

Arturo Alessandri R.
Manuel Somarriva U.
Antonio Vodanovic H.

**TRATADO DE
DERECHO CIVIL**
PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

Editorial Jurídica de Chile

SECCIÓN CUARTA
EL OBJETO Y EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS

CAPITULO XXXIV
NOCIONES GENERALES

988. Concepto

Empecemos recordando una noción fundamental, la de derecho subjetivo: poder o señorío de la voluntad de una persona, reconocido y garantizado por el derecho objetivo, para que ella satisfaga sus propios intereses,

El elemento personal de la relación que supone el derecho subjetivo, constituido por los sujetos activos y pasivo, se analizó en el tomo primero de esta obra. Corresponde estudiar ahora el elemento contrapuesto, el objetivo, o rica, el objeto del derecho. Consiste en todo aquello sobre lo que recae el poder del titular o sujeto activo del derecho y hacia lo cual se dirige su interés,

Variados son los derechos subjetivos y variados también sus objetos. Pueden ser las cosas (bienes), el comportamiento humano (actos o abstenciones del sujeto pasivo), la persona propia o ajena y otros valores.

A continuación se examinan esos objetos.

989. a) COSAS, BIENES

En el campo jurídico se entiende por cosa, salvo la persona, toda entidad corporal o incorporal.

En las cosas corporales o materiales caben desde el Sol (cuyo volumen es un millón trescientos mil veces mayor que el de la Tierra.) hasta las ultra microscópicas bacterias, que, según los investigadores, tienen un espesor promedio, poco más o menos, de una veinticinco milava parte de una pulgada.

Entre las cosas incorporales o inmateriales, es decir, las que no se perciben por los sentidos sino sólo por el intelecto, se colocan las producciones del espíritu, como una creación literaria, los inventos de aplicación industrial, etc. Algunos, siguiendo al Derecho Romano, llaman cosas incorporales a los mismísimos derechos. Luego nos detendremos en explicar este punto,

No todas las cosas pueden ser objeto de los derechos; sólo pueden serlo las útiles y las apropiables. Las que reúnen estos caracteres se llaman específicamente bienes.

Útiles son las cosas capaces de proporcionar un beneficio moral o económico. Las cosas inútiles, como las pelusas que flotan en el aire, no son dignas de la tutela jurídica.

La etimología de la palabra bienes delata el carácter útil de las cosas que el Derecho considera. Proviene ella del adjetivo latino Bonus. Que, a su vez, deriva del verbo beare, el cual significa hacer feliz. Realmente, aunque las cosas que se tienen por propias no dan la Felicidad, contribuyen al bienestar

del hombre por la utilidad moral o material que de ellas puede obtener,

Para entrar en la categoría de bienes las cosas deben ser, además de útiles, apropiables, ü sea, susceptibles de caer bajo el dominio o poder del hombre, sea por la aprehensión material o de cualquiera oirá manera. Si la apropiación sólo pudiera realizarse mediante la aprehensión física, las cosas inmateriales -que no se miran ni se tocan- no podrían ser objeto de los derechos,

El requisito de la apropiabilidad se explica. Hay cosas muy útiles que, por su naturaleza misina o estar destinadas al uso de todos los hombrea, no pueden ser el objeto del derecho exclusivo de nadie: los astros que nos alumbran, el aire que respiramos, la acá mar por la cual navegamos. Claro que nada se opone a que partes de esas cosas o energías que de ellas emanan, sean apropiadas y se conviertan en objetos de derechos. El que encierra aire en recipientes (aire comprimido), el que extrae agua de los mares, el que capia energía solar, se hace dueño de lo obtenido-Las cosas útiles y apropiables, o sea, las que pueden ser objeto de derechos, se denominan específicamente bienes. Las cosas, pues, difieren de los bienes, se dice, como el género de la especie: las cosas son el género; los bienes, la especie.

Lígrese de esto que todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. Sólo tienen este carácter las que pueden ser objeto de los derechos, como lo afirma explícitamente el Código Civil italiano de 1942 al decir: "Sonó boni le cose que possono formare oggetto di dari" (art. 810). En sustancia. Con palabras distintas, declara lo mismo el Código Civil venezolano de 1942, reformado en 1982 manifiesta que "las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o

Privada son bienes muebles o inmuebles" Cari. 525). El Código Civil boliviano de 1975 contiene una definición que es variante de la italiana; dice: "'Son bienes las cosas materiales e inmateriales que pueden ser objeto de los derechos" Canículo 74).

El Código Civil alemán reserva la palabra Ahwaz sólo para las corporales; las incorporales reciben el nombre de objetos incorporales; señala expresamente: "Sólo los objetos corporales son cosas en el sentido de la presente ley" (artículo 90). Esta categórica declaración se hizo para evitar cualquiera duda, ya que antes de la Unidad Alemana (1871), el Código Civil prusiano de 1794 había dado, según los comentaristas, una amplitud desmedida al concepto de cosas que le hacía perder todo valor propio.

990. LOS CONCEPTOS DE COSAS Y BIENES EN EL CODIGO CIVIL CHILENO

Nuestro Código Civil no define el concepto de cosas en general; lo supone conocido. Tampoco precisa qué son los bienes; se limita a decir que "consisten en cosas corporales o incorporales"; en seguida define específicamente unas y otras, cuyo análisis haremos oportunamente.

Más adelante, al igual que el Código Civil francés y otros, habla indistintamente de bienes y de cosas, circunstancia que ha llevado a afirmar a muchos

Que para todos esos Códigos bienes y cosas representan conceptos sinónimos. Se ha replicado que si los bienes consisten en cosas, éstas deben tomarse en el sentido de bienes, o sea, de cosas susceptibles de ser objeto de los derechos, que es lo que interesa al legislador. Y es lo que decía un viejo tratadista francés consultado más de una vez por don Andrés Bello; nos referimos a Mourlon, que afirma: "La ley, por [o demás, se -sirve indiferentemente de las dos palabras (bienes y cosas); pero cuando ella habla de cosas, entiende siempre referirse a los bienes, es decir, las cosas susceptibles de entrar en el patrimonio de un sujeto".¹ Y cuando no se refiere a los bienes -agregaríamos nosotros- lo dice claramente. Así, expresa que no son susceptibles de dominio las cosas que, como la alta mar, la naturaleza hay hecho comunes a todos los hombres (Art., 585). Decir que una cosa no es susceptible de dominio, de apropiación, significa que no puede ser objeto de derechos, que no es un bien.

Sea como fuere, el asumo no es para desvelarse, porque en cada caso el tenor mismo de las disposiciones pone de manifiesto si el legislador alude a las cosas en general o a los bienes en sentido estricto.

Nosotros, al hablar en esta obra de los bienes, nos referimos a las cosas, corporales o incorpóreas, que pueden ser objeto de los derechos, esto es. Las útiles y apropiables, y llamamos cosas, en un sentido general, a todas las entidades, excepto las personas, sean o no susceptibles de ser objeto de los derechos,

Por último, advertimos que en otras disciplinas la palabra bien presenta significaciones distintas. Por ejemplo, en Derecho real se habla del bien jurídico protegido y se lo refiere al interés jurídico tutelado. Así, en el homicidio el bien jurídico protegido es la vida; en el hurto, no la cosa sustraída, sino la propiedad de la misma, etc.

991. ENTIDADES O CONCEPTOS QUE OFRECEN DUDAS SOBRE SI SON O NO COSAS

Diversos conceptos y entidades ofrecen dudas sobre si pueden calificarse o no de cosas: el espacio, el tiempo, las energías naturales. A continuación pasamos revista a dichas figuras de la realidad física o del pensamiento.

991-a, EL ESPACIO

Tiempo y espacio no son cosas sino formas existenciales y de concepto.

La palabra espacio tiene diversas acepciones en filosofía y las variadas ramas de la ciencia: matemática, ciencias naturales, cosmología, psicología.

El espacio es una forma existencial necesaria a los entes corpóreos, personas y cosas, pues todos ellos "ocupan un espacio", tienen dimensiones, posición y mensurabilidad.

En cosmología el espacio real es un concepto de relación y se dice que es la distancia entre dos lugares o, más generalmente, la relación de la dimensiones

¹ 'Frederic Mourlon. Répétitions edités sur le premier examen de Code Napoléon, tome premier, P.ins, 1854, p, 609, párrafo II. Beño tuvo acceso a una edición anterior, pero idéntica en la parte citada en el a la tenida a la vista por nosotros.

Del universo con todos los cuerpos que contiene. Y por espacio imaginario se entiende una continua e ilimitada extensión considerada como un receptáculo vacío en el cual pueden existir y moverse las entidades corpóreas,

El ordenamiento jurídico toma en cuenta el espacio cuando atiende, para diversos efectos, al lugar en que se encuentran las personas o las cosas o en que ocurren los hechos y actos jurídicos. Por ejemplo, el Código Civil manda que si no se ha estipulado lugar para el pago de las obligaciones y se iraca de un cuerpo cierto (cosa corporal individualizada y determinada de una manera precisa, como tal automóvil, el caballo de carrera Espartaco, la casa de la calle Fanor Velasco signada con el número 16) se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la ubicación (artículo 1588), Otro ejemplo: la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvos los casos expresamente exceptuados (art. 955).

Espacio aéreo o atmosférico. Es el que ocupa la columna de aire sobrestante a las tierras y los mares. El Estado de Chile tiene la soberanía exclusiva del espacio aéreo sobre su territorio (Código Aeronáutico aprobado por la ley N° 18.916. de 8 de febrero de 1990, artículo 1^o).

De la definición de espacio aéreo resulta que no cabe confundirlo con el aire. Este último es la masa gaseosa que envuelve la Tierra y, como las demás cosas corporales, ocupa espacio.

No debe creerse que el espacio aéreo sea una cosa porque las leyes aplican el principio según el cual el dueño del suelo también lo es del espacio aéreo o vuelo que está sobre la superficie de su dominio. Se traía nada más que de una forma de hablar, queriendo significarse sólo que el mencionado dueño puede usar del espacio aéreo para extender sus construcciones hacia arriba hasta donde le sea útil y permitido por las ordenanzas de construcción y urbanización u otras normas legales,

991-b. EL TIEMPO

También el tiempo es un concepto que se define de maneras distintas según se considere su aspecto filosófico, psicológico, físico o biológico.

En el siglo V, San Agustín, que hizo celebradas reflexiones filosóficas sobre el tiempo, interrogaba, ¿qué es este?, y se respondía; "Si nadie me lo pregunta, lo sé; si quiero explicarlo a quien me lo pide, no lo sé. Empero, con seguridad digo que si nada pasara, no habría tiempo pasado, y si nada acaeciera, no habría tiempo futuro, y si nada hubiese no habría tiempo presente".²

El presente es el punto indivisible del ahora, entre lo pasado y lo futuro.

Vulgarmente el tiempo se define como el medio homogéneo e indefinido en el que se desarrollan los acontecimientos.

En astronomía, tiempo es el intervalo entre dos fenómenos sucesivos de la misma especie, o la duración de uno perfectamente definido. En la periodicidad de estos fenómenos (por ejemplo, movimientos planetarios) se funda la

¹ SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, traducción del latín y notas de Lorenzo Riber, séptima edición de Aguilar. Madrid, 1964, final del Capítulo XIV, p. 626.

Medición del tiempo. Con sutileza se ha observado que, probablemente, no exista el tiempo absoluto; pero en física .se mide el tiempo teniendo como base la rotación periódica de la Tierra con relación al Sol al mediodía (día solar) o a las estrellas (día sideral)".

La medición del tiempo, que hoy ha llegado a ser exacta, "representa una necesidad elemental del hombre para orientarse en el universo",

El tiempo juega un importante papel en muchos fenómenos jurídicos: vigencia de las leyes; consolidación u extinción de derechos o situaciones jurídicas, a través de instituciones como la prescripción y la caducidad, etc.

Más adelante se analizará el tiempo como circunstancia de los actos jurídicos y ahí nos detendremos en su computación.

992. LAS ENERGIAS NATURALES

La palabra energía tiene diversas significaciones en física, biología, fisiología, psicología, y, aun dentro de una misma ciencia, presenta variadas acepciones.

En este lugar, hablando de las energías naturales, nos referimos a la energía que estudia la física. Se define como la capacidad o aptitud de un cuerpo para vencer resistencias y producir trabajo, que es el efecto del consumo de la energía; por ejemplo, poner en movimiento un cuerpo. También se dice que energía es en física la capacidad de la materia o de la radiación para producir un efecto: movimiento, luz.

Las energías que se encuentran en la naturaleza (solar, térmica, hidráulica, atómica o nuclear, eléctrica, vibraciones eléctricas, rayos) no son cosas corporales en cuanto no tienen cuerpo, una extensión material; pero, replican otros, tampoco puede sostenerse que .son incorporales, puesto que son perceptibles por los sentidos, Con un criterio practico, las legislaciones modernas miran como bienes corporales muebles o las asimilan a ellos, todas las energías o fueras naturales que tienen valor económico y han sido controladas por el hombre y puestas a su servicio (Códigos Civiles de Italia de 1942, art. 814; de la República de Filipinas de 1949, art. 416 N° y; de Etiopía de 1960, art. 1129; de Bolivia de 1975, art. 76; del Perú de 1984, art. 886, N° 2).

992-a LA CORRIENTE ELECTRICA; CALIFICACION JURIDICA; HURTO

Merece una explicación aparte la comente eléctrica u electricidad en movimiento.

No se trata de un "fluido" transportado por o sobre el hilo conductor, sino de un estado especial de movimiento de los electrones de un cuerpo (alambre, cable). Según enseñan los científicos, "en los átomos de las substancias metálicas hay cierto número de electrones libres o panículas de carga negativa que se mueven en los espacios existentes entre los átomos del metal. El movimiento electrónico ocurre generalmente sin dirección definida y no puede ser detectado. La conexión de una balería eléctrica produce un campo eléctrica en el metal y hace que los electrones libres se muevan o corran en una dirección y este movimiento electrónico es lo que constituye una corriente eléctrica".

Determinar si ella es una cosa tiene gran importancia práctica en la esfera del Derecho. Por ejemplo, el hurto, estrictamente hablando, supone una cosa

Corporal mueble hacia la cual se dirige la apropiación ilícita, En el sentir de algunos, como la corriente eléctrica no representa ningún cuerpo separado y distinto del hilo conductor, únicamente éste, los acumuladores, etc., son cosas, pero no. además, la corriente eléctrica misma. De aquí se desprende que, en rigor. Sólo dichos cuerpos son susceptibles de hurto y de danos;¹ el aprovechamiento ilícito de la corriente por un tercero debe configurarse como un delito distinto, pues lo que se suministra legalmente o. en otra hipótesis, dice hurtarse es la capacidad residente en los conductores eléctricos de proporcionar trabajo, la energía, que es algo incorporeal,

Otros no aceptan la opinión anterior, Estiman que la energía eléctrica es una cosa corporal, puesto que es perceptible por nuestros sentidos, y si no contemplemos a los ajusticiados en una silla eléctrica; además, esa energía puede aislarse y recogerse en acumuladores, medirse, transportarse y transformarse a voluntad, de manera que es posible hacerla pasar del dominio de una persona al de otra, en la forma y cantidad que se desee, para proporcionar una utilidad al hombre. Todo esto basta y sobra para calificar de cosa corporal a la energía eléctrica, terminan afirmando los partidarios del punto de vista ahora esbozado.

Sea porque la corriente eléctrica se estime cosa corporal, sea porque simplemente se equipare o asimile a ellas, las legislaciones establecen el delito de hurto para el aprovechamiento ilícito de esa energía en movimiento. Nuestra Ley de Servicios Eléctricos sanciona penalmente al que, en forma directa o indirecta, sustrajere energía o corriente eléctrica por medio de conexiones ocultas o fraudulentas.

Mucho antes de que esta norma -se introdujera en la legislación patria, una sentencia del año 1920 declaró que "la electricidad, mirada no en el estado latente en que se encuentra en la naturaleza, sino como producto industrial de empresas de alumbrado, o sea como el resultado de los escritos y trabajos del hombre para desarrollarla y transportarla en energía utilizable es una cosa mueble susceptible de ser apropiada y transferida",¹

Para completar la materia, aunque continuemos invadiendo un poco los claustros penalistas, citemos una sentencia del año 1969. que distingue entre el hurto o sustracción de energía eléctrica y la variedad del delito de estafa que significan las maniobras en el medidor de consumo para que aparezca registrada una cifra menor de kilovatios que la realmente gastada; dice el fallo: "Si desde una casa que no tiene medidor de consumo eléctrico .se sustrae energía a través de arranques directos unido"- a la red de distribución, se configura el delito de hurto reiterado de energía eléctrica a la empresa respectiva, delito previsto en el artículo 168 de la Ley de Servicios Eléctricos vigente a la sazón y 446 números 1" y 2" del Código Penal. Para la existencia del hurto o sustracción de energía eléctrica es necesario, según la ley, que se realice, mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, entendiéndose por clandestinas las ocultas

³ PAÚL OERTMANN, *Introducción al Derecho Civil*, traducción del alemán, Barcelona, 1933, p. 40.

¹ Corte de Apelaciones de Talca, 7 de septiembre 1920, R-, t- 19, sec1', p- 5.

Y por fraudulentas las no autorizadas por la empresa o la correspondiente autoridad pública, aunque en este caso no se oculten. En consecuencia, no hay delito de hurto o de sustracción de energía eléctrica, sino el de estafa, cuando se practican maniobras tendientes a alterar el medidor de consumo para que aparezca registrada una cifra menor de kilovatios que la efectivamente gastada".⁵

Tratándose de operaciones jurídicas lícitas, la cuestión de si la energía o corriente eléctrica es cosa corporal o incorporea, no trae problemas, porque bien se sabe que una y otra clase de cosas son susceptibles de ser objeto de derechos y de actos jurídicos: compraventa, donación, contrato de suministro, etc.

992-b. ENERGIA GENETICA

Con la expresión energía genética quiere significarse la capacidad de procreación que tienen los seres vivos y mediante cuyo ejercicio se reproducen y transmiten, a través de los genes, uno o varios caracteres hereditarios.

La energía genética se aprovecha directamente en el acoplamiento del macho y la hembra que puede traer nuevos individuos si prospera la fusión del espermatozoido y el óvulo.

Cuando entre los dueños de animales de sexo diferente se conviene ayuntarlos para obtener crías, el contrato que se celebre (arrendamiento, comodato o préstamo de uso, gratuito o remunerado, contrato innominado o atípico, etc.) tiene por objeto el animal para usarlo única y exclusivamente con fines reproductivos durante el tiempo pactado. Claro que aquí la energía, al revés de lo que sucede con la eléctrica, se proyecta en una cosa material y distinta del cuerpo en que tiene lugar, como es el semen.

Hoy día, se practica en gran escala la inseminación artificial. Los espermios y óvulos de animales seleccionados se venden sin mayores problemas. Pero desde la antigüedad hay dueños de animales hembras que encuentran más cómodo, natural y barato traer nocturna y sigilosamente, por ejemplo, el linajudo y costoso toro del fundo vecino para cruzarlo con la vaca propia, devolviendo al alba, después del cruce, al animal momentáneamente sustraídos. Si la maniobra dolosa es descubierta, el astuto, desde tiempos remotos, alega invariablemente lo mismo, que nada ha hurtado, puesto que el gallardo macho está ahí, pastando en sus lugares. Sin duda contestaban los jurisconsultos romanos- el toro no se ha hurtado, pero sí su energía genética y el hecho ilícito merece condena e indemnización el aprovechamiento torcido de aquella energía,

992-C Energía humanas

A la luz de la doctrina, la-s energías humanas no se consideran bienes. Porque, o se despliegan para un trabajo aplicativo, como el del obrero o empleado, y

⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre 1969, R., t. 66, sec. 4^a, p. 312 (considerandos 5, 6 y 10, pp. 313-314),

Con esto cobran existencia autónoma y separada del hombre, o se usan en un trabajo creativo, caso en el que son bienes inmateriales las obras producidas (una novela, una estatua, un invento). Nótese que la inmaterialidad se refiere a la creación espiritual y no al libro, al mármol moldeado o al artefacto en que se exterioriza dicha creación.

993. b) EL COMPORTAMIENTO HUMANO; LA PRESTACIÓN

Hemos dicho que pueden ser objeto de los derechos las cosas o bienes, el comportamiento humano e incluso la persona. Estudiados los bienes, toca referirse al comportamiento del hombre. Se traduce en uno o más actos o servicios, o en toda una serie de ellos, que debe cumplir el sujeto pasivo en interés del sujeto activo o titular de derecho subjetivo,

Tratándose de obligaciones patrimoniales, es decir, valuables en dinero, el comportamiento del deudor en interés del acreedor se llama prestación. Esta es, pues, el objeto del derecho del acreedor y de la obligación del deudor.

La prestación puede consistir en un acto positivo (ejecución de un transporte, custodia de una cosa o en uno negativo o abstención. Con revender durante cierto tiempo la cosa comprada, no remover, por un determinado lapso, a los empleados del establecimiento comercial adquiridor. El comportamiento o prestación también, como dijimos, puede consistir en la ejecución de una serie de actos, cual sucede con el trabajo subordinado de empleados y obreros,

El objeto inmediato de los derechos reales son los bienes, y el de los derechos personales o créditos, el comportamiento del sujeto pasivo, la prestación del deudor, aun cuando ésta sirva para procurar una cosa al acreedor. Por ejemplo, el crédito de una suma de dinero tiene por objeto inmediato, no la suma de dinero, sino una prestación del deudor, el pago; después que el acreedor recibe el dinero, éste pasa a ser objeto de un derecho real, el de propiedad.

994 C) LA PÉRSONA COMO OBJETO DE LOS DERECHOS

Además de las cosas y el comportamiento humano, puede ser objeto de los derechos la persona propia o ajena.

La doctrina tradicional estima que es una herejía pensar siquiera que la persona pueda ser objeto de cualquier derecho. Porque sujeto y objeto son términos que se contraponen y, en consecuencia, no se puede ser a la vez sujeto y objeto. Y esta afirmación, se agrega, también tenía validez en los tiempos en que se aceptaba la esclavitud, porque los esclavos, si bien eran hombres, seres humanos, no eran personas, sujetos de derechos, sino cosas y como tales podían ser objeto de derechos.

Otro sector de la doctrina sostiene que la persona ¿s susceptible de ser objeto de derechos. Enseguida trataremos este punto de vista, distinguiendo entre el caso de la persona como objeto del derecho sobre sí misma y el de la persona como objeto del derecho de otra.

994-a LA PÉRSONA COMO OBJETO DE LOS DERECHOS SOBRE SI MISMA

Para negar que la vida y el cuerpo de una persona viva pueden ser objeto del derecho de ésta, se dice, por un lado, que la ley no admite el suicidio, lo que probaría que ella, en cuanto a su vida, no puede ser objeto de un derecho propio; y, por otro lado se hace ver que el cuerpo de una persona viviente forma parte de ella en una unidad indisoluble, y por lo mismo no puede mirarse separadamente y ser objeto de un derecho suyo.

En cuanto a la negación de la propia vida como objeto del derecho de una persona, se contesta que, efectivamente, a la persona no se le reconoce derecho sobre su vida, como lo prueba la circunstancia de que se castigue la instigación y la colaboración al suicidio de otro, pero esto tiene su explicación. La persona no sólo es de ella misma, sino también de la familia y de la sociedad de que forma parte, a las cuales no tiene derecho a sustraerse implacable y definitivamente.

Por lo que atañe a la negación del propio cuerpo como objeto del derecho, se contesta con preguntas: ¿Que representa el riñón cuando se dona para ser trasplantado a otra persona? ¿No es acaso el objeto de un derecho del donante, como también lo es la sangre para la transfusión de ella a otro individuo?

Esforzándose por explicar el asunto algunos señalan que la persona que dispone de órganos o de humores suyos tiene indudablemente derechos sobre ellos, y como sujeto del derecho ha de considerarse la persona en su sentido integral, el yo personal; en cambio, el objeto es el elemento material, el cuerpo de que la persona resulta compuesta mientras vive.

Otros piensan que la explicación anterior es trabajosa y rompe la unidad de la persona al separar el yo personal del material o puramente corporal. Por eso declaran que la realidad impone aceptar el cuerpo propio como objeto de un derecho sobre sí mismo, debiendo rechazarse argumentos especiosos que sólo traían de salvar añejos dogmas o convencionales prejuicios. Es necesario reconocer que el derecho sobre el propio cuerpo, al igual que todos los derechos de la personalidad no están, como los derechos patrimoniales (reales y de crédito) en el mundo exterior, sino que se hallan inmersos en la persona misma, en su individualidad física o en la experiencia de su vida moral y social

67

Hay, pues, entidades personales que sin ser cosas y antes de cobrar autonomía respecto del cuerpo humano de que forman parte se consideran objeto de derechos.

En resumen, las personas no sólo tienen derecho sobre su propio cuerpo para hacer uso libremente de él, sino también para disponer de partes integrantes del mismo, todo ello dentro de los límites permitidos por la ley y las buenas costumbres.

Las partes y los humores después de la separación del cuerpo a que pertenecían se convienen en cosas. Este punto, como algunos de los párrafos

Anteriores, fueron desarrollados en el tomo primero de la presente obra (números 466, 771 y 772, páginas 326 y 480 a 482). Nos remitimos a esos discursos,

994-b. LA PERSONA AJENA COMO OBJETO DE LOS DERECHOS

En los países de civilización occidental hay un gran respeto por la condición humana, incluso por la de los delincuentes. Leyes internas y convenciones internacionales prohíben al menos en el papel, cualquier tortura o atentado a la integridad física o mental de toda persona, aunque sea un criminal abominable. Pero hay países de culturas y religiones singulares que entienden las cosas de otra manera. Un ejemplo es la República Democrática de Sudán, de 24 millones de habitantes, cuyo idioma oficial es el árabe y en que el 73% de la población profesa la religión musulmana. Pues bien, el 22 de marzo de 1991 comenzó a regir en ese país un nuevo Código Penal, fundado en la sharia islámica, el cual, además de la pena de muerte, consagra la amputación, la lapidación, la flagelación y la crucifixión.

Dejando de lado concepciones que nos abisman, cabe preguntarse si en el campo del Derecho civil, en países de nuestra cultura, existen derechos que tengan por objeto una persona ajena. La respuesta es afirmativa, pero se trata de derechos o potestades que de ninguna manera hieren o lastiman la dignidad humana; el ordenamiento jurídico atribuye esos poderes, que al mismo tiempo importan obligaciones para su titular, en beneficio de la persona que es objeto de ellos o por recíproca necesidad.

Ejemplo típico de derechos sobre otra persona son los que tienen los padres sobre los hijos sujetos a su potestad o los de los tutores o curadores sobre los pupilos, casos todos en que se dirige en forma muy amplia la vida o la conducta de los sometidos a potestad o guarda.

Los cónyuges son objeto de recíprocos derechos para cumplir los fines del matrimonio, y muy en especial el de la procreación,

En este último caso se reconoce un derecho sobre el cuerpo de otra persona. La cohabitación, el deber de los cónyuges de vivir juntos, "comporta principalmente el *ius in corpus*. El derecho de un cónyuge sobre el cuerpo del otro en orden a la procreación de hijos, y correspondientemente el deber de cada cónyuge de consentir al otro, sobre su propio cuerpo, el ejercicio de ese derecho". El deber de fidelidad pone de manifiesto el carácter exclusivo del derecho sobre el cuerpo del cónyuge, pues implica para marido y mujer la obligación de abstenerse de relaciones sexuales o filo sexuales con cualquiera otra persona que no sea el propio cónyuge.^{8,9}

El filósofo Kant, uno de los pensadores más grandes de todos los tiempos, justifica que el cuerpo de una persona sea el objeto del derecho de otra, por la ventaja recíproca que ellas obtienen. Un cónyuge se convierte en objeto al poner a disposición del otro su cuerpo, pero restablece su personalidad

^{8,9} DOMENICO BARBERO, *Sistema del Derecho Privado, traducción del italiano, I. II, Buenos Aires, 1967, p. 68* letras a) b).

