y aquellos de que tiene conocimiento directo.

Casos en que no es admisible la confesión judicial.

Por regla general, la confesión judicial es admisible en toda clase de actos y contratos. Como excepción se pueden nombrar los siguientes casos:

- a) los actos y contratos solemnes (arts. 1701 y 1713 CC), porque la única forma de probarlos es mediante la respectiva solemnidad.
- b) en el juicio de divorcio, ya que no se admite el divorcio por mutuo consentimiento.
- c) en el juicio de nulidad de matrimonio, por la misma causal del anterior.

Sin embargo, la tendencia actual es aceptar la confesión cuando concuerda con otras pruebas; y, en todo caso, no se admite cuando la ley lo establece expresamente (arts.157 y 2485).

Indivisibilidad de la confesión

El problema consiste en saber si el adversario del confesante puede fraccionar la confesión, sirviéndose sólo de la parte que le beneficia y rechazando la que le perjudica. Este problema no existe en las confesiones puras y simples, pues como contienen un solo elemento, materialmente no se puede hacer separación o división alguna.

En general, se dice que las confesiones prestadas en juicio son indivisibles. El fundamento de la indivisibilidad de la confesión sería en que ésta no se constituye sino de todas sus partes, las cuales son mutuamente unas condiciones de otras, y dividir la confesión sería desnaturalizarla.

Otros dicen que el fundamento de la indivisibilidad proviene de la fuerza probatoria; invocada y prestada la confesión, produce plena prueba en todas sus partes, de suerte que no podría aceptarse una parte y exigirse la prueba del resto; el efecto probatorio se extiende a la totalidad de lo confesado, y no a una parte.

Pero otro sector de la doctrina estima que el problema de la indivisibilidad no existe, porque las llamadas confesiones calificadas y complejas no serían confesiones, sino simples denegaciones: el que hace una de dichas confesiones (que son las únicas que provocan el problema, ya que las puras y simples por su propia naturaleza no lo pueden suscitar) nada que le perjudique reconoce contra sí mismo, sino que fija su verdadera situación en oposición a la que pretende atribuirle el adversario.

El principio de la indivisibilidad se acepta respecto de las confesiones calificadas, porque ésta no es una confesión sino simplemente una denegación y despojar el hecho confesado de las circunstancias que constituyen su calificación, sería esnaturalizarlo, convirtiéndolo en otro hecho jurídico distinto.

Respecto de la confesión compleja se dice que la formada por hechos conexos, es indivisible; y la formada por hechos conexos, es divisible.

Una confesión puede comprender hechos diferentes o no, según si éstos salen o no de la órbita del derecho que se discute en el juicio. Cuando la confesión comprende hechos diferentes, no hay una sola confesión, sino varias: tantas como cuantos sean los hechos diferentes. Y en estos casos puede separarse, esto es, invocarse una independiente de las demás.

En el derecho positivo chileno, por regla general del art.401 del CPC, el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante.

Pero este mismo art. considera ciertas excepciones:

1. - Siempre que comprenda hechos diversos enteramente desligados entre sí, y
2. - Cuando, comprendiendo varios hechos ligados entre sí o que se modifiquen los unos a los otros, el contendor justifique con algún medio legal de prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado.

Son hechos totalmente desligados entre sí los que constituyen confesiones diferentes. En consecuencia, pueden separarse los unos de los otros sin que se cercene el principio de la indivisibilidad.

Irrevocabilidad de la confesión.

Se puede caracterizar a la confesión porque una vez hecha no se puede revocar, salvo que se haya padecido error de hecho. Lo dicho se aplica tanto a la confesión de hechos personales como a la confesión de hechos de terceros (arts.1713 CC y 402 CPC).

5.- Inspección personal del tribunal

Está regulada entre los arts. 403 y 408 del CPC y se define como el reconocimiento o examen de la cosa litigiosa o del lugar del suceso, realizados por el mismo tribunal, con el fin de aclarar la verdad de los hechos controvertidos.

Este medio tiene mayor importancia en materia penal que en materia civil. Tiene lugar en materia civil cuando la ley lo ordena, por ej. la denuncia de obra ruinoso (571 CPC) o el amparo de aguas (183 C.Aguas) y cuando el juez lo dispone.

Procedimiento: Previo decreto, el juez y el secretario se trasladan al lugar del hecho. De la diligencia de inspección se levanta un acta, dejando constancia de las circunstancias y hechos materiales observados por el tribunal. El juez firma el acta y la autoriza el secretario.

Como valor probatorio constituye plena fe en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación, pero no respecto de las conclusiones que el tribunal pueda sacar de lo observado.

7.- Informe de peritos

Es el dictamen que emiten los técnicos de una ciencia o arte.

Se recurre a ellos en aquellos juicios en que es menester poseer conocimientos especializados sobre la materia que se discute o que motiva la contienda.

El informe de peritos puede ser obligatorio o facultativo.

1. - Es obligatorio en los casos de interdicción por causa de demencia, en los juicios de servidumbre de tránsito, en el cotejo de letras, etc. Art. 409.
2. - Es facultativo cuando se trata de hechos para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de alguna ciencia o arte o cuando se trata de puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera. Art. 411 N°s 1 y 2.

Toda persona es hábil para ser perito, salvo:

- los inhábiles para declarar como testigos en juicio, y
- los que no tienen título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiere está reglamentada por la ley (art. 412 CPC).

El valor probatorio del informe de peritos le corresponde apreciarlo al tribunal, que debe hacerlo en conformidad a las reglas de la sana crítica (art.425 CPC).

Valoración de las pruebas contradictorias.

El art.428 CPC regula esta situación, dándole un campo de acción muy amplio al juez, puesto que a falta de ley que resuelva el conflicto lo resuelve el tribunal prefiriendo lo que crea mas conforme con la verdad.

D. Peñailillo agrega que antes de efectuar esta valoración el juez debe analizar los tipos de pruebas que se contradicen, presentándose el problema sólo si hay oposición entre plenas pruebas o entre pruebas semiplenas, entre sí respectivamente. Si hay oposición entre una plena prueba y una semiplena se prefiere a la primera, lo que equivale a concluir que se dará por probado el conforme se desprende de la plena prueba, o con las características que se desprenden de la plena.