Al lograr, por su lado, el goce del cuerpo del otro. Así puede leerse, con palabras más crudas, en los Principios Metafísicas de la Doctrina del Derecho⁵

994-C. EL CADÁVER; SU CARÁCTER DE LA COSA

El cadáver de una persona es una cosa de la cual, en vida, ella puede disponer y ordenar, por ejemplo, conforme a las normas de policía mortuoria, su incineración. También puede destinarlo a investigaciones científicas u otros fines señalados en el Código Sanitario, que ya enunciamos al estudiar los derechos de la personalidad (tomo I, páginas 487 a 495), lugar en que también señalamos quiénes pueden disponer del cadáver en caso de que el difunto no lo hubiera hecho en vida.

Una situación curiosa es la de los individuos que, como el dibujante cinematográfico Walt Disney, disponen la hibernación artificial del cuerpo muerto con la esperanza de que el avance de la ciencia permita retornarlos a la vida y curar b enfermedad de que murieron. Si la quimera de hoy se negara a realizar mañana tendríamos que una "cosa" recobraría su condición primitiva de "persona"...

995. d) OTROS VALORES QUE CONSTITUYEN OBJETO DE LOS DERECHOS

Hay objetos de los derechos que no son cosas, ni comportamientos humanos y, tampoco, personas, sino oíros valores; vida, integridad física, integridad moral, el honor, definido éste por el penalista Maggiore como la aureola de estimación social que circunda el nombre de una persona y refleja su integridad moral.

Los valores indicados son objeto de los derechos de la personalidad, oportunamente analizados (tomo I, páginas 487 a 495).

996. CONTENIDO DE LOS DERECHOS

Contenido del derecho "es lo que por el derecho se puede obtener con relación al objeto." También se dice que son las ventajas o utilidades que el derecho permite recabar de su objeto. El contenido se actúa prácticamente a través de hechos materiales y jurídicos.

La propiedad es el derecho de contenido más amplio, permite usar, gozar y disponer de la cosa que es su objeto. En cambio, el derecho de usufructo sólo faculta para usar y gozar de la cosa, y el derecho de uso, más limitado aún, no permite sino usar de la cosa. Los derechos reales de garantía, como la prenda y la hipoteca, autorizan para expropiar la cosa garante en caso de que

¹⁰ Traducción del alemán, Dirección General de Publicaciones, México, 1908, pp. 95-96, 11º Alberto Trabucchi. Istituzioni di Diritto Civile, Padova 1985. Nº158. p. 389, Nótese que esta edición es muy posterior a la de la traducción española; no sólo está más actualizada, sino que presenta, además, innovaciones y algunos cambio de opinión.

No se pague la deuda que ella cauciona, a fin de que con el producto de la expropiación se satisfaga al acreedor.

En los derechos personales, de crédito o de obligación, como también se llaman, el objeto del derecho es la prestación, o sea, una acción positiva o negativa del deudor y el contenido es la cosa o el servicio que se procura a través de la prestación.¹²

La diferencia entre objeto y contenido del derecho se percibe fácilmente si se piensa que pueden coexistir varios derechos en relación con el mismo objeto, pero con diverso contenido. Un fundo puede ser propiedad de Antonio, usufructo de Benito, soportar una servidumbre de paso a favor del predio de Carlos, estar hipotecado en pro de Dámaso y arrendado a Ernesto. El objeto siempre es el mismo, el fundo; pero los diversos derechos con relación a él son todos compatibles porque tienen diverso contenido.

Cada derecho se caracteriza por su contenido específico, que lo distingue de los otros. En abstracto todos los derechos de un mismo tipo tienen idéntico contenido, sin perjuicio de que en concreto puedan ofrecer variaciones por la concurrencia influyente de otros derechos que, al menos por un tiempo, alteran su contenido. Ejemplo típico es el derecho de propiedad que permite el uso, goce y disposición de la cosa que es su objeto; pero si se constituye sobre dicha cosa un usufructo, el dominio o derecho de propiedad se comprime, mientras dura el usufructo, porque el uso y

El goce de la cosa, contenido del derecho de usufructo, son absorbidos por éste, quedando la propiedad nuda o desnuda, recuperando todo su contenido sólo cuando se extingue el usufructo.

¹² La doctrina del texto es la tradicional y clásica; otra más moderna entiende que el contenido del derecho personal o de crédito es la prestación del deudor y el objeto sería el bien deducido en la relación, la utilidad valorable como un bien que promete el acreedor, La prestación sería el medio o instrumento para conseguir el objeto.

Entre los partidarios de la doctrina clásica se cuentan, entre otros, Ruggiero, Maro y Malorca, Iorgio di Semo, F. Santiro Pasarelli, Henri, Letín y Jean Mazeaud, Marty y Raynaud. Los sostenedores de la doctrina moderna están Nicolo, Barbero, Trabucchi, Rotondi y Candian.

Los autores de ambas tendencias aparecen especificados en VODANOVIC, Derecho de Obligaciones, Santiago, 1970 (edición agotada), N° 136, p. 122,

CAPITULO XXXV

CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES

997. UTILIDAD y JUSTIFICACIÓN

Toda clasificación es una operación lógica. Consiste en distribuir, jerárquicamente, en grupos y subgrupos una multiplicidad de individuos u objetos considerando sus semejanzas y diferencias,

No se formulan las clasificaciones para deleite de sus autores y menos, cuando son numerosas, para fastidio de los estudiantes, Ellas ofrecen innegable utilidad. Además de ser un poderoso auxiliar de la memoria, permiten abarcar de un modo general los conocimientos que interesan y percibir más clara y fácilmente las relaciones de los miembros que las componen. Sólo son repudiables las clasificaciones caprichosas o de artificialidad evidente.

Los Códigos se han visto obligados a clasificar los bienes o cosas porque su régimen jurídico, común o diferente, depende de la clase a que pertenecen. Por ejemplo, las normas aplicables a la adquisición y enajenación de los bienes son unas para los muebles y otras para los inmuebles. Hay actos que pueden celebrarse con relación a ciertas cosas y no con relación a otras. En suma, son razones de interés práctico las que mueven a clasificar los bienes.

Nuestro Código Civil dedica un título a "las varias clases de bienes" (artículos 565 a 581). Señala las distinciones más importantes y generales. Pero la doctrina universal agrega otras. De inmediato pasamos a estudiar las construidas por la ley y las doctrinarias de mayor relevancia.

A. COSAS CORPORALES Y COSAS INCORPORALES

998, FACTOR DETERMINANTE DE LA CLASIFICACIÓN

Según que las cosas puedan percibirse o no por nuestros sentidos (sea directamente o por medio de instrumentos adecuados), se clasifican en corporales o materiales e incorporeales o inmateriales.

998-a. LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL

Gayo jurista de pensamiento clarísimo pero enigmático por los escasos datos que se tienen de su persona, publicó en Ruma, en el siglo II de nuestra era,

Un libro breve y elemental llamado Instituciones, que otros denominan La Instituto. Dice ahí; "También se dividen las cosas en corporales e incorpales. Corporales son las que se pueden tocar (quae tangi possunt) como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas. Son incorpales las cosas que no se pueden tocar (quae tangi non possunt), como las que consisten en un derecho, a saber; la herencia, el usufructo, o las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído", A continuación subraya que nada importa que la herencia comprenda cosas corporales, o el usufructo recaiga sobre ellas o lo que se nos debe sea un predio, porque si bien son corporales todas las cosas mencionadas, los derechos de herencia, de usufructo y el de obligación "son en sí cosas incorpales", como también las servidumbres activas.'

Los comentaristas enseñan que cuando los textos romanos hablan de cosas tangibles o que se pueden tocar, debe entenderse que se refieren a las que pueden percibirse por cualquiera de los sentidos y no sólo por el tacto.

Nuestro Código Civil se ajusta, en sustancia, a ese antiquísimo pasaje gayano. En efecto, dice: "Los bienes consisten en cosas corporales o incorpales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los .sentidos, como una casa, un libro. Incorpales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas" (artículos 565 y 566),

Puede observarse que la definición de cosas incorpales en nuestro Código resulta más estrecha que la de los romanos, pues la reduce únicamente a los derechos, en tanto que la de aquéllos señala que son incorpales las cosas Intangibles, "como las que consisten en un derecho". Se alude, pues, al derecho como un ejemplo de cosa incorporal.

Una definición más genérica y exacta de cosas incorpales es la que dice que son las que no se perciben por los sentidos, sino por el intelecto o entendimiento. Luego veremos que la doctrina moderna refiere el concepto de cosas incorpales a determinadas creaciones del espíritu.

998-b. ANALISIS DE LA DEFINICION DE COSAS

En la doctrina se dice que son corporales las "cosas que forman parte del mundo exterior y sensible, o sea, que ocupan un espacio u obran sobre los sentidos".² Nótese bien; basta una u otra cualidad (ocupar espacio u obrar sobre los sentidos) y no las dos a la vez. Por lanío -consecuencia práctica-, la corriente eléctrica, aunque no ocupa espacio, obra sobre nuestros sentidos y es por esa sola circunstancia cosa corporal, y no cosa incorporal, como sostienen algunos, según

¹ La Institua de Gayo, imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, calle de la Manzana, número 14, Madrid, 1S45, Comentario Segundo. Di; las cosas. Tirulo Primero. De la división y adquisición de las cosas, párrafos 12 a 14, p. 85. Además de esta edición, que es la misma que consultó don Andrés Bello, hemos tenido a la vista otra, publicada con el título de Instituciones jurídicas(de Gayo), dada a la estampa por Gráficas Diamante-Berlín 20-Barcelona, 1965, párrafos 12 a 14, p. 42.

² TRABUCCHI, ob. cit. N° 158, p, 390,

expusimos antes, A idéntica conclusión se puede llegar con la definición del Código Civil chileno, conforme a la cual .son cosas corporales las que tienen un ser real y pueden percibirse por los sentidos. Tener un .ser real significa tener una existencia verdadera, efectiva y no puramente ideal. Resulta entonces que la corriente eléctrica, aunque carece de corporeidad, nadie puede sostener que es algo sin existencia real y menos que no puede percibirse por los sentidos.

999. CRÍTICA DE LA CLASIFICACION TRADICIONAL

La distinción romana entre cosas y derechos -se afirma- nació de una errónea interpretación de la filosofía estoica de los griegos y, como clasificación, no tiene fundamento alguno o razón de ser. Porque toda clasificación importa distinguir partes de un mismo todo, y en este caso los miembros de la clasificación son de naturaleza muy diferente, pues, por un lado, aparecen las cosas corporales y, por otro, los derechos, O sea, se contraponen de una manera incoherente los derechos a su objeto,

Pero alguna explicación debe tener esta clasificación tan extraña. Ocurre que los romanos, por la amplitud de facultades que sobre la cosa da el derecho de propiedad, llegaron a identificar la cosa con el derecho mismo; este se corporificaba en ella y se materializaba. De ahí que se usara -y se sigue usando- un lenguaje elíptico para expresar la propiedad que se tiene sobre una cosa, pues nadie dice "el derecho de propiedad que tengo sobre tal cosa", sino simplemente "mi cosa", subentendiéndose que la cosa es de propiedad de! que habla. Ningún otro derecho admite su silenciamiento si se quiere manifestarlo. Siempre es necesario indicarlo con su nombre específico Junto con la cosa que es su objeto. Por ejemplo, hay que decir "el usufructo o la servidumbre que tengo sobre tal predio". Enunciando separadamente la cosa y el derecho que sobre ella recae se hacen visible la naturaleza incorporal del último. Los romanos, pensando en el patrimonio, colocaban a un lado las cosas que les pertenecían en propiedad, considerándolas en sí mismas, como entes materiales, corporales, y al otro lado ponían los demás derechos, considerados como cosas incorporales. La clasificación resulta, pues, una antítesis entre el derecho de propiedad y todos los otros derechos. Y esto no tiene justificación, puesto que el de propiedad es tan derecho como los demás.

En nuestro Código Civil perdura la clasificación tradicional y habrá que aceptarla como una construcción de la ley positiva. Ha de advertirse, sí, que el legislador patrio no excluye de las cosas incorporales el derecho de dominio o propiedad. Porque después de expresar que son cosas incorporales las que consisten en meros derechos (art. 565), agrega luego que "las cosas incorporales son derechos reales o personales" (Art., 576), y entre los derechos reales cita el dominio (Art., 577).

³ Entre los diversos significados de "ser" está el de "lo que existe", que es el que más se aviene con la redacción del texto del artículo 565, Por cierto, no desconocemos [os demás sentidos, incluso el del filósofo alemán Heidegger que hace una distinción neta entre el ser y lo existente.

1000. MODERNA CONCEPCIÓN DE LOS BIENES INMATERIALES O INCORPORALES

Indudablemente que si los derechos quieren mirarse como bienes, son incorpó- rales; el reproche es a la clasificación que, de una parte, coloca como objeto de los derechos a las cosas, y de otra, a los derechos mismos. Por eso la concep- ción moderna integra en la categoría de las cosas incorpóales a las entidades que, siendo objeto de los derechos, son perceptibles sólo por el intelecto y que, además de tener un valor moral como proyección de la personalidad, tienen uno económico. Se trata de creaciones del espíritu, de producciones del talento o del ingenio que son objetivo de los llamados por la doctrina francesa derechos intelectuales. El nombre se explica, porque son derechos que se reconocen al intelecto. Entre esas cosas incorpóales están las obras artísticas, científicas y literarias, los inventos industriales, los modelos de esta misma especie, los modelos ornamentales, el nombre comercial de una empresa, el nombre de un establecimiento de comercio, las marcas comerciales o de fábrica.

Todos los profesores levantan la voz y algunos también las cejas para advertir que no debe confundirse la creación espiritual con el substrato material en el cual se incorpora. Una novela, por ejemplo, como producción del ingenio es la cosa incorpóal o inmaterial objeto del derecho de autor, y el libro en que está impresa es objeto de la propiedad de la persona adquirente.

Se dice que los forjadores de los bienes inmateriales tienen una propiedad análoga a la que existe sobre los bienes materiales- El Código Civil declara que "las producciones del ingenio o del talento son una propiedad de sus autores". Agrega que "esta especie de propiedad" se rige por leyes especiales (Art., 584).

La "especie de propiedad" sobre los bienes inmateriales es bastante diferente de la que recae sobre bienes corporales; ambas se parecen sólo en su carácter excluyente y absoluto, es decir, que su titular tiene el goce exclusivo o monopólico del bien y que su poder puede hacerlo valer contra todos los demás (erga omnes). Pero en otros aspectos las notas distintivas son pronunciadas. El goce, por ejemplo, a que faculta la propiedad de bienes materiales es el de apropiarse de los frutos y productos de éstos, en cambio, el goce de la propiedad de una obra literaria o de una patente de invención faculta para reproducir la obra o disfrutar del invento en la industria con exclusión de cualquiera otro.

La propiedad de la cosa material en que está plasmada la creación del ingenio o del talento faculta para vender, donar y hasta destruir esa cosa, llamada Corpus mechanicum, pero no para reproducir su contenido, como hacen los que fotocopian fraudulentamente todo un libro. Y no existe la facultad de tal reproducción porque ella implica el goce del bien inmaterial, la creación ingeniosa, el corpus mysticum, que es objeto del derecho exclusivo y absoluto de su autor o de quien le suceda en ese derecho.

B. COSAS MUEBLES E INMUEBLES 1001. IDEA GENERAL

Las cosas corporales son muebles o inmuebles (artículo 566), según que ellas puedan o no transportarse de un lugar a otro sin cambiar de naturaleza.

La ley ha hecho extensiva esta distinción a las cosas incorporales (artículo 580), que, por su esencia, no son, en realidad, muebles ni inmuebles; Perú rabones prácticas, que luego veremos, justifican la disposición del legislador.

1002. HISTORIA DE LA DISTINCIÓN

En el derecho moderno se considera como la clasificación más importante de las cosas, la que distingue los bienes muebles e inmuebles. No ocurría lo mismo en el Derecho Romano, en que la clasificación tratada sólo surgió en los últimos tiempos; pero no tuvo la amplitud ni el interés práctico actual. En efecto, se aplicaba sólo a las cosas corporales, en principio, las reglas jurídicas eran comunes a los muebles e inmuebles, aunque había, para estos últimos, algunas normas especiales: disposiciones sobre relaciones de vecindad y sobre servidumbre; los plazos para la prescripción y los preceptos reguladores de la protección posesoria eran diferentes para muebles e inmuebles, etc.⁴

Fue el Derecho de la Edad Media el que desarrolló y dio importancia a la distinción entre ambas clases de cosas. En esa época solo se estimó de valor la propiedad inmueble, en especial la agraria; sobre ella se constituyó el fundamento del poder político y económico. Los bienes raíces representaban "la aristocracia de las cosas" y, en consecuencia, recibían del legislador una protección y un tratamiento privilegiado. Los bienes muebles, en cambio, eran considerados como viles y despreciables: *res mobilis*, *res vilis*; *vilis mobilium possessio*⁵

Esta superioridad de los inmuebles sobre los muebles trajo dos consecuencias: 1) una diferencia substancial entre el régimen jurídico de unos y otros; 2) la necesidad de catalogar todas las cosas, no sólo las corporales, sino también los derechos (tanto los de naturaleza privada como los públicos), en una u otra categoría de ellas.⁶ Reflejan esta concepción los Códigos de Francia (artículo 516) y de Chile (artículos 566 y 5SO), pues encuadran todas las cosas, corporales e incorporales, dentro de las clases de muebles e inmuebles,

El inmenso desarrollo del comercio y la industria, iniciado en el siglo XIX, ha dado a la riqueza mobiliaria una importancia enorme. Pero este incremento de la fortuna mobiliaria no se debe, fundamentalmente, a la multiplicación que, por obra de la industria y el comercio, han experimentado la producción y el intercambio de los objetos corporales muebles, sino a la consideración de los derechos personales, de crédito u obligaciones, entre las cosas incorporales muebles. Los derechos

⁴ JÜRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, traducción castellana, Barcelona, 1937. pág. 111, párrafo 46.

⁵ Sin embargo, hubo en Castilla, en determinado momento de la Edad Media, en el llamado de "resurrección germanista", una exaltación del bien mueble. Los eruditos observan en todo el Poema del Cid el desprecio del Territorio (de lo inmueble) y la exaltación del oro, la plata y los vestidos Véase: BENITO FLOREZ "Sobre los bienes muebles en el derecho Medieval Español", estudio publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 163, Madrid, 1933, pp. TV, a 827,

⁶ BARASSI, citado por Cascan, obra citada, tomo I, p. 264,

Mobiliarios (bonos de crédito contra sociedades, contra el Estado, etc.), han determinado, pues, la preeminencia de la riqueza mobiliaria sobre la inmobiliaria.

en la mayor parte de los países civilizados aquélla es muy superior a ésta y constituye lo esencial de las fortunas, por eso hoy en día se tiende a una protección jurídica de la riqueza mueble similar a la dispensada a los inmuebles.

A pesar de todo, en las legislaciones modernas como la alemana y la suiza, la clasificación de los muebles e inmuebles sigue siendo la más importante. El Código Civil alemán, dicen Enneccerus, Kipp y Wolff, establece un derecho mobiliario y un derecho inmobiliario "profundamente diversos, rigiendo sólo en pocos aspectos principios iguales o coincidentes en lo principal".⁷ En el Código Civil italiano de 1942 se mantiene también la distinción tradicional de los muebles e inmuebles, porque, según decía el Ministro Guardasigilli Grandi en su Relación al Rey, todavía es importante bajo múltiples aspectos en el ordenamiento jurídico ("perché, come no già notato, ancora soltó molteplici aspetti rilevante nel nostro ordinament giuridico"),

1003. INTERES PRÁCTICO DE LA DISTINCIÓN

En general, puede decirse que dentro de nuestra legislación los muebles están menos protegidos que los inmuebles y que el régimen jurídico de unos y otros es diverso,

1) La enajenación de los muebles está autorizada más fácilmente que la de los bienes raíces cuando se trata de incapaces o de los administradores de bienes ajenos.

2) La venta y enajenación de los inmuebles exige solemnidades y requisitos que el legislador no impone tratándose de bienes muebles.

3) El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de dos años para los muebles y de cinco años para los bienes raíces (artículo 2508).

4) Los inmuebles son susceptibles de hipoteca; los muebles sólo pueden garantizarse con prenda. Sin embargo, por excepción, los buques y aeronaves, que son por su naturaleza mismas cosas muebles, pueden hipotecarse.

5) Sólo pueden ser objeto de actos de comercio las cosas muebles.

6) Es elemento de los delitos de robo y hurto la apropiación de cosa mueble ajena; la apropiación de cosas inmuebles constituye el delito de usurpación.

7) Es competente para conocer de una acción inmueble, el juez del lugar en que el bien raíz esté situado, y de una acción mueble, el juez del lugar en que debe cumplirse la obligación, salvo las excepciones legales.

En el curso de nuestro estudio veremos muchas otras diferencias más entre el régimen jurídico de los muebles y el de los inmuebles.

1004. DIVERSAS CATEGORIAS DE COSAS CORPORALES MUEBLES E INMUEBLES

"En principio, la noción de inmueble está ligada a la de la fijeza. El concepto de inmueble, evoca una cosa que no es susceptible de trasladarse de un lugar a

⁷ Obra citada, volumen I, p. 555.

Otro sin alterar su naturaleza; el concepto de mueble corresponde a una cosa cuyo traslado es posible sin ningún riesgo para su sustancia",

Pero la ley admite que una cosa mueble por naturaleza sea considerada inmueble y, a la inversa, que una cosa inmueble o que como tal debe tenerse, se repule mueble para constituir un derecho sobre ella a favor de terceros.

De este hecho surgen diversas clasificaciones. Las cosas corporales muebles son de dos clases: muebles por naturaleza y mueble, por anticipación. Las cosas corporales inmuebles se agrupan en tres categorías: inmuebles por naturaleza, inmuebles por adherencia o incorporación e inmuebles por destinación. Algunos autores reducen los inmuebles a dos clases: inmuebles por naturaleza, comprendiendo en ellos a las cosas inmuebles por incorporación, e inmuebles por destinación. En todo caso, hay que observar que nuestro Código Civil no adopta ninguna terminología; se limita a expresar los conceptos de las diversas clases de cosas,

1005. INMOBILIZACIÓN, INMOVILIZACIÓN

La transformación de objetos muebles en inmuebles es llamada por alguna inmovilización palabra muy gráfica, aunque no figura en el Diccionario de la Academia Española. Otros prefieren hablar de inmovilización, vocablo aceptado por el Diccionario de la Lengua y que se refiere a la acción y al efecto de inmovilizar una cosa. Ambos términos denotan en el fondo la misma idea, como quiera que una cosa sea inmueble o inmueble cuando no puede moverse.

La inmovilización es a veces meramente ficticia, pues el mueble que se considera inmueble para los efectos jurídicos sigue en el hecho con la aptitud para trasladarse o ser trasladado de un lugar a otro sin menoscabo de su naturaleza o estructura.

Así, por ejemplo, .son inmuebles los animales actualmente destinados por el dueño de una finca al cultivo o beneficio de ella (artículo 570, inciso 4").

Pero en Otros casos la inmovilización responde a la realidad. Las cosas muebles que constituyen un edificio pasan a ser inmuebles, porque por su adhesión o incorporación permanente al suelo no pueden transportarse sin que dejen de ser lo que son. Si un edificio es demolido, los materiales ya no pueden considerarse como elementos constitutivos de un edificio; recobran la individualidad que tenían antes de la incorporación al suelo, vuelven a ser cosas muebles.

I. COSAS CORPORALES INMUEBLES

1. inmuebles por naturaleza

1006 IDEA GENERAL

Son las cosas que responden esencialmente a la definición de inmuebles: cosas que no pueden trasladarse de un lugar a otro sin que se altere su sustancia.

Dice el artículo 568: "Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.

Las casas y heredades se llaman predios o fundo".

Los que siguen la clasificación tripartita sólo consideran inmuebles por naturaleza las tierras y minas.

1007. LAS TIERRAS

Las tierras comprenden el suelo y el subsuelo, sin construcciones, árboles ni plantaciones. Constituyen un elemento natural fijo. No modifica la naturaleza inmueble de la tierra el hecho de que pueda alzarse por palas y transportarse, pues lo que se traslada es una porción mayor o menor de ella, pero no la tierra propiamente tal ni una parte de ella, con su disposición natural en estratos; en otras palabras, lo que se traslada es la materia inorgánica desmenuzable de que se compone el suelo natural y las demás sustancias existentes en él, pero no el suelo mismo, es decir, la superficie geográfica-

1008. LAS MINAS

Las minas son los depósitos de sustancias minerales formadas naturalmente y existentes en el interior de las tierras. Las sustancias minerales extraídas de la mina son muebles; pero la mina, en sí misma, siempre es una cosa inmueble.

1009. PREDIOS O FUNDOS

Dice el Código Civil que las casas y heredades se llaman predios o fundos (artículo 568, inciso 2°).

Indudablemente, la palabra casa está tomada en un sentido amplio, en el edificio en que se puede vivir o morar, aunque no esté destinado a la habitación hogareña. Y así también es casa el edificio en que funciona un almacén.

Heredad, según el Diccionario de la Lengua, es: porción de terreno cultivado perteneciente a un mismo dueño, hacienda de campo, bienes raíces o posesiones. Esta última palabra designa especialmente a las fincas rústicas.

1010. PREDIOS URBANOS Y RÚSTICOS

Los predios se dividen en urbanos y rústicos.

Por predio rústico se entienden diversas cosas; 1) el campo o sitio fuera de poblado; 2) la parte de tierra vacía que se cultiva o beneficia de cualquier modo;

3) la tierra permanentemente destinada al cultivo agrícola, sin que importe su ubicación dentro de límites urbanos o rurales; 4) el sitio no edificado, sea que se cultive o beneficie la tierra o no. El sitio no edificado y que no se cultiva ni labra, se llama erial o sitio eriaz.

Para determinar el significado que en las leyes tiene la expresión predios rústicos, habrá que atender en cada caso, y en ausencia de una definición legal, al sentido que fluye de las disposiciones respectivas.

Así, por ejemplo, de diversas disposiciones del Código Civil se desprende que, en el contrato de arrendamiento, predio urbano es el que está edificado, hállese en el campo o en la ciudad; y predio rústico es el que está destinado permanentemente al cultivo agrícola. No constituye predio rústico una cantera, pues tal bien raíz no está destinado a la agricultura.¹¹

Hay casos que se prestan a dudas. Para calificar, entonces, si un predio es rústico o urbano, será preciso determinar cuál es el elemento principal, si la tierra o el edificio. Por ejemplo, el arrendamiento de una parcela agrícola será de predio rústico, aunque comprenda una casa valiosa; y por el contrario, si el destino principal del inmueble es la habitación, el arrendamiento será de predio urbano, aunque la casa tenga quinta o huerto.

Para la Ley de Arrendamiento de Bienes Raíces Urbanos tienen este carácter "los ubicados dentro del radio urbano" (ley N° 18,101, de 29 de enero de 1982, rectificada en el Diario Oficial de 4 de febrero del mismo año, art. 1º).

Para la Ordenanza General de Construcciones, expresa una sentencia de la Corte de Valdivia, predios urbanos serían los que se encuentran dentro de los límites urbanos, y predios rústicos, los campos o sitios fuera de poblado,⁹

La distinción entre predios rústicos y urbanos tiene gran importancia práctica, como, por ejemplo, en materia de impuestos; y es de notar, también que varias leyes establecen impuestos adicionales sobre sitios eriazos en diversas ciudades.

El Código Civil consagra reglas particulares relativas al arrendamiento de edificios (artículos 1970 a 1977) y reglas particulares relativas al arrendamiento de predios rústicos (artículos 1978 a 1986).

Las reglas relativas a la cabida no son aplicables a las ventas de predios urbanos sino únicamente a la de los rústicos.¹¹⁾

La ley sobre caminos establece que los predios rústicos deberán permitir la extracción de tierra, arena, piedra y demás materiales análogos que existieren dentro de sus propiedades y fueren necesarios para la construcción y conservación de los caminos.,, Quedan exceptuados de esta disposición los terrenos ocupados por edificios y sus dependencias; Jardines, huertos, parques y viñedos. .. En predios rústicos deberá permitirse el libre acceso y tránsito por ellos de los encargados de efectuar los estudios de caminos y trabajos instrumentales que éstos requieran.

⁸ Corte de Valparaíso, 16 de diciembre de 1902, "Gaceta de los Tribunales", año 1902, tomo II, ?2.971, p. 1308.

⁹ Sentencia de 17 de abril de 1941, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIX, sección segunda, p 1 (considerandos 13 y 14, pp. 4 y 5).

¹⁰ Corte Suprema, 12 de enero de 1915, Caerla 1915, 1er semestre, N° 16, p. 32, Revista de Derecha y Jurisprudencia, tomo XII, sección primera, p. 574; C. de Valparaíso, 2 de julio de 1915, Gaceta 1915, 2º semestre, N°413. P.1064 C.de Iquique, 14 de enero de 1919, (Gaceta 1919, 1er, N° 1.145, p. 459, En contra: C. de Tacna, 7 de octubre de 1914, Gaceta 1914, 2º semestre, N 56, p. 1269.

2. Inmuebles por adherencia

1011. IDEA GENERAL

Inmuebles por adherencia o incorporación son aquellas cosas que adhieren permanentemente a las que no pueden transportarse de un lugar a otro."

Por esta adherencia o incorporación están inmovilizadas y la ley las trata como inmuebles.

Algunos autores incluyen estas cosas entre los inmuebles por naturaleza. La ley dice que "inmuebles, fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles" (artículo 568, inciso 1). Y agrega que "las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro" (artículo 569).

1012, a) EDIFICIOS

La Ordenanza General de Construcciones y Urbanización define, para sus efectos, el vocablo edificio. Considera como tal "toda construcción destinada a la habitación o en la cual una o más personas puedan desarrollar cualquiera labor transitoria o permanente". (Decreto Supremo N° 47 de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 11 de mayo de 1992, Art., 112, inciso 18), Pero el alcance de este concepto está restringido sólo a los efectos de la Ordenanza, como lo dispone expresamente esta misma,

El legislador chileno no ha formulado una definición de validez general; sin embargo, del sentido natural y obvio de la palabra edificio, y de la disposición del artículo 56^o se desprende un significado amplio. Por edificio debe entenderse toda obra o construcción ejecutada por el hombre mediante la unión de materiales y adherida al suelo permanentemente.

En consecuencia, entran en esta denominación no sólo las casas, bodegas, hangares (.para usar un galiciano necesario), etc., sino también los puentes, alcantarillas, diques, malecones, acueductos, túneles, pozos, etc.

La jurisprudencia chilena ha declarado lo siguiente:

a) Que deben reputarse inmuebles los durmientes, rieles y todas las obras de arte de un ferrocarril: puentes, alcantarillas, terraplenes, cortes y túneles. Estas obras se encuentran íntimamente unidas al terreno, formando con el un solo todo.¹²

b) Que las líneas telegráficas, por su propia naturaleza, deben considerarse permanentemente adheridas al suelo,¹³

¹¹ CLARO SOLAR, *libra citada*, tomo VI (Santiago, 1930), p 50. N° 36; TOMÁS A, RAMÍREZ, *Explicaciones de Derecho Civil Primer Año* (Santiago, 1907), p 261.

" C. Suprema, 1° de agosto de 1912, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, [9, sección primera, p. 590; C. Suprema, 12 de julio de 191a. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, lomo II, sección primera. p. 237.

"C, Suprema, 12 de septiembre de 1922, *Revista de Derecho y jurisprudencia*. Como XXI, sección primera, p. 823.

c) Atendidas la naturaleza de los materiales de su construcción y la ubicación, un horno de panadería es inmueble, como quiera que es una cosa que está adherida permanentemente al suelo. ¹⁴

Propiamente, se dice, dados los progresos de la ingeniería, parece que los edificios no deberían contarse ya entre los inmuebles, pues es posible trasladar construcciones sin demolerlas. En París, apunta Planiol. La "Fontaine du Palmier". Sobre la plaza de Chatelet, fue movida hacia atrás toda entera, por la apertura del Boulevard de Sebastopol. Pero el Derecho, prosigue el mismo autor, no mira la posibilidad del movimiento con el mismo rigor que la mecánica. Considera como inmuebles las cosas que lo son de una manera durable y habitual; aquellas cuya función es la de ser inmuebles, aunque accidentalmente puedan ser trasladadas por medios extraordinarios.

1013. CONDICIÓN DE LA INMOVILIZACIÓN DE LOS EDIFICIOS

Los edificios son inmuebles cualquiera que sea la persona que los haya construido; la ley no exige que esta persona sea el propietario del terreno. La naturaleza del bien es una cuestión distinta de la propiedad del mismo.

En la jurisprudencia nacional hay pronunciamientos contradictorios. La mayoría de las sentencias declara que el edificio pasa a ser bien mueble si pertenece a otra persona que el dueño del suelo. Apoyase esta tesis en la disposición del artículo 571, según el cual "los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño". Las resoluciones judiciales que consideran en todo caso bienes raíces a los edificios, sostienen que no se puede hacer una separación absoluta y total entre éstos y los terrenos en que están construidos, si se toma en cuenta la letra del artículo 571.¹⁵

Para que una cosa se califique de inmueble por adherencia la ley sólo exige que adhiera permanentemente a un bien raíz, esto es, que haya una incorporación estable, íntima y fija, y no una mera adherencia exterior,

¹⁴ C. Valparaíso, 8 de agosto de 1918, Gaceta, 1918, bimestre julio-agosto, N° 335, p. 1018,

¹⁵ Sentencia que expresan que los edificios son bienes muebles .si pertenecen a otra persona que el dueño del suelo; C. Suprema. 8 de octubre de 1867, Caerla, 1893, tomo II, N° 3.557, p. 1693, C. Tacna, 22 de julio de 1911(1, Gaceta, 1910, tomo I, N° 607, p. 1050; C. Suprema, 1° de diciembre de 1928; Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVII, sección primera, p. 71; C. Concepción, 29 de octubre de 1935, Revista de Derecho y Jurisprudencia. tomo XXXV. sección primera, p. 414.

En sentido contrario: C, Santiago. 28 de junio de 1878, Gaceta, 1878, N° 2.148, p. 879;

C. Suprema, 13 de julio de 1938, Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo XXXVI, sección primera, p. 86 (C. 6° - 7°, p. 93): voto disidente del Ministro don Humberto Bianchi V. del fallo de la C. de Concepción. 16 de mayo de 1936, Gaceta 1936, 1er. semestre. N° 91. p. 391 (el voto aparece en las pp. 395 y 396). En sentencia de 8 de enero de 1918 (Gaceta. 1918, 1er. semestre, N° 3, p. 17) la Corte Suprema estableció que las instalaciones de estanques para almacenar petróleo, construidas por una empresa comercial en terrenos arrendados al Fisco, son inmuebles por adhesión.

Si un edificio cumple esta condición, es inmueble. No es necesario que esté construido a perpetuidad. A este respecto -en contra de lo que creen algunos-, no hay diferencias entre el Código Civil chileno y el Código Civil francés. Dentro de las disposiciones del uno y el otro son inmuebles las construcciones levantadas para una exposición, aunque al cabo de algunas semanas deban ser demolidas. Así se desprende del artículo 5d9 del Código Civil que declara inmuebles a las plantas, aunque su incorporación al suelo es, por la naturaleza misma de las cosas, esencialmente temporal. Lo mismo se deduce del artículo 571, que implícitamente califica de inmuebles a las yerbas de un campo mientras adhieren al suelo y a los frutos no separados de los árboles y sobre los cuales no se ha constituido un derecho a otra persona que el dueño. Si se consideran inmuebles todas estas cosas que son por naturaleza de adhesión temporal a la tierra, ya que están destinadas a desaparecer en un tiempo más o menos corto, no existe razón en exigir que los edificios estén incorporados a perpetuidad al suelo para reputarlos inmuebles,¹⁶ Este es el criterio que también sigue el Código Civil italiano de 1942, que declara inmuebles todas las construcciones, aunque su unión al suelo tenga un fin transitorio (artículo 812, inciso 1º): "anche se unite al suolo a scopo transitorio".

1014. CONSTRUCCIONES VOLANTES

Pero las construcciones llamadas volantes, que simplemente descansan sobre el suelo, sin cimientos ni pilotajes, no implican una incorporación íntima y fija a la tierra, sino una mera adhesión exterior. Son, por tanto, muebles y no bienes raíces. Es la situación que tienen en las legislaciones chilena y francesa los puestos de feria, las tiendas de los circos, etc.¹⁷

1015. PARTES INTEGRANTE DE UN EDIFICIO

Las cosas muebles que constituyen parte integrante del edificio se incorporan a él, y son inmuebles por adherencia sea quien fuere el que las haya agregado, Así, si el arrendatario de una casa agrega una losa que falta a un pavimento, esta losa pasa a integrar el edificio.

¹⁶ Participan de esta doctrina: BAUDEY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, tomo II, París, 1926, p. 609, PIANIOL, obra citada, p. 54, N° 2.20K; COLÍN y CAPITANT, *Curso Etemmia! de Derecho Civil*, traducción española, tomo II, volumen II, Madrid, 1923, p. 473; JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Postif Francáis*, tomos, París, 1930, p. 676; COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, traducción directa del italiano, México, 1938, pp. 276 y 277, CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo VI. Santiago, 1930, p. 53, N° 39. Por su parte, la Corte Suprema de nuestro país ha dicho que la ley no exige, para calificar lo5 inmuebles por adhesión, que el dueño tenga el ánimo o intención de dejar las cosas permanentemente adheridas (Sentencia de 8 de enero de 1918 Gaceta de los Tribunales, año 1918, 1er. semestre, N° 3. p. 17. Véase el considerando 4", p. 18).

¹⁷ Véanse los autores citados en la nota anterior,

1016. MATERIALES SEPARADOS DEL EDIFICIO

La naturaleza inmueble de los edificios deriva de su incorporación al suelo;

Cuando esta incorporación cesa por la demolición del edificio, los materiales recobran su calidad anterior de muebles. Pero no pierden su carácter jurídico de inmuebles los materiales separados solo momentáneamente en razón de un cambio o reparación, porque no hay ánimo de dar diferente destino a los materiales (artículo 573) y, por tanto, continúan virtualmente siendo parte integrante del edificio o accesorio del suelo.

1017. b) ÁRBOLES Y PLANTAS

Todos los vegetales, tanto árboles como plantas, mientras adhieren al suelo por sus raíces, son inmuebles (artículos 568 y 569).

Los árboles son todas las plantas perennes, de tronco leñoso que se ramifican a mayor o menor altura del suelo. Entran en esta especie de vegetales desde los árboles corpulentos y frondosos hasta los arbustos de matorrales.

"En la denominación de plantas .se comprenden todos los demás vegetales hasta la hierba más insignificante, destinados a perecer forzosamente después de dar la simiente, en el mismo año o a lo más al segundo año".

La razón de la inmovilización de los árboles y plantas es su incorporación al suelo. De ahí la necesidad de que la plantación se efectúe para que esas cosas se consideren inmuebles; el mero propósito de plantarlas, después de adquiridas, no basta,

Además, la adherencia al suelo de los árboles y plantas debe ser directa:

Por eso no son inmuebles las plantas que están en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro (artículo 569); y serán muebles, aunque los cajones o macetas estén enterrados en el suelo,

1018. CESACIÓN DE LA CALIDAD DE INMUEBLES DE LOS ÁRBOLES Y PLANTAS

Los árboles y plantas pierden su calidad de inmuebles si se separan definitivamente del suelo; pero si la separación es sólo momentánea, como en el caso en que se arrancan los bulbos o cebollas para volverlas a plantar, conservan la calidad de inmuebles (artículos 573).

1019. c) PRODUCTOS O FRUTOS

El legislador implícitamente considera inmuebles los productos de la tierra y los frutos de los árboles al declarar que estos y las plantas son inmuebles; pero la separación de la cosa principal los convierte en muebles. Así también se desprende del artículo 571, que dice: "Los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño. Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina, y a las piedras de una cantera". Al decir el artículo

571 "aun antes de su separación", da por sentado que los productos y frutos separados de la cosa principal son muebles, y que por una ficción se consideran muebles antes para el efecto que indica; por tanto, si no hay separación ni procede la ficción, los productos y frutos son inmuebles.

1020. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN DE LOS INMBUEBLES POR NATURALEZA Y ADHESIÓN

La enumeración del artículo 568 es meramente ejemplar. Así lo revela el empleo de la palabra como. Que denota, en sentido comparativo, idea de equivalencia, igualdad o semejanza. Por lo demás, una enumeración taxativa en esta materia sería absurda.

La jurisprudencia, como ya lo hemos indicado, ha declarado inmuebles todas las obras de arte de un ferrocarril; las líneas telegráficas, etc.

3. Inmuebles por destinación

1021, DEFINICIÓN

Llámense inmuebles por destinación las cosas muebles que la ley reputa inmuebles por una ficción, como consecuencia de estar destinadas permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.

1022. NOTICIA HISTÓRICA

El origen de la ficción se encuentra en el Derecho Romano, que se ocupó de ella incidentemente en la materia de los legados. Así, una ley del título 7 del libro 33 del Digesto expresa que cuando se lega una heredad con los muebles que sirven para beneficiarla, sólo se entenderán dejados los que sirven para su cultivo, y no los que tuviere allí el dueño para su propio uso,

Los antiguos autores franceses desarrollaron el concepto de los inmuebles por destinación; pero no moldearon con ellos una figura especial de bienes; se limitaron a incluirlos entre los inmuebles por naturaleza, a fin de evitar su separación del fundo principal.

Fueron los autores del Código Civil francés quienes juzgaron útil establecer los inmuebles por destinación como una categoría aparte de los inmuebles por naturaleza.

Más tarde, otros Códigos siguieron esta dirección, entre ellos, el nuestro, que en el inciso 1º del artículo 570 dispone: "Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean. Las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento". En seguida, pone algunos ejemplos, que más adelante analizaremos.

La doctrina moderna considera artificiosa la noción de los inmuebles por destinación. Por eso el Código Italiano de 1942 siguiendo al alemán, la ha sustituido por la de pertenencia, que "son las cosas destinadas de modo permanente al servicio o al ornamento de otra cosa. La destinación puede ser efectuada

Por el propietario de la cosa principal o por quien tiene un derecho real sobre la misma" (artículo 817).

1023. MOTIVOS DE LA FICCIÓN DE INMOVILIZACIÓN

Los motivos de la ficción que constituyen los inmuebles por destino son de orden práctico. Tratase de evitar que con la separación de esas cosas se menoscabe la utilidad o productividad económica del inmueble principal. Por eso, en principio, se entienden comprendidos los inmuebles por destinación en la venta de una finca (artículo 1830), en la hipoteca sobre bienes raíces (artículo 2420), en la especie que se lega (artículo 1118), en el legado de una casa y de una hacienda de campo (artículo 1121).

1024. DIFERENCIA ENTRE LOS INMUEBLES POR ADHESIÓN Y POR DESTINACIÓN

En general, puede decirse que la diferencia consiste en que las cosas muebles incorporadas pierden su propia individualidad y ,se convierten en parte constitutiva del inmueble, no así las cosas destinadas, que simplemente se agregan o anexan al inmueble y continúan conservando su propia individualidad.

Pero muchas veces la distinción será difícil, y habrá que decidir, según las circunstancias especiales de cada caso concreto, si una cosa es inmueble por incorporación o por destinación.

1025. DETERMINACIÓN Y CALIFICACION DE LOS INMBUEBLES POR DESTINO;

CUESTIONES DE HECHO Y DERECHO

Para determinar si una cosa es inmueble por destinación hay que estudiar dos cuestiones, una de hecho y otra de derecho. Resolver si una cosa que no es inmueble por naturaleza, está permanentemente destinada al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, importa apreciar simples circunstancias materiales que corresponde establecer a los jueces del fondo a la luz de las pruebas que se rindan. En cambio, decidir si conforme a las circunstancias así establecidas, a esa cosa le corresponde la calificación de inmueble por destinación, es ya una cuestión de puro derecho.¹⁸

1026. CONDICIONES GENERALES DE LA INMOVILIZACIÓN

En general, en el Derecho Chileno, son tres las condiciones que la ley exige para que una cosa mueble se repute inmueble por destinación.

1) La cosa debe colocarse en un inmueble, pues la naturaleza de éste es comunicada a aquélla.

2) la cosa debe colocarse en interés del inmueble mismo, esto es, para su uso, cultivo o beneficio, A pesar de que el inciso 1º del artículo 570 emplea la

¹⁸ C. Suprema, 19 de agosto de 1940, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 38, sección primera, p, 291.

Conjunción copulativa y, lógicamente debe entenderse que, para dar a las cosas muebles la calidad de inmuebles por destinación, basta que estén destinadas a una cualquiera de las finalidades señaladas (uso, o cultivo o beneficio del inmueble) y no es necesario que concurren las tres copulativamente. Así lo ha decidido, con toda razón, la Corte Suprema¹⁹ y lo ha corroborado el Código de Aguas en una especie de interpretación auténtica, pues dice: "Atendida su naturaleza, las aguas -son muebles, pero desuñadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles" (art. 4°).

El agua, pues, considerada como inmueble por destinación, según el propio legislador, basta que sirva a uno de esos tres fines y no a todos ellos,

Para que un mueble sea inmueble por destinación no es suficiente que el dueño de un fundo coloque la cosa en éste y por su voluntad le atribuya la calidad de inmueble; la ley exige la existencia de una relación efectiva entre el mueble y el inmueble, traducida en la destinación del primero al uso, cultivo o beneficio del segundo. Del mismo modo, para que la cosa pierda su carácter de inmueble por destino es preciso que objetivamente desaparezca el lazo mencionado, sea por sustracción efectiva del mueble a la explotación del inmueble (por ejemplo, un caballo destinado a las labores agrícolas pasa a servir como bestia de tiro de un carruaje de paseo del dueño de la parcela agrícola), sea por enajenación del mueble o el inmueble.

3) 1-a destinación debe tener carácter permanente, es decir, cierta estabilidad y fijeza; no se requiere la perpetuidad. Prueba el espíritu de la ley la mención, entre los inmuebles por destino, de los abonos existentes en la finca, que dejan de existir con su empleo.

En nuestro derecho positivo, al revés de lo que ocurre en el derecho extranjero y en contra de los principios jurídicos, no es una condición general que el destino se lo haya dado el dueño del inmueble o el titular de un derecho real sobre éste. El requisito de la destinación por el dueño del inmueble lo exige la ley especialmente sólo en algunos casos- a) para los utensilios de labranza o minería, y los animales desuñados al cultivo o beneficio de una finca (inciso 4° del artículo 570); b) para los abonos existentes en ella (inciso 5° del artículo 570); c) para las prensas, calderas, máquinas, etc., que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo (inciso 6° del artículo 570),

Tal vez, el legislador no exigió como condición general la señalada en razón del error en que incurrió al considerar entre los inmuebles por destinación algunas cosas que, como las losas de un pavimento y los tubos de una cañería, son inmuebles por adherencia. Y, según se sabe. Para adquirir esta última calidad no es indispensable que las cosas muebles sean incorporadas al inmueble por el dueño de éste.

1027. CLASIFICACIÓN DE LOS INMBUEBLES POR DESTINO

El dominio de la inmovilización por destino es amplio: agrícola, industrial, comercial, doméstico y suntuario u ornamental. De ahí que los inmuebles de esta

¹⁹ Sentencia de 2 de noviembre de 1945. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 43, Sección primera, p. 227,

Categoría puedan clasificarse en: 1) inmuebles por destinación agrícola-, 2) por destinación industrial; 5) por destinación comercial; 4) por destinación doméstica, y 5) por destinación suntuaria u ornamental.

El hecho de que el legislador chileno cite ejemplos sólo de inmuebles por destinación agrícola e industrial, no significa que los de los otros destinos no tenga cabida. La regla general del artículo 570 es amplia. Reputa inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. No restringe el campo de la inmovilización a la explotación agrícola o industrial de un inmueble; se refiere al uso, cultivo y beneficio de éste, sin distinciones,

La jurisprudencia ha declarado que el mensaje de un hotel que entra en el arrendamiento de un balneario, debe reputarse inmueble por destinación, como quiera que allí ha sido colocado por el arrendador o dueño del balneario para el uso y servicio de éste, en forma permanente, y para el beneficio del propio inmueble.²⁰ No hay duda de que se trata de un inmueble por destinación comercial!

También ha resuelto la jurisprudencia que ciertos artefactos sanitarios adheridos a las casas constituyen inmuebles por destinación.²¹ Si aceptamos esta calificación, habría una destinación doméstica.

En cuanto a la destinación suntuaria u ornamental, no sólo queda comprendida en los amplios términos de la regla general del artículo 570, sino también está considerada especialmente para solucionar algunas dudas que podrían presentarse respecto de la calidad de muebles o inmuebles que tendrían las cosas de comodidad u ornato por la forma de su fijación o unión a las paredes de una casa.

1028, EJEMPLOS QUE LA LEY CITA DE INMUEBLES POR DESTINACIÓN

El artículo 570 del Código Civil pone algunos ejemplos de inmuebles por destinación, Son los siguientes.

1) Las losas de un pavimento (artículo 570, inciso 2º), En realidad, son inmuebles por adhesión, lo mismo que las tablas del piso de las habitaciones de una casa, pues adhieren a la casa o al suelo,

2) Los tubos de las cañerías (artículo 570, inciso 3º), También son, propiamente, inmuebles por adherencia si forman parte integrante del inmueble y se identifican con él formando un todo.

Pero puede suceder que los tubos de ciertas cañerías no adhieran al inmueble mismo para que estén destinadas. Nuestra Corte Suprema resolvió que la red subterránea de cañerías establecida por una empresa para la distribución del gas en una ciudad y tendida en las calles de ésta, es un inmueble por

²⁰C. Suprema. 26 de septiembre de 1938, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVI, .sección primera, p. 247 (C. 3º, p. 250).

³¹ C. de Santiago, 14 de noviembre de 1938, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLII, sección primera, p. 227.

Destinación, pues debe estimarse permanentemente destinada al uso y beneficio del establecimiento industrial que produce gas, en donde tienen su principio o arranque de partida las cañerías que sirven para su distribución y aprovechamiento. Tal fue (a doctrina de la sentencia en el juicio "Compañía Cíe Gas de Antofagasta con Fisco".²² La calificación tenía importancia práctica, pues de acuerdo con la ley 4.174, si la red se estimaba inmueble por adherencia, la compañía debía pagar el impuesto señalado por esa ley; en cambio, si se concluía que era un inmueble por destinación, estaba libre de esa carga,

En otro caso se resolvió que "los estanques de gas licuado, de petróleo y sus derivados, pertenecientes a la Empresa Nacional de Petróleo y que forman una instalación sin carácter permanente o definitivo, pues su unión con las redes de cañerías y su colocación sobre bases o apoyos especiales no impide transportarlos y cambiarlos de ubicación libres de daño, deben considerarse muebles que tienen el carácter de inmuebles por destinación y no como inmuebles por adherencia".²³

3) Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal querrían sido puestos en ella por el dueño de la finca (artículo 510, inciso 4º). Respecto de esta disposición caben las observaciones formuladas a continuación.

a) No es necesario que las cosas indicadas sean puestas por el dueño de la finca en persona: pueden hacerlo también sus representantes legales o convencionales, de acuerdo con los principios generales de la representación,

Al exigir la ley que las cosas hayan sido puestas por el propietario del fundo, implícitamente supone que tanto el mueble inmovilizado como el fundo le pertenecen.

b) El poseedor del fundo, cuando no es propietario, también puede inmovilizar muebles por destino, pero sólo en sus relaciones con terceros frente a los cuales se conduce como propietario del fundo; pero en sus relaciones con el verdadero dueño la inmovilización no tiene lugar: el propietario no puede reivindicar más que el fundo, que es lo único que le pertenece, y no las cosas muebles que el poseedor había colocado en él para su explotación.²⁴

Es indiferente que el poseedor este de buena o mala fe; este último se conduce también con ánimo de señor y dueño y puede llegar a prescribir-

c) En la expresión "el dueño de la finca" debe entenderse comprendido todo aquel que tenga un derecho de propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria, y no únicamente el propietario pleno y absoluto. Así un fiduciario, dice Claro Solara podría inmovilizar por destinación los utensilios de labranzas o los animales puestos por él en la finca para su cultivo y beneficio respecto de terceros esos bienes serían inmuebles por destinación.

d) Las cosas que pertenecen un usufructuario, un anticresista, un arrendatario, etc., jamás pueden considerarse inmuebles por destino, "aun cuando

²² .Sentencia de 19 de agosto de 1940, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 38, Sección primera, p. 291.

²³C. Suprema, 16 mayo 1967, R. de DyJ., t. 64, sec 1ª, p. 125,

³⁴ PLANIOL, obra citada p. 60. N° 2.217

²⁵Obra citada tomo VI, p.69 "in fine".

De hecho se encuentren empleadas en el mismo uso que las que son consideradas como inmuebles".²⁶

e) Los animales a que se refiere la disposición son los desliñados al cultivo o beneficio de una finca, cualquiera que sea este cultivo o beneficio, pues la ley no restringe su precepto a la explotación agrícola.

Los animales han de estar destinados al servicio y explotación del fundo. Por eso la ley expresa que la destinación al cultivo y beneficio de la finca ha de ser actual, es decir, real y verdadera, pues en tal acepción aparece usada esa palabra. Además, la destinación de los animales debe ser permanente, según la regla general del inciso 1° del artículo 570.

De acuerdo con lo anterior son inmuebles por destinación las bestias de labor y arrastre de un fundo agrícola (bueyes, caballos, asnos, muías, etc.); las vacas de un fundo lechero; pero no serían inmuebles por destinación "las vacas de una lechería de temporada, formada en un fundo de crianza de animales aprovechando sólo la época de la parición; faltaría la condición de destinación permanente al beneficio del predio que exige la regla fundamental del artículo 570". Tampoco pueden considerarse inmuebles por destinación los animales de engorde o de crianza, pues no están destinados realmente a la explotación del fundo, sólo constituyen un medio de sacar provecho de los productos de éste, como los pastos. Sin embargo, tales animales son inmuebles por destinación si constituyen la única manera de sacar provecho del fundo. Por eso la jurisprudencia francesa ha dado ese carácter a los rebaños de ovejas unidos a los fundos que resultarían improductivos si no sirvieran para nutrirlos²⁷

Los caballos que por razones del servicio del fundo usan los trabajadores son inmuebles por destinación; pero no los que para el recreo de los mismos tiene la cooperativa agrícola.

4) Los abonos existentes en la finca y destinados por el dueño de ella a mejorarla (artículo 570, inciso 5°). Una ley se refiere las substancias fertilizantes que aún no se han incorporado a la tierra, porque desde el momento en que se incorporan pasan a formar parte de ella misma y son inmuebles como el propio título.

Dos condiciones específicas deben cumplir los abonos para ser inmuebles por destinación: a) que se hallen en la finca; y b) que el dueño de ella los haya destinado a mejorarla. En consecuencia, el salitre, por ejemplo, que el dueño del fundo Ciñe almacenado en el para venderlo, no es inmueble por destinación,

5) Son inmuebles por destinación las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y pertenecen al dueño de éste (artículo 570, inciso 6°).

Tres condiciones deben cumplirse para la inmovilización de objetos por destinación industrial,

a) La existencia de un establecimiento de esta naturaleza adherente al suelo. Nótese que lo esencial es que el establecimiento adhiera al suelo; las calderas, máquinas, etc., pueden o no adherir al suelo-

²⁶ PLANIOL, obra citada, p. N° 2.216.

²⁷ Ibidem, p. 62, N° 2.220

b) Las cosas muebles indicadas deben estar destinadas a la realización de la industria a que está dedicado el establecimiento. A este respecto "no deben confundirse las maquinas que se inmovilizan por formar parte eficiente de un establecimiento industrial, con las máquinas y utensilios de labranza o con las cosas de comodidad u ornato u oírás destinadas al uso permanente, cultivo o beneficio de un inmueble. Así las cubas, toneles y utensilios de vendimia de la viña que existen en un predio son inmuebles por destinación como utensilios de labranza, por estar permanentemente destinados al cultivo, labor o trabajo de la viña;" pero no por formar parte de un establecimiento industrial.²⁸ Así, los utensilios de lechería, quesería, de fabricación de adobes o ladrillos, etc., existentes en un predio y que el propietario ha puesto en él para su uso serán inmuebles por destinación, no industrial, sino agrícola".

c) Los objetos muebles y el establecimiento industrial deben pertenecer al mismo dueño; sólo de esta manera la destinación puede tener el carácter de permanencia que el inciso 1º del artículo 570 exige como condición general de esta inmovilización. La destinación al uso del inmueble no existe si el inmueble en que se colocan las cosas (calderas, máquinas) no pertenece al industrial. La Corte de Temuco falló que es cosa mueble y no inmueble por destinación la instalación que se encuentra en terreno ajeno destinada a explotar el servicio público de distribución de energía eléctrica.²⁹

6) Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas, y cualesquiera otros livores, con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo, o de un edificio (inciso final del artículo 570).

Dos condiciones deben concurrir para que los animales de los vivares se reputen inmuebles por destinación.

a) "La disposición de la ley -dice Claro Solar—³⁰ tiene en vista los animales que, siendo naturalmente bravíos o salvajes, porque viven ordinariamente en libertad natural, se hallan en cierto sentido en domesticidad por la costumbre que tienen de volver a su vivar en que estuvieren encerrados; pero no los animales domésticos".. "Se trata de animales bravíos privados de su libertad natural y que se guardan o encierran en los vivares, o de animales domesticados que conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre. Los animales domésticos, y entre ellos las aves domésticas, como las gallinas, no pueden comprenderse entre los animales de los vivares a que la ley hace referencia. Esta clase de aves y demás animales destinados al consumo o beneficio personal del propietario y familia, no entran tampoco entre los animales destinados al uso, cultivo y beneficio del predio, salvo que expresamente se establezca como un negocio especial en una finca la crianza de aves para la venta".³¹

²⁸C, de Santiago, 27 de octubre de 1882. Gaceta, 1882, sentencia N° 2.739, p. 1540; C. Santiago. 14 de noviembre de 1903, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo I, 2ª parte, p. 83, cons. 4, p.84.

²⁹ Sentencia de 24 de mayo de 1934, Gaceta de 1934, 1er. semestre N° 88, p. 470,

³¹¹ Obra citada, tomo VI, p. 83, N° 72.

³¹ *Ibidem*, p. 84, N° 74, y nota 194.

b) Los vivares deben ser ellos mismos inmuebles adhiriendo al suelo o ser parte del suelo mismo o de un edificio, aunque pudieran retirarse fácilmente.³² Por eso los peces que están en una laguna hecha en el suelo son inmuebles, pero no los que viven en una reforma.

1029. LA ENUMRACIÓN DEL ARTICULO 570 ES EJEMPLAR

Claramente lo expresa la misma disposición, pues dice "tales son, por ejemplo...". De aquí que cualquiera otra cosa mueble que se encuentre en la situación de la regla general del inciso 1º del mismo artículo 570 deba reputarse inmueble por destinación.

En razón de crear una ficción contraria a la realidad, el artículo 570 es excepcional, Y este carácter obliga a aplicar estrictamente las condiciones que el precepto señala para que una cosa se repute inmueble por destinación, pero no fuerza a atribuir a la enumeración marca laxativa. Pretenderlo, acusaría no entender la significación de la ley y desconocer sus términos claros y explícitos ("tales son, por ejemplo").

Alguien ha insinuado que si la enumeración no fuera taxativa habría margen para crear arbitrariamente inmuebles por destinación; el argumento es inaceptable porque el artículo 570 fija las condiciones para atribuir esa calidad inmueble a las cosas muebles.

La jurisprudencia ha declarado lo siguiente.

1) Las aguas son por naturaleza muebles, pero que pasan a ser inmuebles por destinación cuando se usan de un modo permanente en el uso, cultivo o beneficio de un inmueble.³³ (C. de Aguas, art. 4º.)

2) Los artefactos sanitarios consistentes en tinas de baño, excusados, lavatorios, lavaplatos, etc., son inmuebles por destinación de las casas en que están adheridos y se presume que son del dominio del propietario de esas casas³⁴

En realidad, la calificación de todas estas cosas no puede hacerse a priori conforme a un criterio único. Depende de las circunstancias de cada caso, Por ejemplo, una tina de baño si está permanentemente adherida al suelo y unida por materiales sólidos al suelo y la pared, constituye un inmueble por adhesión, pues pierde su autonomía e individualidad; pero si sólo está conectada a las cañerías de agua, es un inmueble por destinación.

3) Es inmueble por destinación, y debe considerarse incluido en la venta de un fundo, el carruaje destinado permanentemente al servicio de éste³⁵

³² Ibidem, p. 84, N° 74.

³³ C. Suprema, 26 de diciembre de 1910, Revista de Derecha y Jurisprudencia, tomo 9, sección primera, p. 97, C. Santiago, 12 de enero de 1926, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 26, sección primera, p. 306 (C. 6º, p. 307); C. Suprema, 4 de noviembre de 1944, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 42, .sección primera, p. 372. etc.

³⁴ C. Santiago, 14 de noviembre de 1938, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 43, sección primera, p. 227,

³⁵ C. Talca, 20 de octubre de 1906, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 4, sección segunda, p. 51.

4) El mensaje de un hotel, que entra en el arrendamiento, de un balneario, debe reputarse inmueble por destinación, como quiera que allí ha sido colocado por el arrendador o dueño del balneario para el uso y servicio de éste, en forma permanente, y para el beneficio del propio inmueble.³⁶

5) Si se prueba que el armazón y un mostrador están destinados al beneficio de la casa comprada, debe estimarse que forman parte del inmueble, de acuerdo con la disposición del artículo 570.³⁷

6) Los estantes de una casa deben regirse por el artículo 570 del Código Civil si están destinados al mejor provecho del inmueble.³⁸

7) Los ferrocarriles y andariveles de una sociedad minera son inmuebles si están destinados al beneficio de las minas de la sociedad.³⁹

8) Son inmuebles por destinación las vasijas de un Fundo vitivinícola que sirven para la vendimia y elaboración del vino: pero no las que sirven de envase para el vino que se vende.⁴⁰

9) Es inmueble por destino la instalación para la fábrica de hielo colocada por el dueño del predio en que se halla.⁴¹

10) Un teatro, por su construcción permanentemente adherida al suelo, es un inmueble; las instalaciones que como teatro le corresponden, aunque por su naturaleza son muebles, deben reputarse inmuebles en razón de estar destinadas exclusivamente a su uso, y no pierden este carácter mientras no se separen o aparten de su destino (C. Suprema, 11 de julio de 1968, "Fallos del Mes", N° 116, p. 116, p. 121, sentencia 1; véase el considerando 6" en la p. 123).

1030- COSAS DE COMODIDAD U ORNATO

a) "Las cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas y pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes, como estufas, espejos, cuadros, tapicerías, se reputan muebles" (artículo 572, primera parte),

Algunos afirman que hay cierta impropiedad en la expresión de la ley, porque tales cosas, en verdad, no se repulan, sino que son y continúan siendo muebles. Nosotros estimamos, por el contrario, justo y cabal el lenguaje del Código, pues en algunas circunstancias, a dichas cosas correspondería la calificación de bienes inmuebles por destinación. Piénsese, por ejemplo, en el salón de una casa construido y decorado según un determinado estilo y adornado con

³⁶ C. Suprema, 26 de septiembre de 1938, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 36, sección primera, p. 247 (C. 3, p. 250),

³⁷ C. Concepción, 31 de octubre de 1884, Gaceta, 1884, N° 2.593, p. 1632; C. Santiago, 5 de enero de 1904, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 2, sección primera, p. 126 (C. 5°, I° instancia, p. 126).

³⁸ Véase la sentencia de la Corte de Santiago de la noticia anterior,

³⁹ C. Santiago, 26 de noviembre de 1915. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 15, sección segunda, p. 23.

⁴⁰ C. de Santiago, 26 de diciembre de 1881, Gaceta de 1881, N° 2.773, p. 1528 (C. 10 y declaración 4ª de primera instancia, p. 1530).

⁴¹ C. Suprema, 7 de julio de 1921, Gaceta de 1921, 2° semestre, N° 7, p. 26.

Espejos de marcos del mismo estilo; dada la unidad del conjunto nadie podría dudar de que los espejos, aunque ligeramente fijados en las paredes. Están destinados al uso y beneficio del inmueble; serían inmuebles por destinación suntuaria. El legislador, reconociendo esta realidad en el plano jurídico, conforme a los principios anteriormente sentados sobre los inmuebles por destinación, dispuso, por motivos prácticos, la solución contraria, esto es, que dichas cosas deben considerarse o reputarse muebles. La expresión de la ley es, pues, justificada,

b) Las cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas, pero que no pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes serán inmuebles por destinación si reúnen los requisitos generales de esta categoría de cosas, ya señalados en el N° 1026 de este tomo.

c) "Si los cuadros o espejos están embutidos en las paredes de manera que formen un mismo cuerpo con ellas, se considerarán parte de ellas, aunque puedan separarse sin detrimento" (artículo 572, 2ª parte).

Conforme al Diccionario de la Lengua, embutir es meter una cosa dentro de otra. Para que las cosas de comodidad u ornato se consideren parte de las paredes y, por lo mismo, bienes inmuebles, es preciso que estén embutidas de manera que formen un mismo cuerpo con dichas paredes; es indiferente que puedan o no separarse sin detrimento,

Según se ha observado acertadamente ⁴² aunque la ley se refiere sólo a los cuadros o espejos embutidos, es indudable que no sólo ellos se consideran parte de las paredes sino todas las cosas de comodidad u ornato inmovilizadas de esa manera, porque la primera parte del precepto determina en general el alcance de la disposición completa.

Los autores discuten sobre la verdadera calificación de las cosas de comodidad u ornato embutidas en las paredes en la forma vista. Dicen algunos que son inmuebles por naturaleza o por incorporación porque forman un cuerpo con el edificio,⁴³ A juicio de otros, tales cosas son inmuebles por destinación, pues su fin permanente es el uso y beneficio del inmueble; y éste sería el factor característico que toma en cuenta la ley: la unión más o menos íntima de las cosas de comodidad u ornato con las paredes sólo se apreciaría como un índice objetivo revelador de la destinación. Ese signo, respecto de las cosas clavadas o fijadas, sería la dificultad de remoción sin detrimento de las mismas paredes; y en cuanto a las cosas embutidas, el simple vacío o señal que dejaría el retiro de la cosa de comodidad u ornato.

1031. LAS ESTATUAS

El Código Civil Francés dice que las estatuas son inmuebles cuando están colocadas en un nicho abierto expresamente para recibirlas, aun cuando ellas puedan ser sacadas sin fractura o deterioro (artículo 525, inciso final).

⁴² CLARO SOLAR, obra citada, tomo VI (Santiago, 1930), p. 89, N° 79

⁴³ SAVATIER, obra citada, tomo I, p. 305, N° 600,

A pesar del antecedente, nuestro Código nada dijo en especial sobre la calificación jurídica de las estatuas. Claro Solar, sin embargo, no vacila en incluirlas entre los inmuebles por destinación. Y, a su juicio, tienen esta calidad no sólo cuando están colocadas en un nicho, sino también cuando cualquier otro signo del inmueble demuestre evidentemente la disposición de un lugar para su ubicación (por ejemplo, los pedestales destinados al efecto en un jardín de lujo). Podría argumentarse en contra -prosigue el mismo autor-, "que el artículo 572 considera en general muebles las cosas de comodidad u ornato, aunque se claven o fijen en las paredes de otra manera, si pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes; pero el artículo 572 se ha referido solamente a estas cosas que es costumbre clavar u fijar en las paredes para el uso personal del propietario o inquilino por el agrado que su vista u ornamentación proporciona; y no se ha referido a las cosas muebles que según la regla general del artículo 570 deben reputarse inmuebles por destinación por hallarse destinadas permanentemente a uso y beneficio del inmueble".⁴⁴

1032. INSTALACIÓN DE CALEFACCIÓN CENTRAL INDIVIDUAL

La práctica de estas instalaciones ha planteado el problema de saber si constituyen ellas inmuebles por adhesión o por destinación,

La mayoría de los autores y de las sentencias de los tribunales franceses considera que los tubos conductores de agua, gas o electricidad son inmuebles por naturaleza (por adhesión, para los que no incluyen éstos en aquéllos). Ahora bien, como una instalación de calefacción central está esencialmente constituida por un conjunto de tubos y canalizaciones por los cuales circula agua caliente o vapor, la conclusión es obvia; si los tubos son inmuebles por naturaleza (o por adhesión) a título de accesorios del fundo y en razón de su incorporación al mismo, la instalación de calefacción central también lo es: constituye un elemento del inmueble al cual está unida.⁴⁵

Hemos visto que en nuestro Código Civil los tubos de las cañerías están citados erróneamente como ejemplo de inmuebles por destinación⁴⁶ (artículo 570, inciso 3°); pero todos los autores reconocen que en realidad son inmuebles por adhesión si adhieren permanentemente a un bien raíz (artículo 568, inciso 1°). Por tanto, la conclusión respecto de las instalaciones de calefacción central, es la misma a que arriban los franceses: son inmuebles por naturaleza o por adhesión y no por destinación,

⁴⁴ Obra citada, Tomo VI (Santiago, 1930), p. 95.

⁴⁵ Henry Solus, nota a la sentencia de la Corte de Casación (Chambre sociale) de 1° de diciembre de 1944, publicada en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo XUI, año 1945, p.200.

⁴⁶ Seguramente, Bello fue inducido a error por la colocación del precepto del C. Civil Francés que trata de los tubos (artículo 523, pues se halla ubicado entre dos artículos que se ocupan de las cosas muebles que se hacen inmuebles por destinación. Algunos antiguos comentaristas franceses, como Demante, parece que por la misma razón se inclinaron a considerar como inmuebles por destinación lo" tubos que conducen aguas.

1033. CONTROL DE MINUTERÍA

En los grandes edificios modernos es muy empleado el control de reloj o minutería, aparato eléctrico que funciona por un movimiento de relojería y destinado a asegurar un contacto durante un número determinado de minutos.

El tribunal correccional de Lille (Francia), en sentencia de 1S de noviembre de 1942, declaró que el control de reloj instalado en un inmueble constituye un inmueble por destinación. El profesor Solus, por el contrario, estima más jurídico y mas conforme a los criterio-» aceptados decidir que la instalación de dicho apáralo es inmueble por naturaleza (o por adhesión), pues los botones que lo regulan forman parte de las canalizaciones eléctricas y éstas como las canalizaciones de agua y de gas, son reputadas inmuebles por naturaleza (o por adhesión)⁴⁷

1034. CESACIÓN DE LA CALIDAD DE INMUEBLE POR DESTINACIÓN

Las cosas que por ser accesorias a bienes raíces se reputan inmuebles, no dejan de serlo por su separación momentánea; por ejemplo... las losas o piedras que se desencajan de su lugar, para hacer alguna construcción o reparación y con ánimo de volverlas a él. Pero desde que se separan con el objeto de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles (artículo 573), pasan a ser lo que eran antes de la destinación; cosas muebles. Y se reputan muebles aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichas cosas a otra persona que el dueño (artículo 571 inciso 1º).

Ejemplos de estas situaciones; Si una cooperativa agrícola presta a la vecina dos bueyes aradores de su fundo, no pierden la calidad de inmuebles por destino, porque la separación de ellos con respecto al predio a que están destinados es momentánea; pero si los vende, pasan a ser muebles, porque definitivamente se les da otro destino que el que tenían. Y el contrato de venta no necesitará de escritura pública, requisito de la compraventa de bienes raíces, porque dichos animales se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre ellos a otra persona que el dueño.

La Corte Suprema ha declarado que los bienes inmuebles por destinación "no mantienen esta calidad sino mientras conservan la destinación que se les confiere".⁴⁸ En armonía con los preceptos de los artículos 570, 571 y 573 - agrega el Supremo Tribunal-, el artículo 2420 establece que la hipoteca constituida sobre bienes raíces, afecta a los muebles que por accesión pertenecen a ellos; pero estimando, sin duda, que la transferencia de dominio supone en todo caso cambio en la destinación del bien enajenado, cuida también de agregar que el gravamen deja de afectarle desde que los bienes por destino pertenecen a terceros, completando así las disposiciones del artículo 571 y reconociendo al mismo tiempo el derecho del deudor para enajenar aquellos bienes.⁴⁹

⁴⁷ Revue Trimestrielle de Droit Civil, tomo XLVIII, año 1950, p. 75

⁴⁸ Sentencia de 17 de diciembre de 1913, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 12, sección primera, p 155. Véase el considerando 3º, p. 158,

⁴⁹ *Ibidem*, considerando 4º, p. 158,

En cierta ocasión la Corte Suprema, seguramente para reforzar un fallo equitativo un poco a costa de los principios jurídicos, ha dado, a juicio del redactor, una interpretación ambigua y errada al artículo 571. Dijo que esta disposición "se refiere principalmente a los productos de los inmuebles, a los frutos pendientes que pueden enajenarse como muebles, si bien se ha hecho extensiva a la tierra o arena de un suelo, legislando propiamente sobre los inmuebles por destinación el artículo 573 que dispone que desde que se separan para darles diferente destino, dejan de ser inmuebles... El artículo 2420 se encuentra en el Título de la Hipoteca y no dice que puedan destinarse a otra cosa o enajenarse sin su separación previa los muebles que se reputan inmuebles según el artículo 570: estatuye solamente que deja de afectarlos la hipoteca desde que pertenecen a terceros".⁵⁰

La verdad es que el artículo 571 se refiere tanto a los inmuebles por adherencia como a los por destinación. Por eso el legislador usó la expresión amplia, de "cosas accesorias" a los inmuebles, que comprende a ambas clases de inmuebles. Más todavía, entre los ejemplos que cita el artículo 571 están "los animales de un vivar", que expresamente considera como inmuebles por destinación el artículo 570. Nada permite decir que el artículo 571 considera principalmente una clase de bienes. Por otra parte, es un error sostener que la legislación propia de los inmuebles por destinación está en el artículo 573, pues este precepto considera también los inmuebles por adherencia, como lo prueba uno de los ejemplos que pone; los bulbos o cebollas, que son, precisamente, inmuebles por adherencia. En realidad, los artículos 571 y 573 se refieren a materias diversas, sin ser propias de determinada categoría de inmuebles; el primero legisla sobre los llamados "muebles por anticipación", y el segundo sobre los efectos que tiene la separación de un inmueble por adherencia o por destino del inmueble del que son accesorios. En cuanto al artículo 2420, si bien "no dice que puedan destinarse a otra cosa o enajenarse sin su separación previa los muebles que se reputan inmuebles según el artículo 570", también es cierto que no prohíbe constituir un derecho sobre los inmuebles por destinación a favor de otra persona que el dueño antes de la separación del bien raíz hipotecado. En cuanto al problema de responsabilidad que podría surgir para el deudor por haber disminuido su garantía, se verá al estudiar la hipoteca.

Según Claro Solar, la cesación del destino depende del propietario.⁵¹ Alessandri parece no entenderlo así, pues estima que los bienes inmuebles por destinación recuperan su calidad de muebles desde que el dueño o un Tercero -como es el caso del ladrón-, pretende separar la cosa del inmueble a que está destinada para darle un destino diferente.⁵²

La Corte Suprema ha declarado que las cosas muebles consideradas como inmuebles por destinación no mantienen esta última calidad sino mientras conservan

⁵⁰ Sentencia de 2 de noviembre de 1945, Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo 43. Sección primera, p. 227, Véase el considerando 8° en la p. 231.

⁵¹ Obra citada, tomo VI, Santiago, 1930, p. 97

⁵² Véase el artículo de ALESSANDRI "Similitud del concepto de cosa mueble en el Derecho Civil y en el Derecho Penal", publicado en la revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 42, sección Derecho, pp., 42 a 49.

La destinación que se les confiere y que puede alterarse en todo o parte por la sola voluntad del dueño ⁵³

1035. EL CONCEPTO DE COSA MUEBLE EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO PENAL

Los penalistas afirman que el concepto de cosa mueble en materia de hurto y robo es diferente del concepto que el Derecho Civil da a esta cosa. Por cosa mueble, para los efectos penales -dicen-, hay que entender, "todas las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea que se trate de un cuerpo independiente, como un libro; de parte de un cuerpo; de algo adherido a un inmueble, como un árbol; o de algo permanentemente destinado a él", como una yunta de bueyes destinada al cultivo de un predio. ⁵⁴

Alessandri sostiene que el concepto de cosa mueble en materia de hurto y robo no difiere del que el Código Civil da a esta cosa y que, con arreglo a este Código, desde que a un inmueble por adherencia o por destinación se le pretende separar del inmueble a que adhiere o a que está destinado para darle un destino diferente (artículo 573, parte final) -como es el caso del ladrón-, ese inmueble recobra su calidad de mueble, que es la que por naturaleza le corresponde y de la que fue privado momentáneamente por una simple ficción legal. ⁵⁵ La Corte Suprema siguió este criterio en el caso de un individuo condenado como autor del delito de hurto por haber explotado la madera de unos bosques fiscales; ⁵⁶ pero aplicó el artículo 571 que reputa muebles aún antes de su separación, a las cosas accesorias a los inmuebles, para el efecto de constituir un derecho sobre dichas cosas a otra persona que el dueño. La aplicación del artículo 571 es inadecuada, porque el ladrón se apropia económicamente de la cosa, pero no constituye ningún derecho sobre ella, A nosotros tampoco nos parece convincente el argumento de Alessandri, porque el artículo 573, parte final, dice que las cosas de que trata dejan de ser inmuebles, no desde que se pretende separarlas con el objeto de darles diferente destino, sino desde que se separan con ese objeto.

⁵³ Cas. Fondo, 17 de diciembre de 1913, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 12, sección primera, p. 155.

⁵⁴ Véanse: J. R. Del Río, Manual de Derecho Penal, Santiago. 1947, p. 393; E. SCHEPELER V., El delito de hurto. Memoria de Prueba, p. 19, N° 24; JIMÉNEZ DE AMIA y JOSÉ ANTÓN ONEGA, Derecho Penal conforme al Código de 1928; tomo II, Parte Especial. Madrid, 1929, p. 308'; GARRALO, Traite Théorique et Pratique de Droit Penal Français, tomo IV, París. 1935, p. 107, N° 2.375; SILVA MELERO. Instituciones y términos del Derecho Civil en el Derecho Penal. Artículo publicado en la Revista de Derecho Privado, año XXXIV, Madrid, 1950), p. 31. Véase también: SERGIO POLITOFF L... EL delito de apropiación indebida. Santiago. Editorial Nascimento, 1957, N° 26. pp., 71 a 77,

⁵⁵ "Similitud del concepto de cosa mueble en el Derecho Civil y en el Derecho Penal", artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 42, sección Derecho, pp., 42 a 49.

⁵⁶ Sentencia de 25 de junio de 1927, G. De los Tribunales, año 1927, 1er, semestre. N° 63, p.32

Planiol dice que cuando se hurta o roba un inmueble por adherencia o por destinación, hay dos actos sucesivos; la separación material, que da a dichos objetos la naturaleza mueble, y su substracción que constituye el hurto o robo. El delito recae sobre un mueble.⁵⁷

En Francia se planteó, tiempo ha, el mismo asunto. Una dama, visitante de cierta gruta, a fin de conservar un recuerdo, separó del muro rocoso un fragmento de estalactita⁵⁸ y lo llevó consigo. El dueño de la gruta persiguió a la dama por hurto. El tribunal de Grasse, en sentencia de 5 abril de 1948, absolvió a la acusada, no sólo porque había procedido sin intención dolosa, sino también porque el fragmento litigioso no constituía un mueble, sino un inmueble.⁵⁹ La calificación de la cosa, basada en un criterio civilista, resulta absurda. El profesor Solus critica la sentencia y piensa que la estalactita separada era un mueble por anticipación, pues así lo miraba la persona que se apoderó del fragmento. Puede que en el Derecho Francés sea aceptable la calificación de mueble por anticipación, porque este concepto no figura en el Código de Napoleón y lo ha plasmado la doctrina y la jurisprudencia; pero en nuestra legislación, los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño (artículo 571, inciso 1º); y el ladrón, como ya hemos dicho, ningún derecho constituye.

Según se puede notar, de acuerdo con los términos estrictos de nuestras disposiciones no es posible aceptar la similitud del concepto de cosa mueble en el Derecho Civil y en el Derecho Penal. Dentro de éste, es cosa mueble simplemente la cosa que es susceptible de ser llevada del lugar donde se encuentra.

II. COSAS CORPORALES MUEBLES

1036. CONCEPTO Y DIVISIONES

Cosas muebles son las que pueden trasladarse de un lugar a otro sin cambio o detrimento de su sustancia. Se dividen en muebles por naturaleza y muebles por anticipación.

1037. a) MUEBLES POR NATURALEZA

Son las cosas muebles propiamente tales, las que por su esencia misma calzan en la definición apuntada. Se dividen en semovientes y cosas inanimadas.

Son semovientes las cosas corporales muebles que pueden trasladarse de un lugar a otro moviéndose ellas a sí mismas. Son cosas inanimadas las que

⁵⁷ PLANIOL, obra citada, Torno I de la 12 edición, p. 59.

⁵⁸ Estalactita; concreción calcárea que por lo general en forma de cono irregular suele hallarse pendiente del techo de las cavernas, donde se filtran lentamente aguas con carbonato de cal en disolución.

⁵⁹ Revue Trimestrielle de Droit Civil, tomo 47, París, 1948. p. 354.

Sólo se mueven por una fuerza externa (artículo 567): un libro, una mesa, una locomotora,

Exceptúense de la categoría de bienes muebles por naturaleza, los bienes que siéndolo se reputan inmuebles por su destino (artículo 567).

La división de cosas inanimadas y semovientes carece de importancia, porque unas y otras están sujetas a unos mismos principios.

Pero hay disposiciones especiales para unos y otros en el C, de Procedimiento Penal, tratándose de embargo para asegurar la responsabilidad del reo (Art. 386, 590 y 391).

1038- b) MUEBLES POR ANTICIPACION

Son aquellas cosas inmuebles por naturaleza, por adhesión o por destinación que, para el efecto de constituir un derecho sobre ellas a otra persona que el dueño, se reputan muebles aun antes de su separación del inmueble de que forman parte, o al cual adhieren o al que están permanentemente destinadas para su uso, cultivo o beneficio.

La ley acepta esta categoría de cosas al decir que "los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño. Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina, y a las piedras de una cantera" (artículo 571).

Para el efecto de constituir derechos a favor de terceros, todas estas cosas se consideran muebles anticipadamente, antes de que dejen de ser inmuebles; se las mira, no en su estado actual, unidas a un inmueble, sino en su estado futuro, como ya separadas y distintas. En consecuencia, deben aplicarse las leyes que rigen los bienes muebles a los actos en que se constituye derecho a otra persona que el dueño. Por eso el artículo 1801 expresa que no están sujetos al requisito del otorgamiento de escritura pública exigido para la venta de los bienes raíces, los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y substancias minerales de toda clase.

Se sobreentiende que si los llamados muebles por anticipación son objeto de actos jurídicos conjuntamente con la cosa principal, siguen la misma condición de inmueble de ésta, porque no se considera ninguna separación anticipadamente,

La jurisprudencia ha declarado lo siguiente.

1) El artículo 571 se refiere al árbol mismo y 110 sólo a la madera que de él se corta, siendo indiferente que quede o no en pie. No vale decir en contrario que los árboles no son de las cosas accesorias a que alude el artículo 571, el cual se refiere a la madera y no a ellos, pues, si la diferencia entre una y otra cosa consiste en que los primeros son los que están en pie y la segunda los que han sido derribados, la disposición, en lo relativo a la madera, carecería

De objeto, ya que nadie podría poner en duda que se trata de una cosa mueble.⁶⁰

2) La venta de cierto número de árboles para su explotación, o sea, de una montaña como se dice en un contrato, es venia de cosa mueble.⁶¹

3) El derecho de explotar o usufructuar el carbón de piedra que existe o existiere en un fundo importa una estipulación sobre bienes muebles.⁶²

4) Las aguas son por naturaleza bienes muebles, y aunque se reputan inmuebles cuando están permanentemente destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble (C. de Aguas, artículo 4°), dejan de serlo y recuperan su primitiva calidad de muebles desde que se separan con la finalidad de darles diferente destino, y aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre ellas a otra persona que el dueño.⁶³

1039. REGLAS DE INTERPRETACION LEGAL EN MATERIA DE BIENES MUEBLES

Los diversos sentidos que en las leyes y en el lenguaje corriente se atribuye a la palabra muebles, ha determinado al legislador a dictar algunas reglas encaminadas a fijar el alcance de esa expresión y de otras con ella relacionadas,

1) Cuando por la ley o el hombre se usa la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567 (artículo 574. inciso 1°), En otras palabras, se entiende por cosas muebles sólo las que lo son por su naturaleza; quedan excluidos los bienes muebles que se consideran inmuebles por adherencia o por destinación. Asimismo se excluyen los derechos y acciones, pues el artículo 567 sólo se refiere a las cosas corporales, y no a las incorporales.⁶⁴

2) En los muebles de una casa no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de arte y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una cosa (artículo 574, inciso 2°).

Ajuar, según el Diccionario de la Lengua, es el conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común en la casa,

⁶⁰ C. Santiago, 22 de agosto 1870, Gaceta, 1870, N° 1.904, p, 874; C, Suprema, 30 octubre 1947, Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo 45, sección primera, p. 263.

⁶¹ "C, Concepción, 15 julio 1914, Gaceta, 1914, 2° semestre, N° 404, p. 1126; C. Suprema, 27 diciembre 1917, Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo 15, sección primera, p. 338.

⁶² C. Suprema, 28 de diciembre 1921, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 21, sección primera., p. 391.

⁶³ C. Suprema, 17 diciembre 1913. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 12, sección primera, p. 155; C. Suprema, 27 junio 1928, Revista de Derecho y jurisprudencia. Tomo 26, sección primera, p. 273; C, Talca., 7 mayo 1913, Gaceta, 1913, 1er. semestre. N° 323, p. 1033; C. Talca; 11 septiembre 1925, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 27, sección primera, p, 769.

⁶⁴ C, de Santiago, 10 de septiembre de 1948, G, de 1948, 2° semestre, N° 77, p, 443 (C, 5° D, 444); R. tomo 47, SEC. 1ª, p. 452.

3) Si se lega una casa con sus muebles o con todo lo que se encuentre en ella, no se entenderán comprendidas en el legado las cosas enumeradas en el inciso 2° del artículo 574 (que acabamos de mencionar), sino sólo las que forman el ajuar de la casa y se encuentran en ella... No se deberán los demás objetos contenidos en la casa, sino los que el testador expresamente designare (artículo 1121),

4) Si se lega una hacienda de campo con sus muebles o con todo lo que se encuentre en ella, no se entenderá que el legado comprende otras cosas, que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y se encuentran en ella... No se deberán los demás objetos contenidos en la hacienda, sino los que el testador expresamente designare (artículo 1121.1).

C. COSAS INCORPORALES

1040. GENERALIDADES

Cosas incorporales son las que no tienen una existencia física y sólo pueden percibirse mental o intelectualmente.

El contenido y aun la existencia de las cosas incorporales es objeto de grandes controversias por los civilistas modernos. Los autores alemanes y el Código de su país han suprimido la categoría de las cosas incorporales y la han sustituido por la concepción de los derechos sobre derechos, idea que implica que un derecho puede ser a su vez objeto de otro derecho (usufructo sobre un crédito, sobre acciones de sociedades, prenda sobre derecho, etc.). Otra tendencia hace comprender dentro del concepto de cosas incorporales sólo los llamados bienes inmateriales (obras del ingenio, nombre comercial, etc.). Finalmente, la teoría clásica, considera como cosas incorporales todos los derechos, excepto el de propiedad. Nuestro Código Civil sigue esta posición, como ya lo hemos visto, pero no excluye el derecho de propiedad.

1040-a, CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS Y ACCIONES COMO COSAS INCORPORALES

De acuerdo con el último criterio señalado, las cosas incorporales se dividen en derechos y acciones, que pueden ser reales y personales y muebles e inmuebles.

Las cosas incorporales no ocupan un lugar en el espacio y no puede, lógicamente, plantearse respecto de ellas el problema de la incivilidad o inmovilidad. Pero el derecho, teniendo en mira fines prácticos, las asimila a las cosas muebles o inmuebles según sea la naturaleza de la cosa corporal a que se refiere la incorporal. De allí que se hable de derechos y acciones muebles e inmuebles.

I. DERECHOS REALES

1041. CONCEPTO

La teoría clásica, representada principalmente por Aubry y Rau, define los derechos reales como "aquellos que, creando una relación inmediata y directa entre

Una cosa y la persona a cuyo poder ella se encuentra sometida, de una manera más o menos completa, son por esto mismo susceptibles de ser ejercidos, no solamente contra una persona determinada, sino frente y contra todos" ⁶⁵

Otros expresan simplemente que derechos reales son los derechos que atribuyen al titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa, señorío o poder que es pleno e ilimitado o es menos pleno y limitado.

Nuestro Código Civil dice que derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona (artículo 577, inciso 1°).

1042. ELEMENTOS

En todo derecho real hay sólo y necesariamente dos elementos: el sujeto activo y la cosa objeto del derecho.

1) El sujeto activo o titular del derecho tiene el poder de aprovecharse de la cosa, en forma total o parcial. El propietario tiene un poder jurídico de aprovechamiento total, porque puede no sólo usar y gozar de la cosa, sino también destruirla. Los titulares de los demás derechos reales tienen únicamente un poder jurídico de aprovechamiento parcial, que puede ser mayor o menor según el derecho real de que se trata. Por ejemplo, el derecho de usufructo que recae sobre cosas no consumibles, sólo faculta a su titular para gozar de la cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño cuando se extingue el derecho (artículo 764). En el derecho real de servidumbre el poder de aprovechamiento del titular es mucho más limitado, según veremos oportunamente.

2) La cosa objeto del derecho debe ser siempre determinada individual o específicamente, "porque el derecho real tiene siempre por objeto garantizar el hecho de la posesión, que es necesariamente concreto y que sólo puede existir tratándose de una cosa determinada". ⁶⁶

1043. CORPOREIDAD O CORPORALIDAD DE LA COSA; TEORÍAS

La teoría clásica sostiene que el objeto del derecho real debe ser necesariamente una cosa corporal; pero las tendencias modernas admiten que también puedan serlo las cosas incorpóreas o derechos y los bienes inmateriales.

Según ciertos autores, el derecho real puede recaer: a) sobre cosas corporales; b) sobre derechos o cosas incorpóreas, como el usufructo de derechos; c) sobre bienes inmateriales, como las producciones del talento e ingenio (propiedad intelectual, industrial, etc.); d) sobre las universalidades, sean de hecho (.como un establecimiento comercial), sean de derecho, como la herencia.

A juicio de otros, reacios a admitir que los derechos reales puedan recaer sobre cosas incorpóreas, clasifican los derechos en tres categorías: derechos reales, personales e intelectuales. Dentro de los derechos, intelectuales consideran

⁶⁵ PLANIOL, obra citada, tomo I de la 12ª edición, Nº 2.164.

⁶⁶ *Ibidem*.

Principalmente la propiedad literaria, artística, científica e industrial. Más adelante explicaremos todas estas nociones.

1044. LAS PARTES SOCIALES

Todo socio tiene en la sociedad una cuota o parte, esto es, un derecho de participación en la sociedad, que implica un conjunto de derechos y obligaciones específicas de naturaleza patrimonial y no patrimonial. Esa cuota o parte en la sociedad se llama técnicamente parte social. Entre los derechos y obligaciones patrimoniales que envuelve están la obligación de efectuar los aportes, el derecho a las utilidades, la obligación a las deudas sociales, el derecho a una parte del patrimonio cuando la sociedad toca a su fin, etc. Entre los derechos y obligaciones de naturaleza no patrimonial o corporativa está el derecho de administración, el derecho de "control" de la gestión social, etc.

Las partes sociales en las sociedades de personas reciben el nombre de interés, y en las sociedades de capitales, el de acción. En uno y otro caso tratase de un bien complejo incorporal que, según los autores, no puede catalogarse de derecho real ni de derecho personal.

El derecho llamado parte social recae sobre un bien incorporal: por tanto, con relación a su objeto, no es inmueble ni mueble; pero se reputa de este último carácter siguiendo la tendencia de considerar muebles todas las cosas que jurídicamente no son inmuebles.

1045. CARACTERES

Estudiaremos los caracteres del derecho real al comparar éste con el derecho personal.

1046. CLASIFICACIONES

a) Según que los derechos reales sean independientes o accesorios de un derecho de crédito, se dividen en principales o materiales y accesorios o formales. Ejemplos de derechos reales principales son el dominio, el usufructo, las servidumbres; y de derechos reales accesorios, la prenda y la hipoteca.

El nombre de derechos materiales se explica porque tienen en mira las utilidades materiales de las cosas; se contraponen a los derechos formales, porque estos últimos no confieren a sus titulares ni el uso ni el goce de la cosa.

b) Otra clasificación toma como punto de referencia el dominio, y agrupa por un lado, el derecho de dominio y los derechos reales similares u éste (copropiedad, herencia), y por otro, los derechos limitativos del dominio, o sobre cosa ajena.

Este último grupo se subdivide en derechos reales de goce y de garantía. Los primeros contienen las facultades de uso o goce directo de la cosa, su finalidad es el aprovechamiento de la cosa ajena. Los derechos de garantía, en cambio, no confieren a sus titulares el uso o goce de la cosa ajena, sino sólo la facultad de utilización indirecta de la cosa; ésta no representa para aquellos sino un mero instrumento, es decir, un medio para obtener dinero. La finalidad

De los derechos de garantía es simplemente asegurar la ejecución de una obligación. Como se ve, los derechos reales de garantía (prenda, hipoteca) "atribuyen a su titular un poder de disposición preferencial del valor pecuniario de la cosa garante, cuando el derecho de crédito que con ella se ha querido asegurar, no es satisfecho por el deudor".

El ejercicio de los derechos reales de goce (usufructo, servidumbre) importa realizar actos que tienden al aprovechamiento de las utilidades que la cosa es capaz de proporcionar; el ejercicio de un derecho de garantía se traduce, en último término, en promover la enajenación de la cosa garante a fin de obtener una suma de dinero que satisfaga al acreedor cuyo crédito no fue pagado.

c) Según que los derechos reales se concedan directamente por la ley o por la Administración, se dividen en civiles y administrativos.

1047, LIMITACIÓN Y ENUMERACION DE LOS DERECHOS REALES

En doctrina se discute si los derechos reales se circunscriben en su número (numerus clausus) a los que establece el legislador o si pueden crearse por los particulares derechos reales fuera de los que figuran en los textos legales (numerus apertus).

Muchos autores se inclinan a la teoría del numerus apertus, pero otros, como Planiol, se pronuncian por la del numerus clausus o cerrado, porque, se arguye, las leyes que determinan el derecho de propiedad, sus efectos y sus límites, sobre todo cuando se trata de la propiedad inmueble, afectan a la organización social del país, que no puede quedar sometida a la libertad contractual.

El artículo 577, en su inciso 2º, enumera algunos derechos reales. Dice; "son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbre activas, el de prenda y el de hipoteca". La redacción de la disposición deja de manifiesto que la enumeración no es taxativa, pues no dice que los derechos reales son los que enumera, sino que los enumerados son, tienen la calificación de derechos reales. Y el mismo Código corrobora, más adelante, este aserto, pues cita otro derecho real no aludido en la enumeración anterior; el derecho de censo, que es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario, y real en cuanto se persiga la finca acensuado (artículo 579). El Código de Aguas habla del derecho real de aprovechamiento de las aguas, que son bienes nacionales de uso público (artículo 5º y 6º).

En todo caso, en nuestro país los particulares no pueden crear derechos reales; sólo existen los establecidos en un texto expreso de la ley.

II. DERECHOS PERSONALES

1048. CONCEPTO.

Según la escuela clásica el derecho personal es la facultad que tiene una persona (acreedor) de exigir de otra (deudor) el cumplimiento de una prestación (dar, hacer, no hace).

Nuestro Código Civil también define. Dice: "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho

Suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos..." (Artículo 578),

1049. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son tres: acreedor, deudor y objeto del derecho.

1) La persona, sujeto activo del derecho, se llama acreedor, creditor, porque ha tenido confianza en el deudor; de ahí el nombre de crédito con que se designa también el derecho personal.

2) La persona sujeto pasivo del derecho, el deudor, deudor, es la que está obligada a procurar al acreedor el beneficio del derecho, la realización de un hecho o una abstención. La prestación que debe el deudor figura en el pasivo de su patrimonio, así como la misma prestación forma parte del activo del patrimonio del acreedor.

3) El objeto del derecho puede consistir: 1) en una dación (dación), esto es, la transferencia o constitución de un derecho real por parte del deudor al acreedor; 2) en la realización de un hecho positivo por el deudor: asegurar un goce (obligación del arrendador), ejecutar un trabajo (obligación del obrero); 3) en la abstención del deudor de realizar un hecho, como es la del comerciante que se obliga a no abrir un negocio similar al vendido, por cierto tiempo, dentro del radio determinado de una ciudad.

La obligación de entregar es la que tiene por objeto solamente transferir el uso, o la tenencia de una cosa o restituirla a su dueño. Ahora bien, se discute si en nuestra legislación positiva la obligación de entregar es una obligación de hacer o si debe considerarse como una obligación de dar. Si se acepta este último criterio, la obligación de dar debería definirse en una forma más amplia que la apuntada más arriba, y habría que decir, entonces, que obligación de dar es la que tiene por objeto transferir o constituir un derecho real, transferir solamente el uso o la tenencia de la cosa o restituirla a su dueño.

Dentro del Código de Procedimiento Civil se acoge este último punto de vista, según se desprende de diversas disposiciones y de la historia fidedigna de la ley. Por eso toda obligación de entregar una cosa, a cualquier título que se haga, se considera por la procesalistas obligación de dar.

Más adelante volveremos sobre este problema.

1050. CARACTERES

Los caracteres del derecho personal los estudiaremos en el párrafo relativo al paralelo entre los derechos reales y personales.

1051. OBLIGACIÓN CORRELATIVA. NOCIÓN DE LA OBLIGACIÓN

Todo derecho personal supone una obligación correlativa. Si una persona puede exigir algo es porque otra se encuentra en la necesidad jurídica de realizar una prestación o una abstención.

La palabra obligación tiene dos acepciones. En un sentido amplio designa la relación total crediticia, tanto en su aspecto activo como pasivo. Y desde este punto de vista se define como "la relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor) se encuentra en la necesidad de realizar en favor de otra (acreedor) una determinad; la prestación, que esta última tiene la facultad de exigir, constriñendo a la primera a satisfacerla". Pero en un sentido restringido, que sólo mira el lado pasivo de la relación de derecho, la palabra obligación tiene el significado de deuda, y se define como "la necesidad jurídica en que se encuentra una persona de cumplir una prestación, positiva o negativa, respecto de otra".

La palabra crédito también se toma en dos sentidos. En uno se designa toda la relación de derecho y en otro sólo su lado activo, es decir, mirándola solamente desde el lado del acreedor.

Los elementos de la obligación, considerada como relación son: 1) el sujeto activo, que tiene la facultad de exigir la prestación (acreedor); 2) el sujeto pasivo obligado (deudor); 3) el objeto, que consiste en la prestación que el deudor debe realizar en favor del acreedor; y 4) el vínculo jurídico entre los sujetos, por el cual el deudor queda en la necesidad de satisfacer la prestación prometida al acreedor.

III. PARALELO ENTRE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

1052. a) PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA RELACION JURIDICA

Se dice que en el derecho real hay un sujeto activo y un sujeto pasivo indeterminado, que lo constituye toda la colectividad en cuanto está obligada a respetar la situación creada; y que en el derecho personal, además de esas mismas personas, figura un sujeto pasivo determinado, el deudor, que es el intermediario entre el titular del derecho y el objeto del derecho. Por eso para enunciar el derecho real basta con decir, por ejemplo, que se tiene un derecho de dominio, o de usufructo o de servidumbre .sobre tal cosa; en cambio, para enunciar un derecho personal forzosamente hay que referirse a un sujeto pasivo individualmente determinado, y se dirá, por ejemplo, que se tiene un crédito de dos mil escudos contra Gabriel.

Pero se observa que hay derechos reales, como el de servidumbre, en que también hay un sujeto pasivo determinado; el dueño del predio sirviente está obligado de un modo especial a tolerar el gravamen y, a veces, a hacer algo, como en el caso de la llamada por nuestro Código servidumbre de demarcación: el dueño de un predio puede obligar al dueño del predio colindante a que concurra a fijar los límites que separan ambas propiedades (artículo 842).

"De todos modos, siempre hay visible una diferencia entre la estructura del derecho real y la del derecho personal. En éste el sujeto pasivo es individual y directamente determinado, un sujeto invariable; mientras que en el derecho real el sujeto pasivo determinado, caso de haberlo, está determinado con relación a la cosa y es un sujeto variable, porque cambia con la titularidad del que ostenta la cosa: el poseedor del inmueble está, por ejemplo, especialmente obligado

Frente al acreedor hipotecario; pero sí cambia la persona de ese poseedor, cambiará al propio tiempo la persona obligada".⁶⁷

1053. b) OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

El objeto del derecho real es necesariamente una cosa; el objeto del derecho personal es un acto humano, sea la prestación de una cosa, la realización de un hecho o de una abstención.

El derecho real supone una cosa determinada en especie: el derecho personal puede aplicarse a una cosa indeterminada individualmente, y sólo determinada en su género: se puede ser acreedor de diez caballos indeterminados; pero para afirmar que se es dueño, necesariamente deben individualizarse las cosas,

1054. c) EFICACIA DE LOS DERECHOS

El derecho real es absoluto, porque puede oponerse a todos; el derecho personal es relativo, porque sólo puede oponerse a la persona obligada. Y así, a cualquiera persona puede exigirse que no turbe el ejercicio del derecho de dominio y, en caso de que se lo viole, la ley concede una acción real. En cambio, el cumplimiento del derecho personal sólo puede exigirse de la persona determinadamente obligada. Del derecho personal nace la acción personal que sólo se puede dirigir contra el deudor.

Del carácter absoluto del derecho real y por afectar a la cosa misma derivan las prerrogativas que concede, según el lenguaje de Aubry y Rau. El derecho personal se ejercita contra la persona obligada y, en principio, sólo surte efecto contra una cosa determinada del deudor, si se halla en poder de éste. El derecho real, por el contrario, protege la posición del titular con respecto a la cosa, cualesquiera que sean las manos en que ella se encuentre.

Las prerrogativas del derecho real se traducen en el derecho de persecución y en el derecho de preferencia.

Según Aubry y Rau, el derecho de persecución es la prerrogativa del titular de un derecho real para perseguir su ejercicio sobre la cosa misma sometida a él, y contra todo poseedor o detentador de ella.

El derecho de preferencia es definido por la doctrina como la prerrogativa en virtud de la cual el titular de un derecho real puede excluir, por lo que se refiere a la cosa objeto de su derecho, a todos aquellos que sólo tienen un derecho de crédito o que no tienen más que un derecho real de fecha posterior.

Bibliografía especial

ZAPATA, El derecho de persecución desde el punto de vista civil y en especial en los derechos reales, Memoria de Prueba, Concepción, 1943.

⁶⁷ CASTÁN, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo II, Madrid, 1943, p. 11.

CERDA, El derecho de persecución en materia mercantil y en especial sobre bienes muebles y derechos personales, Memoria de Prueba, Concepción, 1943.

IV. TEORÍAS SOBRE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

1055. DIVERSAS TEORIAS

Las ideas que hemos expuesto sobre los derechos reales y personales corresponden más o menos a la llamada teoría clásica; pero es de advertir que hay muchos puntos controvertidos que han dado margen a la formulación de otras teorías. Un cuadro completo de ellas sería el siguiente.

1056. 1) TEORÍA CLÁSICA

Fundamentalmente, afirma que el derecho real es diferente del derecho personal, no sólo en cuanto a sus caracteres específicos, sino también en los esenciales. La diferencia no es de grado, sino de esencia entre una clase de derecho y otra,

1057. 2) TEORÍA PERSONALISTA

Al contrario de la anterior, la tesis de esta teoría es monista o unitaria, porque asimila el derecho real al personal; ambas categorías de derechos patrimoniales tendrían idénticos caracteres esenciales; las diferencias sólo estribarían en los caracteres secundarios. Todos los derechos serían personales, porque el derecho, por definición, es una relación entre las personas; una relación de orden jurídico no puede existir entre una persona y una cosa: sostener lo contrario, dice Planiol, representa un contrasentido. El derecho real debe concebirse bajo la forma de una relación obligatoria, en la cual el sujeto activo es simple y está constituido por una sola persona, en tanto que el sujeto pasivo es ilimitado en número y comprende a todas las personas que están en relación con el sujeto activo. La obligación pasiva de dichas personas consiste en una abstención, la de no violar o perturbar los llamados derechos reales de los demás.

1058. 3) TEORÍA ECLÉCTICA

Sus partidarios establecen una diferencia fundamental entre los derechos reales y personales; pero armonizan ideas de la teoría clásica y la teoría personalista. En realidad, dice Barassí,⁶⁸ los elementos constitutivos del derecho real son dos: a) la relación del sujeto con la cosa que permite al sujeto recabar por sí solo de la cosa las utilidades de que esta es susceptible correspondiéndolo, por consiguiente, un poder autónomo; b) la obligación (de contenido negativo) que tienen los terceros de no invadir aquella relación autónoma y directa

⁶⁸ Citado por CASTÁN, obra citada, tomo II, p, 9,

Entre el sujeto y la cosa. El primero es el elemento interno, el contenido económico o estático del derecho real: el segundo es el elemento externo o dinámico, la garantía jurídica de aquel contenido económico. Ambos elementos tienen importancia y deben considerarse en la definición de derecho real, que de acuerdo con estas ideas, se formula así: "derechos reales son aquellos derechos privados que atribuyen un poder de inmediata dominación sobre una cosa, oponible a cualquiera".

1059. 4) TEORÍA ECONÓMICA

Esta teoría, defendida por Bonnecase, al igual que la clásica, establece una separación irreducible entre el derecho real y el derecho personal; pero basada en la diversidad de contenido de uno y otro: el contenido del primero es el fenómeno económico de la apropiación de riqueza; el de segundo, el fenómeno económico del servicio, Y así, define el derecho real como "una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona. El derecho de crédito o personal es, por el contrario, una relación de derecho por virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observar". El derecho real se refiere, pues, a la apropiación de una riqueza, en tanto que el derecho de crédito tiende al aprovechamiento de los servicios ajenos.⁶⁹

1060. 5) TEORÍA REALISTA U OBJETIVA

Sus propugnadores también son partidarios de una concepción monista, pero al revés de la doctrina personalista, que asimila el derecho real al personal, esos autores asimilan el derecho personal al real. Identifican la obligación o el derecho personal con el real. Afirman que el derecho de crédito se ha despersonalizado para irse patrimonializando. Gazín dice que el derecho personal es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto sobre que recae Saleilles, que es el representante más moderado de esta teoría, expresa que cuando se contrae la obligación de pagar una suma de dinero, lo importante es que sea pagada; la personalidad del que paga puede ser indiferente y además la presencia actual de un acreedor no es indispensable para la existencia misma de la obligación, la personalidad del acreedor podrá venir después como ocurre cuando una persona emite un título al portador, obligándose para con aquel que le entregue ese título. Gaudemet, exagerando las ideas de Saleilles, afirma que es el patrimonio quien debe al patrimonio. El derecho personal no es ya un derecho sobre la persona, es un derecho sobre los bienes: su única diferencia con el derecho real ya que no afecta privativamente a una cosa determinada, sino colectivamente a un patrimonio externo. En esta forma el derecho

⁶⁹ BONNECASE, obra citada, pp. 622 y 623,

Personal para usar los términos de Bonnecase-, es un aprovechamiento de la riqueza y no de un servicio.

Todas las leonas anteriormente expuestas han sido objeto de críticas, que omitimos, dada el Índole fundamental de nuestra obra.

Bibliografía especial

- 1) RIGAUD, Le droit réel. Historié et théories, Toulouse, 1912, Hay traducción española, editada en Madrid, 1928.
- 2) ROHNA, Derechos reales y personales, México, 1942.
- 3) LOYOLA ARNALDO, Doctrina general de los derechos reales, Memoria de Licenciado, U. de Chile, Santiago, 1956.

V. DERECHOS MUEBLES E INMUEBLES

1061. TANTO LOS DERECHOS REALES COMO LOS PERSONALES PUEDEN SER MUEBLES O INMUEBLES

De acuerdo con el artículo 580, los derechos se reputan bienes muebles o inmuebles, según sea la cuya en que han de ejercerse o que se debe. Y el artículo 5S1 agrega que los hechos que se deben se reputan muebles.

Del artículo 580 se desprende que tanto los derechos reales como los personales pueden ser muebles e inmuebles. En efecto, al decir la disposición que los derechos se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, se refiere evidentemente a los derechos reales, porque son estos derechos los que se ejercen "en" las cosas. Y al expresar el mismo precepto que los derechos se reputan bienes muebles o inmuebles, según sea la "cosa que se debe", alude indudablemente a los derechos personales, porque en virtud de estos derechos se deben las cosas.

Nótese que hay derechos reales que siempre son inmuebles, como las servidumbres, y otros siempre son muebles, como la prenda.

1062. DERECHOS REALES MUEBLES E INMUEBLES

La calificación de mueble o inmueble de un derecho real depende de que el objeto corporal sobre que recae tenga naturaleza mueble o inmueble. Por consiguiente, un derecho real es inmueble cuando es de esta naturaleza la cosa corporal en que se ejerce. Así, el derecho real de usufructo sobre un inmueble, es un derecho real inmueble. Y el derecho real es mueble cuando es de este carácter el objeto corporal en que se ejerce. Así, el derecho real de usufructo sobre un piano, es un derecho real mueble.

1063. DERECHOS PERSONALES MUEBLES E INMUEBLES

Si el objeto corporal que el acreedor, en virtud de la obligación, puede exigir al deudor, es mueble, el derecho personal será mueble; si el objeto que puede exigir el primero al segundo es inmueble, el derecho personal será inmueble.

Para calificar un derecho personal de mueble o inmueble es preciso, pues, atender a la naturaleza de la cosa debida, pues en ésta el derecho de crédito se realiza, pero aquí surge una dificultad.

¿Cuándo se debe la cosa misma o propiamente tal? A juicio de algunos, sólo cuando el objeto de la obligación del deudor es dar, esto es, transferir o constituir un derecho real a favor del acreedor. Así, el derecho del comprador de una finca es inmueble, porque el vendedor está obligado a transferir el dominio sobre un inmueble, Pero si la obligación del deudor es simplemente entregar, o sea, conferir el uso o la tenencia de la cosa o restituir la misma a su dueño y no transferir o constituir un derecho real, el derecho del acreedor sería personal mueble, aunque la entrega sea de un inmueble, pues la entrega es un hecho, y los hechos que se deben se reputan muebles (artículo 581). Por ejemplo, el derecho del arrendatario para que el deudor (arrendador) le entregue el bien raíz, sería mueble, porque el derecho del acreedor (arrendatario) recae sobre un hecho del deudor, la entrega de la cosa arrendada para que de ella goce el arrendatario.⁷⁰

En opinión de otros, se debe la cosa tanto cuando hay que darla (transferir o constituir un derecho real), como entregarla, es decir, otorgar simplemente el uso o tenencia de ella al acreedor. En pro de este punto de vista y en contra de la doctrina anterior, se arguye que en nuestra legislación positiva la obligación de dar es un concepto mucho más amplio que en la legislación francesa, como quiera que puede tener por objeto no sólo transferir o constituir un derecho real, sino también transferir el uso o tenencia de la cosa o restituir ésta a su dueño. De aquí que el derecho del arrendatario para exigir del arrendador la entrega del inmueble arrendado sería un derecho personal inmueble.⁷¹

⁷⁰ En este sentido se pronuncia CLARO SOLAR, obra citada, tomo VI (Santiago, 1930). pp. 122, N° 10 y, y 135, N° 123; tomo XI (Santiago. 1933?), p. 673 (N° 1.179); nota a una sentencia, Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo 24, sección primera, pp. 344 y siguientes, en nota.

⁷¹ En este sentido se ha pronunciado la Corte de Iquique en sentencia de 30 de septiembre de 1933. Publicada en la Gaceta de los Tribunales, año 1933, 2° semestre, N° 91, p. 2A3. Sigue esta tendencia, entre otros, el profesor David STICHKIN, Las obligaciones, tomo I (editorial Universitaria, Santiago, 1948), pp. 33 y 34. El Ministro don Urbano Marín, en cambio, en voto disidente de la sentencia recién citada, observa que obligación de dar es aquella en que la prestación del deudor consiste en la transferencia del dominio o de un derecho real constituido sobre una cosa. Agrega más adelante que "es incuestionable que, cuando la obligación de entregar envuelve también la de transferir el dominio u otro" derecho real constituido sobre la cosa que se dicte, queda comprendida entre las de dar, pero hay casos en que una persona puede tener una cosa como mero tenedor de ella y entonces, su obligación de devolverla al dueño, no es de dar sino de hacer; o en que, teniendo dominio u otro derecho real sobre la cosa, la entrega a otra persona., pero sin transferirle su derecho, quedando el que la recibe como mero tenedor de ella. El artículo 1188 sólo se refiere a los efectos que produce la obligación de dar, que, como es de transferir dominio u otro derecho real, forzosamente debe contener la de entregar la cosa. De dicho artículo -termina el señor Urbano Marín-, no puede deducirse que no existan otras obligaciones de entregar que no impliquen transferencia de dominio u otro derecho real, y que son obligaciones de hacer, como, por ejemplo, la del arrendatario al término del contrato".

1064. LOS HECHOS QUE SE DEBEN REPUTAR MUEBLES

El objeto del derecho personal puede ser, en vez de una cosa, un hecho positivo o negativo del deudor; puede consistir en un hacer o en un no hacer de éste. En tales casos, el objeto del derecho personal, el hecho del deudor, no puede ser mueble ni inmueble porque los hechos no son entidades que puedan trasladarse o no trasladarse de un lugar a otro. Pero como el legislador encaja todos los derechos en la categoría de muebles o en la de inmuebles, se vio precisado a declarar el encuadramiento de los hechos. Y dispuso que "los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que un artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inejecución del convenio, entra, por consiguiente, en la clase de los bienes muebles" (artículo 581). El acreedor del derecho personal que recae sobre un hecho del deudor procura obtener utilidad del hecho mismo de éste, de su actividad o inactividad, según la obligación sea de hacer o no hacer. Por consiguiente, el derecho del acreedor será mueble aunque el hecho debido consista en la ejecución de una obra inmueble (una casa, un puente, etc.).

Los que incluyen la entrega de una cosa dentro de la obligación de dar, lógicamente excluyen de los hechos que se deben la entrega de un objeto.

El hecho debido puede ser no solo una actividad material, sino también un acto jurídico. La Corte Suprema declaró, en una sentencia de 10 de mayo de 1950,⁷² que mientras este pendiente el contrato de promesa, las obligaciones recíprocas que él engendre, serán de hacer y no de dar. En consecuencia, la acción que las partes tienen para exigir el cumplimiento del contrato de promesa de venta de un bien raíz, es una acción mueble y no inmueble, pues lo que se debe no es una cosa de esta naturaleza sino el hecho de otorgar un contrato,

1065. DERECHOS Y ACCIONES QUE NO QUEDAN COMPRENDIDOS EN LA CATEGORÍA DE MUEBLES NI EN LA DE INMUEBLES

Por muy absolutos que sean Son términos de la clasificación de los derechos y acciones en muebles e inmuebles, hay derechos y acciones que por su naturaleza no tienen cabida ni en una ni en otra de estas categorías, sea porque no tienen un carácter patrimonial, sea por cualquiera otra circunstancia. Tal es, por ejemplo, la situación jurídica en que se encuentran la acción de divorcio y algunas otras.

Como veremos muy luego, también se ha discutido el carácter del derecho de herencia, en los términos que explicaremos más adelante.

VI. ACCIONES**1066- CONCEPCIÓN civilista DE LA ACCIÓN**

La teoría clásica o civilista no considera la acción como entidad independiente del derecho subjetivo material, sino como una emanación de estos mismos derechos,

⁷² Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo 47, sección primera, p.178.

En el cual se hallaría contenido; la acción sería el mismo derecho esgrimido ante los tribunales para que sea reconocido, satisfecho o respetado.

Esta posición implica confundir la acción procesal con pretensión o exigencia, esto es, la facultad o poder que nace del derecho de crédito o del derecho real para reclamar a oír a u otras personas la efectividad del derecho. La acción no sería más que la pretensión hecha valer contra el obligado a través de los tribunales de justicia. Sería una forma dinámica del derecho subjetivo material. Este permanecería estático mientras no es amenazado o vulnerado; pero producido alguno de estos extremos, se tomaría dinámico, "armándose de casco y preparándose para la guerra". Acción y derecho representarían, pues, una sola cosa considerada en distintos momentos; la acción no sería sino un atributo del derecho subjetivo material. Por eso el autor francés Demolombe llegó a decir que hablar de "derechos y acciones" es incurrir en un pleonismo, en una redundancia. Apartándonos un poco del fondo, hemos de decir que no siempre merecen repudio los pleonismos. A veces son útiles por dar colorido o fuerza expresiva a las frases, como estas del Quijote: "se aporrea y se da de puñaladas él mismo a sí mismo". Mucho se podría decir sobre el pleonismo, desde diversos puntos de vista; gramático, lógico, retórico y estilístico; este tema fascinante no podemos tocarlo aquí y su enunciación sólo nos sirve para una digresión que refresca en el lato y árido camino del discurso jurídico.

1067. CONCEPCIÓN PROCESALISTICA DEL DERECHO AUTONOMO

Pero los procesalistas modernos sostienen que la acción es un derecho distinto e independiente del derecho material; tratase de un derecho autónomo. Hacen ver que si la concepción civilista fuera exacta siempre deberían coincidir derecho y acción, y la realidad jurídica demuestra lo contrario: hay derechos sin acción, como los correlativos a las obligaciones naturales. Cumplidas éstas, el objeto de su prestación se incorpora legítimamente al patrimonio del acreedor, y no puede repetirse lo pagado. Resulta evidente la existencia de un derecho sin acción, sin una cualidad inseparable del mismo. Y tal conclusión es absurda. Por otro lado, la teoría clásica tampoco explica satisfactoriamente el caso de las acciones infundadas, esto es, ejercitadas sin derecho. Suponen ellas la promoción de una demanda por el actor y su rechazo después de haberse seguido todo un proceso. Si la acción fuera el derecho deducido en juicio, sería inconcebible que se perdiera un pleito por carecer de derecho; y sin embargo, aparece de manifiesto que se ejercitó una acción que no correspondía a derecho alguno. En este punto algunos civilistas replican que tal situación nada de extraño tiene, como quiera que en el campo del derecho sustantivo ocurra algo análogo cuando una persona ejerce de hecho un derecho que no le corresponde, sea de buena o mala fe, como en la posesión. Pero los procesalistas no callan y atacan por otro costado. Traen a cuento las llamadas acciones declarativas o de simple apreciación; el demandante no pretende en estos casos tener un derecho substancial correlativo de una obligación del demandado; el actor sólo pide al juez que declare la existencia o inexistencia de una situación jurídica, Es el caso de la persona que solicita al juez que declare que no es deudor de un individuo que pretende ser su acreedor o que no es padre del

Individuo que se hace pasar por hijo suyo. En estos casos ningún derecho subjetivo existe, especial y determinado, a cuyo servido esté la acción. Se ha argumentado, sin embargo, que estas acciones de simple declaración negativa representan el derecho subjetivo (en movimiento) a la integridad de la propia esfera Jurídica. Pero se ha rebatido la afirmación diciendo que la esfera jurídica es un complejo de derechos y, por tanto, una abstracción del espíritu, que no puede ser protegida por medio de una acción,

Por toda, estas razones los modernos procesalistas proclaman la autonomía de la acción, Y precisan que justamente esta surge cuando la pretensión civil se muestra impotente; la acción, en sentido procesal, empieza a actuar cuando nada se ha logrado obtener mediante la pretensión civil. "A partir de este instante el obligado se desliga, puesto que no puede o se niega a satisfacer el derecho del acreedor, es decir, a realizar un acto o una omisión. La acción no se dirige contra él (sólo se le sujeta a sus efectos, o sea, a los actos jurisdiccionales pura y simplemente) porque tiene por fin conseguir en el proceso, de cualquier forma, la efectividad de lo que fuera de él no se ha obtenido del demandado, de la única manera posible, o sea, mediante el cumplimiento de la obligación, que no ha surtido efecto y quedó agolada. El cumplimiento de la pretensión se pide al deudor (demandado), y procede de la obligación o relación jurídica; la acción se dirige al Estado, y procede de la ley. No se trata, pues, de alcanzar el cumplimiento de la obligación, sino de lograr su contenido -el bien jurídico protegido por la ley-, por otro camino".⁷³

En síntesis, podemos decir que la acción es un derecho subjetivo autónomo. Pero cuando se trata de definir es necesario considerar dos teorías fundamentales, la que concibe la acción en sentido concreto y la que la concibe en sentido abstracto.

De acuerdo con la primera, la acción es un derecho subjetivo autónomo dirigido a obtener una determinada resolución jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante.

En conformidad al segundo punto de vista, la acción es un derecho subjetivo autónomo encaminado a obtener una determinada resolución jurisdiccional sobre la pretensión que se hace valer, aunque esta pretensión sea infundada.

El nombre de acción en sentido concreto se explica porque se pide concretamente una resolución judicial favorable al reclamante, Y el nombre de acción en sentido abstracto se explica porque la acción puede corresponder también a quien no tiene razón, haciendo abstracción del fundamento de la demanda.⁷⁴

1068, LA DEMANDA

Aunque es frecuente que la expresión demanda se tome en el sentido de acción, en una terminología estricta y exacta no cabe la sinonimia. La demanda

⁷³ PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (Zaragoza, 1946), p. 55.

⁷⁴ PIERO CALAMANDREI, *INSTITUCIONES de Derecho Procesal Civil*, traducción castellana, Buenos Aires, 1943, pp. 171 y 172.

Es el acto procesal del actor o demandante en el cual ejercita la acción procesal; en la demanda se corporifica la acción.

Los destinatarios de la demanda son, por una parte, el juez, en cuanto a él se pide una resolución, y por otra, el contendor, el demandado, pues en su contra se persigue la dictación de esa resolución.

Aunque la demanda es generalmente un acto escrito, puede, en ciertos casos, ser verbal. Debe reunir determinados requisitos que la legislación positiva procesal se encarga de señalar (C. de Procedimiento Civil, artículos 254 y 255).

1069. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA ACCIÓN

a) El titular de un derecho dispone de diversos medios para hacerlo respetar cuando es amenazado, desconocido o violado. Por ejemplo, puede ejercitar el derecho de retención, definido como "la facultad que compete al poseedor o tenedor de una cosa debida, para conservarla (retenerla) hasta obtener el pago de lo que es debido por el propietario o acreedor de la entrega de dicha cosa", Pero no hay duda de que la acción es el principal instrumento para lograr el respeto de los derechos.

b) La importancia de la acción aparece de manifiesto si se considera que el juez, por lo general, procede a requerimiento de parte; entra a conocer de un asunto o cuestión sólo una vez que se ejercita la acción. Por obra de ésta el órgano jurisdiccional se pone en movimiento. Un adagio clásico dice; "Ne procedat iudex ex officio", Y nuestro Código Orgánico de Tribunales consagra el aforismo en términos explícitos, al decir; "Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio" (artículo 10, inciso 1º)

c) El juez, en la sentencia, debe conformarse a las peticiones del demandante y a las que, en contradicción con él, hace valer el demandado. Por eso nuestro Código de Procedimiento Civil sienta la regla general de que "las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio" (artículo 160).

d) Uno de los criterios que se toman en cuenta para determinar la competencia de los tribunales es el de la calificación de las acciones, según sean éstas muebles o inmuebles (C. Orgánico de Tribunales, artículos 135 a 138).

e) La prueba también está condicionada a la naturaleza de la acción. Por ejemplo, y en términos generales, en los juicios posesorios no se toma en cuenta el dominio que por una u otra parte se alegue (C. Civil, artículo 923, inciso 1º).

1070. CLASIFICACIONES DE LAS ACCIONES

Hay dos grandes clasificaciones de las acciones. La primera considera el concepto civilístico y a ella se refiere nuestro Código. Está basada en la naturaleza de la relación jurídica sobre cuya existencia se discute entre las partes y se somete al conocimiento de los tribunales; en otras palabras, se toma en cuenta la naturaleza

Del derecho que tiende a garantizar o proteger la acción. La segunda clasificación, la llamada procesalística, mira al objeto inmediato de la acción, esto es, al pronunciamiento judicial que se pretende obtener mediante ella,

1071. CLASIFICACIÓN PROCESALÍSTICA

a) Acciones declarativas en sentido estricto, llamadas también de declaración de simple o de mera certeza, son las que persiguen una resolución del tribunal que declare la existencia o inexistencia de una relación o situación jurídicas. Su propósito es simplemente desvanecer un estado de incertidumbre frente al derecho. Ejemplos; acción en que se solicita declarar la existencia de un derecho hereditario, la cualidad de socio, etc.; acción de reclamación del estado de hijo legítimo; acción mediante la cual el marido pide se declare que la criatura dada a luz por su mujer, no es hijo de él (C, Civil, artículo 180, inciso 2º),

b) Acciones de condena son las que persiguen la declaración de la existencia del derecho y, además, condenar al demandado a que lo satisfaga. Como dice un autor, la característica de estas acciones —y de ahí el nombre— es la condena, que es una orden de prestación exigida por los interesados a los órganos jurisdiccionales, bajo la conminatoria de la ejecución forzosa.

c) Acciones constitutivas son las que se dirigen a obtener que el juez declare la existencia de un estado jurídico y ordene su modificación, Llámense constitutivas porque entrañan la petición no sólo de que se verifique lo que es, sino también la solicitud de que se constituya algo nuevo. Ejemplo; en la nulidad del matrimonio, el juez no se limita a declarar la existencia de un vicio que hace nulo el vínculo, sino que, como consecuencia de esta declaración, lo declara nulo, y con ella modifica para el porvenir la situación jurídica tal como había sido declarada cierta respecto del pasado,⁷⁵

Otros procesalistas definen la acción constitutiva como aquella que busca obtener una sentencia que constituya, modifique o extinga una relación jurídica.⁷⁶

d) Acciones ejecutivas son las que tienden a obtener el cumplimiento forzado de los intereses protegidos por el derecho y cuya existencia consta legalmente. La acción ejecutiva presupone que el derecho ha sido establecido en una sentencia u otro título que tiene fuerza por sí mismo para constituir plena prueba. En otros términos, para intentar una acción ejecutiva es necesario tener título ejecutivo.

e) Acciones de aseguramiento, cautelares o conservativas son las que se dirigen a obtener resoluciones conservativas para mantener el estado de hecho y de derecho existente en un momento determinado, ya sea mientras está pendiente el juicio, ya sea en previsión del mismo. Como dice Rocco, fúndanse en el hecho de

⁷⁵ Kisch. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, traducción castellana, Madrid, 1940, p, 181; CALAMANDREI, obra citada, p. 135; -SCHONKE, D. *Procesal Civil*, traducción del alemán, Barcelona, 1950, p. 277.

⁷⁶ ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción del italiano. Buenos Aires, 1980, Nº 86, p. 140.

Que entre la declaración y la ejecución, pasa necesariamente cierto tiempo, durante el cual hay que mantener el estado de hecho o de derecho existente.

1072. CLASIFICACIÓN CIVILÍSTICA

Considera la naturaleza sustancial de la relación o situación jurídica sobre la cual se contiene, Y así se distinguen:

- a) Acciones personalísimas, de estado y patrimoniales;
- b) Acciones reales y personales;
- c) Acciones muebles e inmuebles, y
- d) Acciones petitorias y posesorias.

1073- a) Acciones Personalísimas, de Estado y Patrimoniales

Acciones personalísimas son las que protegen los derechos de la personalidad, como el derecho al nombre.

Acciones de estado son las que tienen en mira las relaciones de familia propiamente tales. Ejemplo típico; la acción de reclamación del estado de hijo legítimo (C. Civil, artículo 320).

Acciones patrimoniales son las que protegen los derechos cuyo contenido es primordialmente económico.

A veces resulta necesario determinar el objeto principal de la litis para establecer si se trata de un Juicio de estado o patrimonial. Y así, ha dicho nuestra Jurisprudencia, si el demandado niega a los demandantes el derecho a impetrar la nulidad de un testamento por no tener con el testador el parentesco que invocan, no cabe dar a la litis el carácter de un juicio sobre estado civil propiamente tal, ya que el objeto primordial que en ella se persigue no es el de establecer el estado civil que corresponda a los demandantes. La controversia suscitada acerca de la filiación de éstos es una cuestión accesoria, que sin duda es forzoso resolver, pero sólo como un antecedente necesario para el efecto de decidir sobre los derechos patrimoniales que se demandan y que son los que le imprimen al juicio su verdadero carácter.⁷⁷

1074. b) ACCIONES REALES Y PERSONALES

Acciones reales son las que nacen de los derechos reales; son aquellas en que el derecho controvertido o incierto es real. Competen al titular del derecho contra cualquier persona; es una acción absoluta.

Acciones personales son las que nacen de los derechos personales; son aquellas en que el derecho controvertido o incierto es un derecho de crédito u obligaciones

⁷⁷ C. Suprema, 8 de mayo de 1908, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 5, sección primera, p.368; C. Suprema, 31 diciembre 1910, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo 9, sección primera, p. 67; C, Valdivia, 1º agosto 1929, *Revista derecho y Jurisprudencia*, tomo 28, sección primera, p. 439, C, Concepción. 9 de diciembre 1931, G. de los Tribunales, año 1931, 2º semestre, N° 114, p, 528,

Sólo pueden intentarse contra la persona que contrajo la obligación correlativa, el deudor, o sus herederos o representantes; es una acción relativa,

1075- c) ACCIONES MUEBLES E INMUEBLES

Las acciones son muebles u inmuebles según que el objeto de ellas sea una cosa mueble o inmueble. Nuestro Código Civil dice que "los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada es inmueble, y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble" (artículo 580).

1076. CALIFICACIÓN DE LAS ACCIONES REALES Y PERSONALES COMO MUEBLES O INMUEBLES

La acción, en el sentido civilístico, no es más que el derecho deducido o a deducir en juicio; consecuentemente, las acciones reales y personales se calificarán de muebles o inmuebles, según que el derecho que se hace valer en la acción sea mueble o inmueble, Y así, por ejemplo, si se reclama judicialmente el derecho de usufructo sobre un inmueble, la acción será real inmueble; y si se pide judicialmente el derecho de usufructo sobre un mueble, la acción será real mueble; la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es una acción personal inmueble, y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es una acción personal mueble,

Si se entabla una acción para que se cumpla el hecho debido, la acción será personal mueble; y tendrá el mismo carácter la acción tendiente a obtener el cumplimiento de la obligación de no hacer, ora pidiendo que se deshaga lo hecho, ora pidiendo que se indemnicen los perjuicios si no puede deshacerse lo hecho en contravención a lo estipulado. En cuanto a las acciones en que se hace valer un derecho personal que tiene por objeto un hecho que consiste en entregar una cosa, [engase presente la discrepancia de opiniones que vimos oportunamente.

1077. ACCIONES PETITORIAS Y POSESORIAS

Acciones petitorias son las que protegen la propiedad y los otros derechos reales; miran al derecho en sí. Ejemplo típico lo constituye la acción reivindicatoria.

Acciones posesorias son las que protegen la posesión; se refieren sólo al hecho de la posesión. En nuestra legislación (artículo 916), como en la francesa, sólo se dan respecto de los inmuebles.

1078. ACCIÓN PENAL Y ACCION CIVIL

La acción penal nace de todo delito, y se concede para "impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado" (C. de Procedimiento Penal, Art., 10 inciso 1º, conforme al nuevo texto que le dio el Nº 9 del artículo primero de la ley Nº 18.857, de 6 de diciembre de 1989),

Mientras la acción penal tiende al castigo del culpable, la acción civil busca otros objetivos, como. Por ejemplo, lograr la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado (C. de Procedimiento Penal, artículo 10).

1079. ACCIÓN PRIVADA Y ACCION PÚBLICA

Acción privada es la que sólo puede ejercer de un modo exclusivo el titular del interés individual que la norma jurídica protege. Acción pública es la que corresponde ejercer a un órgano público especial, que obra independiente de todo estímulo privado, por deber de cargo.⁷⁸

1080. LAS EXCEPCIONES

En un sentido amplio, la excepción puede ser definida como toda defensa que el demandado opone a la acción del actor o demandante. Frente al accionar del actor se habla del excepcionar del demandado, en el sentido de contradecir.

Los procesalistas explican que la excepción es sólo un diverso aspecto del mismo derecho de acción, aspecto que resulta de la diversa posición que asumen en el proceso demandante y demandado. En efecto, el demandado, frente a la acción del actor que pide al juez una declaración positiva en su favor, contrapone una petición encaminada a una declaración negativa que le favorezca,

Dentro de nuestra legislación positiva procesal las excepciones se clasifican en perentorias y dilatorias.

Perentorias son las que miran al fondo del pleito y tienen por objeto enervar, matar, la acción deducida por el actor. No están enumeradas en la legislación; son tantas cuantos sean los medios que el demandado pueda oponer para rechazar la demanda y obtener su absolución. Son excepciones perentorias, por ejemplo, la prescripción, la cosa juzgada, la transacción, el pago efectivo de la deuda, etc.

Excepciones dilatorias son las que se refieren a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida. Tienden a evitar que se entre al fondo del pleito mientras los vicios de procedimiento no sean corregidos. Ejemplos; incompetencia del tribunal ante quien se ha presentado la demanda; Falta de capacidad del demandante, etc.

D. COSAS ESPECÍFICAS Y GENÉRICAS

1081. NOCIÓN DE UNAS Y OTRAS

Por su determinación, las cosas se clasifican en específicas y genéricas.

Cosa específica, individualmente determinada o cuerpo cierto es la determinada por sus caracteres propios que la distinguen de todas las demás de su

⁷⁸ CALAMANDREI, obra citada, p. 199.

Mismo género o especie. Ejemplos: el caballo "Campesino", el automóvil "Alfa Romeo" número tanto, el tundo "Las Bruja";".

Cosa genérica es la determinada sólo por los caracteres comunes a todos los individuos de su género o especie. Ejemplos; un automóvil de turismo o un automóvil "Alfa Romeo", Como se ve, la cosa genérica admite una menor o mayor determinación, pero nunca llega a establecer la individualidad,

1082. CLASIFICACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Este no formula la clasificación de las cosas en genéricas y específicas; pero alude a unas y otras. Por ejemplo, dice que el título de sucesión es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo (artículo 951). En otra disposición expresa que si la deuda es de cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle, a menos,.. (Artículo 15901, También hay un precepto que manifiesta que obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado (artículo 1508). La norma siguiente agrega que en la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana (artículo 1509).

1083. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACION

La clasificación de las cosas en específicas y genéricas se reduce a una antítesis entre cosas individualizadas y cosas de género no individualizadas. Su importancia se relaciona con la prueba de la identidad de la cosa. con la conservación de la misma, con su pérdida. El deudor de cuerpo cierto está obligado a conservar la cosa hasta entregarla al acreedor, y esto exige que se emplee en su custodia el debido cuidado (artículos 1548 y 1549);

El deudor de cosas genéricas, en cambio, puede enajenarlas o destruirlas. Sin que el acreedor tenga derecho a oponerse mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que se le debe (artículo 1510); por tanto, el deudor de género no tiene la obligación de conservar y cuidar la cosa. La pérdida fortuita del cuerpo cierto extingue la obligación; pero no la de algunas cosas del género (.artículo 1510), pues el género no perece, a menos que ocurra el excepcional caso de que perezcan todos los individuos de un género determinado,

E. COSAS CONSUMIBLES Y COSAS NO CONSUMIBLES

1084. CONSUMIBILIDAD OBJETIVA

Son objetivamente consumibles las cosas que, en razón de sus caracteres específicos, se destruyen natural o civilmente por el primer uso.

La determinación natural importa el desaparecimiento físico o la alteración de la sustancia de la cosa. La destrucción civil se traduce en la enajenación del objeto. El primer uso de los alimentos, de las bebidas, del carbón opera su destrucción natural; y un primer uso de las monedas (consideradas como tales y no como piezas de una colección o de una vitrina de exhibición) entraña su destrucción civil, esto es, su enajenación.

Son objetivamente no consumibles las cosas que, en razón de sus caracteres específicos, no se destruyen natural o civilmente por el primer uso (los vestidos, una mesa, un automóvil).

La distinción entre cosas consumibles y cosas no consumibles ofrece interés en los actos y derechos que sólo facultan el uso, goce o disfrute de una cosa y no su disposición; no pueden ellos recaer sobre cosas consumibles que se utilizan como tales. Así, por ejemplo, el usufructo sólo puede recaer sobre cosas no consumibles; cuando se establece sobre cosas consumibles, no se está. Según la teoría tradicional, ante un usufructo verdadero, sino ante un cuasiusufructo (artículos 764 y 789). También presenta interés la distinción referida en el comodato o préstamo de uso; no pueden darse en comodato las cosas consumibles, pues el comodatario está obligado a restituir la misma especie después de terminado el uso (artículo 2174), y tal obligación no podría cumplirse con las cosas cuyo primer uso implica su destrucción.

1085. CONSUMIBILIDAD SUBJETIVA

Son subjetivamente consumibles las cosas que se consideran desde el punto de vista de su valor pecuniario y cuyo primer uso importa enajenación en razón del destino a que se encuentran afectadas.

Las cosas subjetivamente consumibles pueden o no ser al mismo tiempo objetivamente consumibles. Por ejemplo, los alimentos del almacén de comestibles son consumibles subjetivamente para el almacenero y objetivamente para cualquiera persona; el uso de la mercadería por el primero, dentro de su giro, se confunde con la enajenación, y el primer uso natural del comestible, en razón de sus caracteres específicos, hace que se destruya materialmente. En cambio, los libros de una librería, los automóviles nuevos del agente comercial son sólo subjetivamente consumibles, pues el destino de todas esas cosas, dentro del patrimonio del comerciante, es el de ser vendidas, enajenadas.

El Código Civil Alemán dice expresamente que es necesario considerar también como consumibles las cosas muebles que forman parte de un depósito de mercaderías o de una universalidad de cosas cuyo uso habitual consiste en la enajenación (artículo 92, inciso 2°).

La consumibilidad subjetiva no constituye una verdadera clasificación de los bienes; sólo significa, en el fondo, que las cosas físicamente no consumibles se regirán por las reglas de las que lo son; si no se encendiera así la idea todas las cosas serían consumibles por destinación.

Es característica esencial de esta consumibilidad subjetiva, que la cosa sea considerada desde el punto de vista de su valor pecuniario. De esta idea derivan importantes consecuencias, sobre todo respecto de los establecimientos de comercio. Si uno de estos establecimientos es dado en usufructo, el usufructuario

Se hará dueño de las mercaderías objetivamente no consumibles en la misma forma que de las objetivamente consumibles y podrá, por tanto, enajenarlas y sólo estará obligado a restituir al fin del usufructo el precio de ellas.⁷⁹

Con esta noción, dice Jaubert, se explica algo difícilmente explicable, y es que el usufructuario del establecimiento de comercio tiene derecho a enajenar las mercaderías del establecimiento, aunque ellas no sean naturalmente consumibles.⁸⁰

Se agrega que la consumibilidad subjetiva no sólo puede establecerse por la voluntad del hombre, sino también por la del legislador. Y se cita como ejemplo el de la moneda; pero se reconoce que ésta es ante todo una cosa objetivamente consumible, pues si no fuera consumible por el primer uso, perdería su carácter de moneda, como quiera que ella exista sólo en función de su utilización.⁸¹

Por otro lado, debe considerarse la no consumibilidad subjetiva. Son cosas subjetivamente no consumibles las que a pesar de serlo objetivamente, están destinadas a cualquier uso que no sea el de la consumición o destrucción material o civil. Ejemplo típico es el de la torta que se presta simplemente para adornar una mesa o el de la botella de vino de una cosecha muy antigua que se facilita a un negocio para exhibirla en la vitrina. También caben dentro de esta categoría las monedas que constituyen piezas de una colección o de una vitrina de exhibición.

1086. COSAS DETERIORABLES

Estas cosas, que algunos llaman también gradualmente consumibles, son, a pesar del nombre, una especie de cosas no consumibles, pues no se destruyen objetivamente por el primer uso, sino en forma gradual por el mismo uso más o menos repetido (vestidos, muebles de una casa).

1087. COSAS CORRUPTIBLES

Son aquellas que deben consumirse en un tiempo brevísimo, porque de lo contrario, y en razón de su misma naturaleza, se corrompen tomándose ineptas para el consumo (frutas, pasteles), o bien, pierden las propiedades que justifican su consumo (como ciertos medicamentos).

La ley las considera para autorizar su enajenación con el mínimo de trabas. Así, por ejemplo, se prohíbe especialmente a los curadores de bienes enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles (artículo 488). El Código de Procedimiento Civil, al referirse a la administración de los bienes embargados,

⁷⁹ Pierre Jaubert, "Deux notions du Droit des Biens: la Consomptibilité et la Fongibilité", estudio publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, tomo 43, París, 1945, p. 98. Véase también H. HUMBERT, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles. Les caractères et les applications pratiques de la fongibilité et la consomptibilité*. París (1 volumen de 163 páginas).

⁸⁰ Obra citada, p. 98.

⁸¹ JAUBERT, obra citada, p. 100.

Establece que el depositario venderá en la forma más conveniente, sin previa tasación, pero con autorización judicial, los bienes muebles sujetos a corrupción, o susceptibles de próximo deterioro, o cuya conservación sea difícil o muy dispendiosa (artículo 483).

F. COSAS FUNGIBLES Y COSAS NO FUNGIBLES

1088. GENERALIDADES

La palabra fungible proviene del verbo fungor, que además de consumir, significa ocuparse en algo, desempeñar un cargo, funcionar; en este sentido denota la aptitud de una cosa para sustituir a otra, desempeñar sus mismas funciones en razón de la equivalencia de ambas.

La expresión no se encuentra en el Digesto. Se cree que fue inventada por el jurisconsulto alemán Ulrich Zasius (1461-1536) con ocasión de un análisis sobre un comentario de Paulo al Edicto. El jurista romano se refiere en ese lugar al mutuo en que se entregan cosas que se pesan, cuentan o miden. Se vuelve a encontrar la palabra fungible en los escritos de Pablo Voet, jurisconsulto holandés del siglo XVII (1619-1677).

Pronto en el lenguaje jurídico se confundieron los conceptos de cosas fungibles y cosas consumibles, error que culmina en algunos Códigos,

La doctrina alemana fue el primer; en tratar de aclarar la confusión. Zachariae traduce cosas fungibles por cosas representables, Más tarde, Böcking y Windscheid vulgarizan la noción. Y, finalmente, el Código de Comercio de 1861, la Ley Procesal de 1879 y el Código Civil de 1900 alemanes, dieron a la palabra fungible un significado técnico. Pero si bien hoy en día todos están de acuerdo en que el concepto de lo fungible tiene un contenido propio, se está muy lejos de la aceptación del criterio preciso y único para caracterizarlo,

1089. IMPORTANCIA JURIDICA Y ECONOMICA DE LA FUNGIBILIDAD

La importancia de la clasificación de las cosas fungibles y las no fungibles se ha ido acrecentando con el progreso de la industria, que ha creado los productos en serie y tipo "Standard".

En el plano jurídico, la noción de fungibilidad despliega su importancia en diversas instituciones: propiedad, hipoteca, usufructo, pago, compensación, etc. La compensación, por ejemplo, sólo opera de pleno derecho si ambas deudas son de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad (artículo 1656).

1090. FUNGIBILIDAD OBJETIVA

Como se ha dicho, los criterios más dispares se han enunciado para caracterizar la fungibilidad. Nos limitaremos a señalar los dos principales.

a) El Código Civil Alemán dispone que son fungibles las cosas que usualmente se determinan por el número, el peso o la medida (artículo 91). Pero

Hay cosas que se acostumbra determinar por uno de esos medios y no son, sin embargo, fungibles entre sí, como, por ejemplo, cien litros de vino que pertenecen a cosechas diferentes. En verdad, la definición germánica no explica la razón de ser de la fungibilidad ni por qué las cosas que se cuentan, se pesan o se miden son fungibles.

b) Más aceptable parece el criterio que se funda en la igualdad de las propiedades de las cosas y en la consiguiente identidad de su poder liberatorio. Podría decirse, entonces, que son fungibles las cosas que por presentar entre sí una igualdad de hecho desempeñan en el comercio las mismas funciones liberatorias,

Esta noción de la fungibilidad permite extenderla no sólo a las cosas, sino también a los hechos, a los servicios. Y así serán fungibles los hechos en que no se considera la persona del deudor, como por ejemplo, los trabajos que no requieren especial libación o aptitudes especiales; y no fungibles serán los hechos en que es determinante la persona del deudor (*intuitu personae*): pintura de un cuadro, etc. También es posible hablar en doctrina de inmuebles fungibles, como serían los lotes de terrenos semejantes.

La similitud que da el mismo poder liberatorio no se circunscribe por lo general al estrecho número de dos cosas, sino a varias que pertenecen al mismo género o categoría. Pero no hasta que dos o más cosas pertenezcan al mismo género para que pueda afirmarse que son fungibles; es preciso, además, que se encuentren en el mismo estado. Ejemplo: dos libros de la misma serie serán fungibles si ambos están igualmente nuevos; pero no si uno de ellos aparece usado,

En consecuencia, podrían también definirse las cosas fungibles como las que pertenecen a un mismo género y se encuentran en el mismo estado, y como cosas no fungibles las que no pertenecen a un mismo género y las que, a pesar de corresponder a un mismo género, no se encuentran en el mismo estado,

Recuérdese que el concepto de género es relativo; hay géneros de mayor y de menor extensión. El género más pequeño en extensión que está contenido en el de mayor extensión se llama especie. En este caso, se alude precisamente al género más pequeño, a la especie primero se prefiere hablar de género para no inducir a error y confundir al género-especie con la cosa individual, singular que suele llamarse en las leyes especie o cuerpo cierto.

1091. LAS COSAS GENERICAS Y LAS FUNGIBLES

La calificación de cosas genéricas, según se sabe, se atribuye no a las que pertenecen a un mismo género, sino a las que son determinadas! sólo por los caracteres comunes a todos los individuos de su especie o género. Ejemplo: un caballo árabe o simplemente un caballo. En contraposición a las cosas genéricas están las específicas o cuerpos ciertos, que son las que se determinan por sus caracteres propios que las distinguen de todas las demás de su especie o género, ejemplos: el caballo "Sterling", la casa de la calle Ahumada signada con el número 125.

Ahora bien, el criterio de las clasificaciones de las cosas genéricas específicas

Por un lado, y el de las fungibles y no fungibles, por otro, es distinto. En el primer caso se atiende a la determinación de las cosas; en el segundo, a la similitud o disimilitud de dos o más cosas que les confiere o no el mismo poder liberatorio. De ahí que no pueda sostenerse que las cosas fungibles son necesariamente genéricas, y las no fungibles, específicas o cuerpos ciertos. Una cosa puede ser fungible y, al mismo tiempo, un cuerpo cierto si se determina por sus caracteres individuales que la distinguen de todas las demás de su misma especie o género. Ejemplo: todas las máquinas de escribir del mismo tipo son fungibles y, al par, serán cuerpos ciertos, si en un caso dado se las determina por el número individual que cada una lleva. Lo mismo puede decirse de los billetes de banco, de los títulos de bolsa, etc. Y, al contrario, puede haber una cosa no fungible que, por su falta de determinación, debe estimarse como cosa genérica, Jaubert cita el ejemplo de un armario antiguo que parece ser el único de su especie y, sin embargo, él puede no estar individualizado. Si en un inventario no ha sido suficientemente descrito, pueden presentarse cuestiones para saber cuál es, en caso de que haya Otro armario antiguo distinto y tampoco suficientemente descrito,

En síntesis, la fungibilidad y la individualización se diferencian por la distinta función que desempeñan y por la consideración de que resultan una y Otra. La primera tiene una función liberatoria y deriva de la comparación de dos o más cosas; la segunda tiene una función probatoria y fluye de la cosa considerada en sí misma,⁸²

1092. RELACIÓN ENTRE LA CONSUMIBILIDAD Y LA FUNGIBILIDAD

Por regla general, las cosas consumibles son al mismo tiempo fungible (trigo, vino, carbón); pero esto no quiere decir que la fungibilidad y la consumibilidad sean caracteres que forzosamente deben concurrir en una misma cosa. Hay cosas consumibles y no fungibles; la última botella de vino de una cosecha determinada, un tonel de vino conservado en forma distinta a todos los demás de la misma cosecha. Hamel cita también como ejemplo los melones de una misma raíz, que si bien son todos consumibles, pueden no ser fungibles por su diverso tamaño y estado de madurez. A la inversa, existen cosas fungibles y no consumibles objetivamente: las distintas reproducciones de una estatua, los libros, automóviles, muebles, utensilios, todos nuevos y de una misma serie y tipo,

Como dijimos, la mayor parte de las cosas consumibles son al mismo tiempo fungibles. De ahí que se hable de la relación habitual de la consumibilidad con la fungibilidad. Pero este último carácter concurren en un mayor número de cosas que el primero, porque generalmente la fungibilidad acompaña a la consumibilidad y, además, se presenta en muchas cosas sin ella: en todas las que admiten un uso reiterado sin alteración de su sustancia y pertenecen al mismo género, encontrándose en el mismo estado (artículos nuevos de un mismo tipo y modelo, como sombreros, camisas, automóviles, etc.),

⁸² JAUBERT, obra citada, p. 86.

En síntesis, los conceptos de fungibilidad y consumibilidad pueden presentarse juntos o no; el primero se presenta en un mayor número de cosas, pero esto no quiere decir que la consumibilidad sea una especie de fungibilidad; uno y otro concepto dan origen, en cuanto a las cosas, a dos clasificaciones independientes.

1093. LA CONSUMIBILIDAD Y LA FUNGIBILIDAD EN EL CODIGO CIVIL CHILENO

a) Distinción de ambos conceptos. El Proyecto de 1853 decía que son cosas fungibles las que se consumen inmediatamente por el uso (artículo 678, inciso 1º), El Proyecto Inédito cambió la redacción del precepto en su artículo 677, que es el mismo que figura en el Código vigente con el N° 575, y dice:

"Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles.

A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.

Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles".

El cambio de redacción con respecto al Proyecto de 1853 revela que el legislador se dio cuenta de que la fungibilidad no es la consumibilidad. Con dicha alteración salvó un error, pero incurrió en otro al disponer que las cosas consumibles pertenecen a las fungibles, Bello se sintió perturbado por el hecho de que la fungibilidad, al mismo tiempo que acompaña las más de las veces a la consumibilidad, se presenta, también, sin ella. Por tal motivo creyó que las cosas consumibles y no consumibles constituían una especie del género de las fungibles y no fungibles; no comprendió que eran dos clasificaciones diferentes.

b) Las especies monetarias; su consumibilidad y fungibilidad. Tocante a las especies monetarias, no hay duda de que son fungibles, pues las que representan el mismo valor tienen idéntico poder liberatorio; pero, además, en cuanto se usan como tales, son consumibles, se destruyen o perecen civilmente. Por eso, y desde este punto de vista, el legislador debió decir que son consumibles. Tal vez don Andrés Bello también lo entendió así, y empleó la palabra fungibles en la acepción de consumibles, Esta suposición del redactor no es antojadiza ni inspirada en el (común deseo de algunos autores de dejar siempre en una posición confortable al legislador. Hay razones en pro de la interpretación enunciada.

Desde luego, es evidente que la ley con la palabra fungibles designa dos clases de cosas: las fungibles propiamente tales y tan consumibles. Por eso dice que a las fungibles pertenecen las consumibles; si fuera de éstas, no entrara en su mente otra especie de cosas, se habría limitado a decir, tal como en el Proyecto de 1853, que son cosas fungibles las consumibles, y no que éstas pertenecen a aquellas, lo que equivale a decir que son una categoría de las mismas. Al expresar el Código que las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles, quiso manifestar que eran de aquellas cosas fungibles de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Refuerza esta interpretación el hecho de que a

fungor, fungere, se le da en latín las dos significaciones de desempeñar (las mis mas funciones) y consumir.⁸³

Podría argüirse que Bello manifiesta que son cosas fungibles las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales y que, por tanto, las excluye de las fungibles propiamente dichas; que no las considera fungibles en cuanto a la propiedad de tener idéntico poder liberatorio cuando representan el mismo valor, Pero esta objeción se desvanece si se observa que el artículo 575, después de clasificar las cosas muebles en fungibles y no fungible, se limita a precisar el concepto de las cosas consumibles, que Bello estimó como una especie de las fungibles. Respecto de las fungibles propiamente tales, nada dijo. Consecuentemente, era lógico que se refiriera a las especies monetarias en cuanto cosas consumibles, único concepto que se cuidó de precisar que ahí que no se pueda concluir que la mención de las especies monetarias revelaría una confusión de Bello de lo fungible con lo consumible.

En síntesis, Bello no incurre en este error; su único pecado es el haber creído que la cosas consumibles son una categoría de las fungibles, sin percatarse de que se traía de dos clases distintas de cosas.

c) Noción de la fungibilidad que se desprende de diversas disposiciones. Hasta aquí hemos visto que nuestro Código Civil establece, erróneamente, que las cosas consumibles son una especie de las cosas fungibles. Pero estas no aparecen definidas. Corresponde, entonces, averiguar cuál es la noción que de ellas tiene la ley chilena a través de las diversas disposiciones en que concretamente alude a las fungibles. Dijimos que una de las definiciones doctrinarias correctas es la que dice que son cosas fungibles las que pertenecen al mismo género y se encuentran en el mismo estado. Pues bien, esta idea está en casi todas las disposiciones de nuestro Código Civil que consideran las cosas en examen, según se verá inmediatamente.

a) El artículo 764 dice, en una de sus partes, refiriéndose a las cosas fungibles que son el mismo tiempo consumibles, que el usufructuario de ellas está obligado a volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, idea que repite en términos parecidos el artículo 789.

b) El artículo 1656 establece que la compensación se opera por el solo ministerio de la ley entre deudas que sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

c) Los artículos 2196 y 2198 dispone que el mutuario de cosas fungibles deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad.

d) El artículo 2228 expresa que el depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se le han confiado en depósito aunque

⁸³ Véase, por ejemplo, P. MUGICA I., *Diccionario Manual Latino-Español y Español-Latino*, Madrid, 1941; dice: "Fungor- 1, cumplir con, desempeñar, ejercer, administrar; 2, sucumbir, morir" (es decir, consumir). En el *Diccionario Hispánico Universal*, tomo I, también a fungere se le dan las dos acepciones de consumir con el uso y ocuparse, desempeñar un cargan. Las últimas ediciones del *Diccionario de la Academia Española* (incluso la del año 1970) siguen la misma corriente, pues dicen que bienes fungibles, en su significado forense, son los muebles cie que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin consumirlos y aquellos en reemplazo de los cuales se admite legalmente otro tanto de igual calidad.

Consistan en dinero o cosas fundibles, salvo... Este artículo tiene la particularidad de demostrar, acertadamente, que una cosa puede ser fungible y al mismo tiempo estar individualmente determinada. De acuerdo con él, si yo deposito una máquina de escribir nueva, individualizada con el número 1001, el depositario no podrá devolverme otra máquina igualmente nueva y del mismo modelo individualizado con el número 1002 porque, a pesar de ser ambas cosas objetivamente fungibles, el legislador presume que la voluntad de las partes es la devolución de la misma cosa. Pothier entendió perfectamente que una cosa podía ser fundible y, al mismo tiempo, un cuerpo cierto, según se desprende de estas palabras suyas "la deuda de un cierto y determinado cuerpo, aunque sea de la clase de cosas fungibles. no es susceptible de compensación".⁸⁴

d) Aplicación de la fungibilidad y la consumibilidad solo a las cosas muebles. En doctrina, la fungibilidad objetiva puede extenderse a los inmuebles (lotes de terrenos semejantes), pero la legislación positiva chilena sólo la considera respecto de las cosas muebles, pues únicamente con relación a éstas formula la división de cosas fungibles y no fungibles (artículo 575, inciso I"),

La consumibilidad objetiva, por esencia, sólo se presenta en los muebles. Por consiguiente, para llegar a esta conclusión, está de más invocar la ley positiva chilena que comprende los bienes consumibles dentro de los fungibles, refiriendo estos últimos sólo a los muebles,

e) Conclusiones, 1ª El Código Civil patrio no confunde la fungibilidad con la consumibilidad, según resulta del texto de la ley y de la historia de la misma.

2ª Pero el Código incurre en el error de considerar las cosas consumibles como una especie de las fungibles y, por tanto, en su sentir, las primeras son siempre fungibles, pues, lógicamente, la especie presenta los atributos del género.

3ª El análisis de diversas disposiciones concretas en que se alude a las cosas fungibles, revela que, por regla general, el legislador tiene una noción exacta de la fungibilidad. Por otro lado, tiene idea clara de la consumibilidad, natural y civil (artículo 575, inciso 2º y 3º).

4ª Aunque el Código precisa los caracteres de las cosas consumibles (artículo 575, inciso 2º), en ninguna parte usa esta expresión para referirse a ellas, Cuando alude a las cosas consumibles, se vale de las palabras bienes fungibles que, a su juicio, denotan un concepto genérico. Consiguientemente, para precisar en un caso dado si la ley trata de los bienes fundibles propiamente tales o de los consumibles, es forzoso atender al sentido de la disposición, Y es de recalcar que para el legislador las cosas consumibles son, necesariamente, a la vez, fungibles.

5ª Las especies monetarias son bienes fungibles y, al mismo tiempo, consumibles. El Código Civil Chileno, al pronunciarse sobre este último aspecto, no desconoce el otro; relativamente a las especies monetarias se limitó a aclarar el primero, porque en la disposición en que lo hizo sólo se ocupa de determinar el concepto de las cosas consumibles.

⁸⁴ Tratado de las Obligaciones, traducido por S.M.S., tomo II, Barcelona, 1878, número 624, p. 286, in fine.

6ª La fungibilidad en la legislación chilena sólo se da en cuanto a los muebles, lo mismo que la consumibilidad.

1094. FUNGIBILIDAD SUBJETIVA O POR VOLUNTAD DE LAS PARTES

Dos o más cosas son subjetivamente fungibles cuando para el interesado tienen un valor de uso y económico equivalentes, sin que intervenga el valor de afección.

Tanto el valor de uso como el económico deben considerarse subjetivamente, desde el punto de vista del interesado. Se pone como ejemplo el del agricultor que acepta avena en lugar de trigo por necesitar de ambos. También podría citarse el caso de los libros que se envían por correo y el de los avisos de periódicos que pueden pagarse en dinero o en sellos de correo o de impuesto,

Si el valor de uso y el económico se aprecian subjetivamente, es posible afirmar, en contra de la opinión corriente, que la intención de las partes puede hacer fungibles cosas que no lo son.⁸⁵

El valor de afección tiene la virtud de hacer no fungibles cosas que lo son. Un reloj, que se conserva como preciado recuerdo de familia no, se cambia por otro alguno, aunque sea idéntico o de un valor intrínseco muy superior al primero.

La voluntad de las partes que da a dos o más cosas el mismo valor liberatorio. la fungibilidad subjetiva, manifiesta su importancia y desempeña un papel esencial en la dación en pago, en la ejecución de las obligaciones alternativas y en la compensación convencional. También como hace presente un autor, la fungibilidad subjetiva se utiliza, al momento de la restitución, en el llamado depósito irregular.

1095. FUNGIBILIDAD POR LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR

No hay duda de que el ejemplo más característico de fungibilidad por voluntad del legislador es la moneda, sea metálica o billetes de banco. La ley obliga a recibir en pago las monedas que tienen un poder liberatorio indefinido; pero limita la imposición a cierta suma respecto de las monedas de poder liberatorio restringido (moneda divisionaria o de vellón). Por eso el artículo 2199, que forma parte del título del mutuo, dice: "Podrá darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que leyes especiales hayan fijado o fijaren". Estas leyes especiales, que citaremos oportunamente, declaran que nadie, salvo el Fisco y sus reparticiones está obligado a recibir en pago y de una sola vez más de determinada cantidad en los distintos tipos de moneda de pequeño valor que señala. La inflación acelerada y contumaz de nuestro país torna, en poco tiempo, ridículamente obsoletas dichas leyes, pues se refieren a monedas que desaparecen por representar, cada vez más.

⁸⁵ JAUBERT, obra citada, p. 99.

Un valor nulo. Así, por ejemplo, una de esas leyes decía que nadie está obligado a recibir en pago y de una sola vez más de 50 centésimos de escudo en monedas de un centésimo; estas últimas nadie las conocía prácticamente, pues con ellas nada se podía adquirir, y si la referencia era dable entenderla a monedas acuñadas en décadas anteriores, el asunto resultaba paradójico, porque la moneda de menor valor nominal, la anticua, valía intrínsecamente mucho más que la de mayor valor nominal, la nueva; aquélla contenía placa y ésta cobre y níquel. Por tanto, todos hubieran recibido con alborozo cualquier cantidad de monedas antiguas y de menor valor nominal.

Decíamos que la ley limita la obligación de recibir en pago y de una sola vez la calderilla, es decir, monedas de cobre u oro metal que no es noble, a determinada suma. Por cierto, las partes pueden aceptar voluntariamente en pago monedas de poder liberatorio restringido más allá del límite que fija la ley, y en tal caso su fungibilidad es amplia.

En algunas instituciones la fungibilidad está excluida, como en el depósito propiamente dicho. Así, el depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se le han confiado en depósito, aunque consistan en dinero o cosas fungibles. Pero hay que tener presente que en el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presume que se permite emplearlo, y el depositario es obligado a restituir otro tanto en la misma moneda (artículos 2228 y 2221). Ahora bien, el principio general de que el depositario debe devolver la misma cosa depositada y no otra, aunque sea fundible, se aplica al depósito de productos o mercaderías en los Warrants o Almacenes Generales de Depósito. Sin embargo, el legislador consagra una excepción; permite a las partes, en los depósitos de trigo en silo o a granel atenerse a la fungibilidad natural de la cosa. En efecto, la ley sobre dichos almacenes, dispone: "En los depósitos de trigo, facultase a los almacenes generales, siempre que lo autorice el depositante, para almacenar este producto en silo o a granel y devolver a quien corresponde otro trigo de iguales características y valor. En este caso, el almacén que careciere de trigo de iguales condiciones, devolverá otro de la calidad más aproximada y abonará o deducirá la diferencia de valor que corresponda" artículo 23, inciso 1º, primera parte).

1096. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LAS COSAS FUNGIBLES

El artículo 470, N° 1º del C. Penal sanciona "a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla".

La Corte Suprema, en una sentencia de 11 de enero de 1991, acordada por cuatro votos contra tres, declaró que "no configura el delito de apropiación indebida que sanciona el N° 1º del artículo 470 del C. Penal el hecho de que un notario disponga de los dineros que los particulares dejaron en su poder con un fin determinado, si aquél canceló íntegramente el impuesto omitido. Cuando la cosa mueble de que habla la referida disposición es fungible, como es el dinero, la apropiación no puede verificarse sino frente a la negativa para

Restituir un valor equivalente. En este caso, la simple disposición de la cosa no puede revelar la apropiación, toda vez que la ley en cierto modo, autoriza su uso y empleo, según se desprende de los artículos 2221. 2153 y 2156, inciso 1º del C, Civil".¹⁶

El voto disidente expresa que "el notario aceptó el encargo y recibió el dinero a fin de comprar estampillas o vender las que él tuviera y, en todo caso, colocarlas en el protocolo en cancelación del impuesto. En ningún caso puede estimarse que hubo un depósito de monedas para que el notario las guardara en su poder y las restituyera en especie, a voluntad del depositante (C. Civil, artículo 2221). En consecuencia, no ha podido sentirse autorizado el notario para usar el dinero destinado a un fin público, Al tomarlo perjudicó al Fisco y no al contratante". El voto de minoría, después de otras consideraciones, termina manifestando que el notario declarado reo incurrió en el delito contemplado en el artículo 255 del C. Penal. Este precepto castiga al empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo.

G. COSAS DIVISIBLES E INDIVISIBLES

1097. Divisibilidad Jurídica

Físicamente, todas las cosas corporales son divisibles, pues ninguna hay que no pueda fraccionarse, En sentido jurídico, existen dos conceptos de divisibilidad: uno material y otro intelectual.

a) Divisibilidad material. Son materialmente divisibles las cosas que, sin destrucción, pueden fraccionarse en partes homogéneas entre sí y con respecto al todo primitivo, no sufriendo menoscabo considerable el valor del conjunto de aquéllas en relación con el valor de éste.

El ejemplo clásico de cosa indivisible es un animal vivo; dividirlo implica destruirlo. Un brillante único por su tamaño también es cosa indivisible, pero nada más que por razón de valor; su fraccionamiento, si bien da por resultado partes homogéneas y no causa destrucción, hace disminuir apreciablemente el valor del conjunto de las partes con respecto al del todo primitivo. Una suma de dinero, en cambio, es siempre divisible; lo mismo que una cantidad de cereales o de combustible,

Determinación de las cosas divisibles e indivisibles; cuestión de hecho. No puede darse una lista de cosas divisibles e indivisibles; determinar unas y otras es cuestión de hecho, que habrá que resolver en cada caso atendiendo a diversos factores: naturaleza o sustancia de la cosa, posición y configuración de ésta, uso a que está destinada, etc. En general, se dice que son divisibles las cosas muebles en que la forma no prima sobre la sustancia: barras de metal, montones de trigo, sumas de dinero, balas de tejidos, etc.; por el contrario, y en virtud de la razón apuntada, no son divisibles una mesa, una silla, un libro,

86 Rev. De D.yJ., tomo 48, sec. 4ª, p. 15. El voto disidente se reproduce en la p. 19.

Un reloj. En cuanto a los inmuebles, por regla general son indivisibles las casas y divisibles los terrenos. Por declaración expresa de la ley, las pertenencias mientras no son susceptibles de división material, sino intelectual o de cuota, pero esta disposición no se aplica a la propiedad salitrera (Código de Minería, artículo 74),

b) Divisibilidad intelectual. Cosas intelectualmente divisibles son las que pueden dividirse en partes ideales o imaginarias, aunque no lo puedan ser materialmente.

En rigor, todos los objetos y derechos pueden dividirse intelectualmente; pero hay algunos que, por disposición de la ley, no admiten esta división abstracta; Derechos de servidumbre, propiedad fiduciaria (artículo 1317, inciso 3º).

Los derechos, por razón de su misma naturaleza, sólo son susceptibles de división intelectual, y no material. Sin embargo, hay algunos que no admiten siquiera esa división imaginaria. Ejemplo típico al respecto es la servidumbre; se tiene íntegramente este derecho o no se tiene en absoluto. Por eso advierte la ley que aunque se divida el predio sirviente, no varía la servidumbre que estaba constituida en él; y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía; y si se divide el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre (artículos 826 y 827). El derecho de prenda y el de hipoteca son también indivisibles (artículos 2405 y 2408), pero nada impide que por convenio de las partes se establezca la divisibilidad.

Los derechos personales, las obligaciones, son divisibles o indivisibles según pueda o no dividirse física o intelectualmente el objeto a que se refieren. Así la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible (artículo 1524),

El derecho real divisible por excelencia es el dominio; puede dividirse al infinito,

1098. SIGNIFICADO DE LA DIVISIBILIDAD

El significado de la divisibilidad e indivisibilidad, como anota Ruggiero, no es el mismo en todos los casos tratándose de los derechos. Así, uno es respecto de la teoría de la comunidad y otro en cuanto a las obligaciones indivisibles; son cosas diversas la indivisibilidad de las servidumbres y la de la prenda e hipoteca. Veremos las proyecciones al estudiar cada una de esas instituciones en particular.

1099. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA CLASIFICACIÓN

La importancia de la clasificación de las cosas divisibles e indivisibles se deja sentir tanto en el campo de los derechos reales como en el de los personales. El Código Civil hace aplicación de ella al tratar de la partición de los bienes (artículo 1337, regla 1ª); en las obligaciones divisibles e indivisibles (artículos 1524, 1526, Nº 5º, etc.); en la prenda e hipoteca (artículos 1526, 2396, 2405, 2408; en la copropiedad,

1100, LEGISLACIÓN CHILENA

El Código Civil no formula la clasificación de las cosas divisibles e indivisibles, pero la reconoce en diversas disposiciones, como en el artículo 1524, que dice; "La obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota".

De diversos preceptos se desprende que el legislador chileno, para los efectos de la divisibilidad, consideró no sólo la homogeneidad de las partes resultantes del fraccionamiento, sino también la disminución de valor a que hemos aludido. Así, por ejemplo, la regla 1ª del artículo 1337, dice. "Entre los consignatarios de una especie que no admita división, o cuya división la haya desmerecer, tendrá mejor derecho el que más ofrezca por ella...". El artículo 1526, Nº 5º, dispone que "si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el pago de la cosa entera, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los oírlos".

H. COSAS PRESENTES Y FUTURAS

1101. GENERALIDADES

En atención a su existencia en el tiempo, las cosas se clasifican en presentes y futuras.

Presentes son las cosas que tienen existencia real en el momento de constituirse la relación jurídica que las considera. Ejemplos; el fundo tal, la casa construida, etc.

Futuras son las que no tienen existencia real en el momento de constituirse la relación jurídica que las toma en cuenta, pero se espera racionalmente que las tengan con más o menos probabilidad en tiempo ulterior. Ejemplos clásicos: la casa por edificar, la próxima cosecha de un campo, etc.

El Código Civil no formula esta clasificación, pero alude en diversas disposiciones a las cosas presentes y futuras. Así, por ejemplo, dice que las donaciones a título universal no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario (artículo 1409): más adelante, en la compraventa, expresa que es nula la venta de todos los bienes presentes: o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota; pero será válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades, que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos (artículo 1811).

I. COSAS SINGULARES Y UNIVERSALES

1102. COSAS SINGULARES

Se definen como cosas singulares aquellas que constituyen una unidad natural o artificial, simple o compleja, pero con existencia real en la naturaleza. Pueden

Ser simples o compuestas. Son de la primera especie aquellas que, según los criterios filosófico y económico-social, tienen una individualidad unitaria:

Un perro, un ladrillo, una pluma, un caballo, una piedra, una estatua. Y llámense cosas compuestas las que constituyen un todo coherente como resultado de la conjunción o conexión física o corporal, más o menos íntima, de cosas simples- un edificio, por ejemplo,

1103- COSAS UNIVERSALES

Son agrupaciones de cosas singulares, sin conjunción o conexión física entre sí, que por tener o considerarse que tienen un lazo vinculatorio, forman un todo y reciben una denominación común,

Subdivídanse, tradicionalmente, en universalidades de hecho (*universitas facti*) y universalidades de derecho o jurídicas (*universitas iuris*). La caracterización de unas y otras es asunto turbio y lleno de controversias.

1104. a) UNIVERSALIDAD DE HECHO; CONCEPTO

La universalidad de hecho podría definirse como el conjunto de bienes muebles, de naturaleza idéntica o diferente, que no obstante permanecer separados entre ellos y conservar su individualidad propia, forman un solo todo, una sola cosa, en razón de estar vinculados por el lazo de su común destinación económica,

Según se desprende de esta fórmula, los bienes agrupados pueden ser de naturaleza idéntica o diferente. Son ejemplos del primer caso el rebaño, el ganado, la colección filatélica o numismática, la biblioteca, la pinacoteca, etc.; y del segundo, ese conjunto de cosas corporales e incorpóreas mediante el cual el comerciante ejerce su actividad lucrativa, o sea el establecimiento ni o de comercio, aunque la fisonomía jurídica de este es arduo problema que divide y confunde a los doctos.

1105. CARACTERÍSTICAS DE LA UNIVERSALIDAD DE HECHO

1) Las universalidades de hecho comprenden una pluralidad de cosas autónomas y distintas entre ellas. Este rasgo las diferencia de las cosas compuestas (como un edificio o una nave), las cuales suponen un conjunto de cosas que forman una sola mediante conjunción o conexión física o corporal.

La importancia de la distinción toma relieve, por ejemplo, en la accesión propiamente tal de mueble a mueble. Todas las hipótesis de esta accesión implican la reunión de cosa de diversos dueños, realizada de tal manera, que forma una cosa única, cuyos elementos no pueden separarse sin grave menoscabo del conjunto. Nada de parecido ocurre -ha dicho la jurisprudencia francesa — en las universalidades de hecho, pues los elementos de éstas que forman el todo conservan su individualidad propia y pueden separarse sin daño los unos de los otros. Ahora bien, si los elementos que componen la universalidad pertenecen a diversos dueños, corresponde simplemente a cada uno recobrar

Lo que es de su propiedad, y no tienen lugar en este caso las reglas de la accesión.⁸⁷

2) Es característica de la universalidad de hecho que sus componentes tengan una individualidad propia, que cada elemento del conjunto sea por sí mismo un bien, que cada uno aislado u individualmente considerado tenga un valor económico. Por eso no constituyen una universalidad de hecho las fracciones que se estiman como meros integrantes de una cosa única y simple: granos de trigo, montones de carbón, enjambres de abejas, en estos casos sólo tiene valor propio, categoría de bien, el todo, o sea, el montón de trigo o de carbón o el enjambre de abejas, pero no cada grano de cereal, trozo de carbón o cada himenóptero. Tales cosas son bienes simples formados por componentes infinitesimales, y no universalidades de hecho.

Tampoco merecen esta calificación, por no tener individualidad propia, las cosas que sólo apareadas llenan cumplidamente sus funciones, pues desde este punto de vista, están ligadas la una a la otra en forma indisoluble: un par de zapatos, o de aretes, o de gemelos de camisas (colleras, como se dice vulgarmente en Chile). En las universalidades de hecho las cosas agrupadas tienen por sí mismas una función o un valor, si bien, consideradas en su conjunto, acrecientan aquélla o aumentan éste⁸⁸

3) "Lo que hace aparecer las cosas reunidas como un solo todo, constitutivo de una universalidad de hecho, es una comunidad de destinación de orden especialmente económico.

Ferrara ha acuñado una expresión para traducir este carácter de nuestra noción: una "colleganza Ideológica" (agrupamiento teleológico, esto es, por razón del Fin).

"La idea del fin contribuye así a caracterizar la universalidad de hecho: pero es preciso todavía cuidar de distinguir esta universalidad, este todo colectivo de las simples designaciones genéricas de una categoría de bienes. Así, el ajuar de una habitación, los útiles de un artesano no son universalidades de hecho; Son colecciones, y no "todos unitarios" que forman un nuevo bien, susceptibles, a su vez, en cuanto tal, de apropiación".⁸⁹

En fin, la universalidad de hecho comprende sólo elementos puramente activos, y no activos y pasivos como la universalidad de derecho, según se explicará más adelante.

1106. CATEGORÍAS DE UNIVERSALIDAD DE HECHO

Son dos; las colecciones de objetos y las explotaciones.

Las colecciones de objetos (nos referimos a las que forman un todo unitario y no a las que representan una simple denominación genérica) son universalidades de hecho que se caracterizan por su composición homogénea, pues sus elementos son de igual naturaleza o condición: rebaño, biblioteca, colección de monedas o de sellos postales, etc.

⁸⁷ GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit* Paris, 1932, p. 315.

⁸⁸ GARY, obra citada, p. 317.

⁸⁹ *idem*

Las explotaciones, entre las que alcanza yugular relieve el establecimiento de comercio, se caracterizan por la diversidad de bienes que las formara comprenden bienes de géneros diferentes y, además, bienes corporales e incorporeales. "Lo que establece la unidad de los elementos que forman esta especie de universalidad de hecho, lo que los armoniza, son las relaciones concatenadas de medio a fin en las que ellos se encuentran con el objeto de la explotación a la cual están afectados",⁹⁰

"Por su parte, a diferencia de las colecciones de objetos, las explotaciones suponen necesariamente un elemento substancial, que, mediante el concurso de los otros elementos, será directamente productivo entre las manos del explotador. Sin este elemento esencial, la explotación es inconcebible; si desaparece, la universalidad se disuelve. Así (según ha declarado la jurisprudencia francesa), no hay explotación comercial sin clientela".⁹¹

1107. b) UNIVERSALIDAD DE DERECHO

Resumiendo el pensamiento de la doctrina italiana, podría definirse la universalidad de derecho como el conjunto de relaciones jurídicas constituidas sobre una masa de bienes regulados de modo especial por la ley y que forman, desde el punto de vista jurídico, una unidad, un todo.

Por tanto, el concepto de *universitas iuris* presupone- a) que sobre una masa patrimonial se hayan constituido relaciones jurídicas; b) que tales relaciones se regulen de modo diferente al común; y c) que de la especial reglamentación se infiera necesariamente que la ley considera el todo como unidad, como un ente distinto de los elementos singulares.⁹²

La moderna doctrina francesa afirma que universalidad de derecho es un conjunto de bienes y un conjunto de deudas, inseparables éstas de aquéllos.⁹³

En su seno la universalidad de derecho ata indisolublemente elementos activos y elementos pasivos. Los primeros agrega Bonnecase se encuentran, en cierto modo ligado entre sí por la necesidad de responder a un pasivo inherente a su agrupamiento originario, a su afectación y a los accidentes de la vida jurídica cuya materia ellos han proporcionado. Esta relación entre el activo y el pasivo se ve claramente en la masa hereditaria, en la herencia, universalidad de derecho por excelencia. También entre los elementos del activo y del pasivo del patrimonio de la sociedad conyugal se observa una correlación manifiesta, según resulta de la comparación de los artículos 1725 y 1740, "La sociedad conyugal hace suyo el producto del trabajo de los cónyuge

⁹⁰ BEUDANT, *Cours de Droit Civil Français*, tomo IV (avec la collaboration de Pierre Voirin), Paris, 1938, N° 172, p. 183.

⁹¹ *idem*.

⁹² F, FERRARA, "Naturaleza jurídica de la hacienda mercantil", estudio publicado en la *Revista de Derecho Privado*, año XXXII, Madrid, 1948, p. 962.

⁹³ Véanse Bonnecase, *Précis de Droit Civil*, tomo II, París, 1934. p. 61; BONNECASE, en *Suplement au Traite theorique et pratique de droit civil de BAUDRY LACANTINERIE* Tomo IV, París, 1928, número 248 y sigs., pp. 507 y sigs.; BEUDANT, obra citada, tomo IV, N° 18, p. 16; GABY, obra citada, p. 318.

Por eso soporta su mantenimiento y la satisfacción de sus demás necesidades personales. La sociedad hace suyos los frutos de todos los bienes de los cónyuges; de ahí que soporte las reparaciones usufructuarias y los intereses y pensiones que corran en contra de ellos y que se devenguen durante su vigencia, Al haber social ingresan, con cargo de recompensa, el dinero, las cosas fungibles y las especies muebles que los cónyuges aportan al matrimonio o adquieren a título gratuito durante la sociedad; es razonable que ésta les pague las deudas contraídas antes del matrimonio, pero con derecho a recompensa".⁹⁴

Finalmente, se hace presente que la universalidad de derecho no juega, en cuanto tal y bajo este nombre abstracto, un papel en la vida jurídica; ella aparece bajo formas más concretas y con denominaciones variadas. En otros términos, la universalidad de derecho proporciona la sustancia de nociones múltiples, que, por otra parte, se diferencian entre ellas por características importantes, En este número se cuentan las nociones de patrimonio, de comunidad entre cónyuges, etc.⁹⁵

1108. CASOS DE UNIVERSALIDAD DE DERECHO

A juicio de algunos, como el italiano Coviello, la única universalidad de derecho en ciertas legislaciones positivas sería la herencia; en opinión de otros, como Ruggiero, habría que incluir todos los patrimonios especiales o separados que la ley considera como masa distinta de sus elementos: patrimonio del fallido o quebrado, el de la sociedad conyugal, el del ausente, el que constituye los bienes reservados de la mujer casada, la dote, los peculios del hijo de familia.

Finalmente, ciertos autores estiman que el patrimonio general no puede ni debe calificarse de universalidad de derecho; lo contrario expresan Otros.

1109. CARACTERES COMUNES DE LAS UNIVERSALIDADES DE HECHO Y DE DERECHO

a) Toda universalidad supone un conjunto de bienes y, en consecuencia, implica una reunión o cohesión, afianzada por un lazo que, al menos en cierta medida o en ciertos respectos, somete a todos los bienes agrupados a un régimen homogéneo. Tal lazo, aunque de diversa naturaleza, según la universalidad, siempre existe necesariamente.⁹⁶

b) Los elementos así unidos son distintos de la universalidad; ésta continúa su existencia a pesar de todos los cambios que sobrevengan en su contenido. La identidad de una universalidad no se altera por la modificación de los bienes que la constituyen.⁹⁷

⁹⁴ ALESANDRI Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales., Santiago, 1935, N° 359, p. 273.

⁹⁵ BONNECASE, obra citada, tomo II, pp. 61-62,

⁹⁶ BEUDANT, obra citada, tomo IV, N° 15, p. 13.

⁹⁷ Ibidem, p.14

1110. DIFERENCIAS ENTRE LA UNIVERSALIDAD DE HECHO Y DE DERECHO

Los autores antiguos decían que el lazo entre los elementos coligados de la universalidad de derecho es sólo ficticio, jurídico; pero real y efectivo en la universalidad de hecho.

La doctrina italiana anota como principales diferencias entre una y otra especie de universalidad las que a continuación se explican.

1. Los elementos constitutivos de la universalidad de hecho son cosas corporales, según algunos, o cosas corporales e incorpóreas, a juicio de otros; y los de la universalidad de derecho son relaciones jurídicas. Debe notarse que en el sentir de la mayoría de los autores, sólo las cosas muebles pueden formar una universalidad de hecho. El moderno Código Civil Italiano de 1942 habla de "universalità di mobili" (artículo 816)

2. Las universalidades de hecho presentan una unidad económica, pero no se les reconoce unidad jurídica. De ahí que por regla general, la ley positiva las considera simplemente como una suma de varias cosas singulares, aplicándoles el régimen de éstas. Sólo en casos excepcionales, en algunos respectos, atiende a su unidad económica y, en consecuencia, las trata como un solo todo y les prescribe normas particulares. Sirva de ejemplo el usufructo de animales; el usufructuario de uno o más animales singularmente determinados, no está obligado a reemplazar los que perecen o se pierden por causas naturales (según resulta de la aplicación del precepto general del artículo 787 de) Código Civil nuestro); pero el usufructuario del ganado considerado como universalidad, tiene obligación, en idéntico caso, de reponer los animales con el incremento natural del mismo ganado (norma especial del artículo 788).

La universalidad de derecho es reconocida por la ley como una unidad jurídica, y ella la regula mediante normas particulares, sin considerar los elementos singulares que la componen. Y aun cuando en un punto dado la ley omita una regla especial, los intérpretes se ven llevados a establecerla considerando el todo independientemente de los elementos que lo componen. Así, la legislación chilena no dispone cómo se efectúa la tradición de la herencia, pero la inmensa mayoría de los autores y de las sentencias de nuestros tribunales están contestes en que no se realiza como la de los bienes inmuebles por la inscripción del título de enajenación en el Conservador de Bienes Raíces, aunque la herencia comprenda inmuebles; la tradición de la herencia se efectúa por cualquier medio que manifiesta la voluntad común de las partes de operar la transferencia de esa universalidad de derecho,

3. Sólo las universalidades de hecho constituyen una categoría general de los bienes; las universalidades de derecho no son bienes en el verdadero sentido de la palabra, o sea, no son una entidad susceptible de derechos; la *universitas iuris* es una mera referencia abstracta de derechos y obligaciones, agrupados por un fin unitario, sobre la cabeza de un titular.

La doctrina francesa moderna anota como principales diferencias entre las dos universalidades las siguientes,

1. Al igual que la doctrina italiana, afirma que sólo la universalidad de hecho responde, científica y técnicamente, al concepto de bien; la universalidad de derecho no podría calificarse como una sola y misma cosa, objeto de apropiación

Y, por el contrario, dice Bonnecase, la *universitas iuris* evoca la idea de una masa de bienes que permanecen totalmente distintos los unos de los otros y que, al dispersarse, conservan respectivamente su fisonomía integral, como se observa con los bienes que pertenecen a una misma sucesión.⁹⁸

2. Pero la diferencia más importante se traduce en que la universalidad jurídica tiene un activo y un pasivo, y la universalidad de hecho comprende únicamente elementos activos, careciendo de todo pasivo.

1111. IMPORTANCIA DE LA DISTINCION ENTRE COSAS SINGULARES Y UNIVERSALIDADES

Desde luego, "si por regla general las cosas y derechos que integran el todo, no son tratados de modo diverso, en algunas ocasiones es el todo lo que se considera por la ley y es regulado de modo distinto a como lo son las partes o elementos singulares".

Algunas instituciones jurídicas tienen aplicación sólo en las cosas singulares, y no en las universalidades. Vimos, por ejemplo, que la accesión propia tal no tiene cabida en éstas y sí en aquéllas.

1112. LEGISLACIÓN CHILENA

Aunque la legislación chilena no formula definiciones en cuanto a las cosas singulares y universalidades, en muchas disposiciones hace la distinción entre unas y otras. Por ejemplo, el artículo 1317 dice que ninguno de los consignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión...; el artículo 2304 expresa que la comunidad de una cosa universal o singular...; etc.

Por otra parte, el Código Civil presupone los conceptos de universalidad de derecho o de hecho. Califica expresamente la herencia de cosa universal (artículo 2306); dice que la sucesión por causa de muerte es a título universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos u obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos (de todos), como la mitad, tercio o quinto (artículo 951, inciso 2º), Y está implícita la noción de universalidad de hecho en la disposición que trata del usufructo de ganados o rebaños (artículo 788).

J. COSAS SIMPLES Y COSAS COMPUESTAS

1112-a. NOCIÓN DE UNAS Y OTRAS

La distinción de cosas simples y compuestas no se hace, en el campo jurídico, atendiendo a los criterios de la química o la física, sino a la común valuación económico-social. Desde este punto de vista cosa simple es aquella en que los elementos que la forman están compenetrados de tal modo entre sí que no pueden separarse sin destruir o alterar la fisonomía del todo. Ejemplos: un animales

⁹⁸ Bonnecase, obra citada, tomo II p.60, in fine

Un mineral, una planta, una flor. Compuesta es la cosa resultante de la conexión material o física de varias cosas simples que conservan su individualidad material, susceptibles de separación, pero cuya conjunción forma una unidad por su función y aprovechamiento. Las diversas cosas simples son complementarias las unas de las otras. Esta complementariedad debe ser necesaria en el sentido de que si falta uno de los componentes no puede hablarse de cosa compuesta. No se concibe un automóvil sin ruedas o sin diferencial, El hecho de que las cosas simples que forman la compuesta conserven su individualidad material, hace posible que, eventualmente, sean separadas del todo y objetos de negocios jurídicos independientes. Por ejemplo, el dueño de un automóvil puede vender el motor o las ruedas.

K. COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS

1113. CONCEPTOS

Según que las cosas tengan una vida jurídica independiente o subordinada a otras, se clasifican en principales y accesorias.

Nuestro Código Civil no formula esta clasificación, pero la reconoce en diversas disposiciones. El artículo 658, por ejemplo, establece que en los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte ni mala fe por otra, el dominio de lo accesorio accederá al dominio de su principal, con el gravamen de pagar al dueño de la parte accesoría su valor.

1114. EXTENSIÓN DE LA CLASIFICACIÓN

No sólo las cosas corporales, muebles e inmuebles, sino también las incorporales los derechos, pueden clasificarse en principales y accesorias. Así, una servidumbre es accesoría del derecho de dominio sobre el predio en cuyo beneficio se encuentra establecida; el derecho de prenda o hipoteca es accesorio del derecho de crédito que garantiza; la cláusula penal es accesoría de la obligación que cauciona.

1115. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA COSA PRINCIPAL Y LA ACCESORIA

No hay un criterio único para determinar cuál de dos cosas relacionadas entre sí es la principal y cuál la accesoría; la ley y la doctrina atienden a distintos puntos de vista, según los casos o para señalados efectos,

1) El criterio fundamental mira a la posibilidad que tiene la cosa de existir por sí misma, Considerase principal a la cosa que puede subsistir por sí misma; y accesoría a la que necesita de otra para subsistir. Por eso el suelo es siempre cosa principal respecto del edificio, aunque valga mucho menos que éste; el primero existe por sí mismo, pero no el segundo, pues no se concibe un edificio sin suelo donde adherir o asentarse. Del mismo modo, un crédito existe por sí mismo; pero no la hipoteca, que para subsistir precisa, al menos dentro de las legislaciones como la nuestra, un crédito al cual servir de garantía.

2) En otros casos la finalidad de los objetos determina su carácter. Es accesoria la cosa destinada al uso, cultivo, beneficio, adorno o complemento de otra; inmuebles por destinación, estuche de anteojos, vaina de sable, adorno de vestido, lápices de libreta,

3) Para ciertos efectos, el valor de las cosas imprime a éstas el sello de lo principal y lo accesorio. En la adjunción, si de las dos cosas unidas, la una es de mucha más estimación que la otra, aquéllas es la principal (artículo 659). Si en una cigarrera ajena, sin valor de afección, engastáis un diamante de mucha adjunción, tendría la consideración de cosa principal, a pesar de que en el todo no puede subsistir por sí mismo y de que representa sólo un adorno de aquel estuche.

4) El volumen también puede servir de norma para la calificación de las cosas. Toma en cuenta este punto de vista el Código en la adjunción; cuando no pueden aplicarse los criterios de la mayor estimación y de la finalidad se mira como principal lo de más volumen (artículo 661). Si se han soldado por ejemplo, dos estatuillas de distintos dueños y no resulta adecuada ninguna de las reglas precedentes, la de más volumen debe reputarse como cosa principal. Como se ve, el legislador, aunque sea en último extremo, rinde cierta pleitesía al mayor volumen de una cosa, al revés de algunos escritores, que, refiriéndose a la corpulencia de los hombres, son muy duros. Giraudoux, por ejemplo, habla de un amigo muy gordo y dice que tiene un "cuerpo de cuarta clase", Maugham afirma que "hay gente que tiene una gordura ofensiva". Por cierto, y en contraste, no faltan los panegiristas de los gordos; pero acaso ninguno como ciertas tribus árabes en que la suprema atracción, para los varones, son aquellas mujeres tan gordas que cuando se caen no pueden levantarse solas.

1116. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

La importancia de la clasificación de las cosas principales y accesorias se resume en el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; *accessorium sequitur principale* o, conforme al Digesto, *accessio credit principali*.

Las cosas principales determinan la existencia y naturaleza de las accesorias. El derecho sobre la cosa principal se extiende sobre la accesorio; el dueño de una cosa lo es también de lo que ella produce. 1.ª extinción del derecho principal acarrea la extinción del derecho accesorio; extinguido el crédito, se extingue también la fianza, prenda o hipoteca que lo garantiza, 1.ªs cosas principales comunican su naturaleza jurídica a las accesorias; por eso las cosas muebles destinadas permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, pasan también a ser inmuebles (por destinación).

1117. ESPECIES DE COSAS ACCESORIAS

Algunas legislaciones y autores, principalmente alemanes, distinguen tres especies de cosas accesorias: partes integrantes, pertenecientes y cosas accesorias en sentido estricto.

1) Partes integrantes. La doctrina extranjera no ha dado un concepto claro e indiscutible de parte integrante.

Según Coviello, son tales las que, o por su natural conexión con una cosa forman con ella un todo, de modo de no tener una existencia material separada, aunque sean separables, sin que por ello se altere o destruya el mismo todo; o que están unidas a una cosa de manera que ésta queda incompleta por su separación. ⁹⁹ Ejemplos: los inmuebles por incorporación, los frutos naturales, la lana de los ganados, las partes de un reloj, la rueda de un coche, puertas y ventanas de una casa.

Oertmann afirma que parte integrante es la parte de una cosa, delimitada en el espacio con respecto de ésta, aunque la cosa a la cual pertenece sea, por lo demás, cosa única (la cola de un animal, la rama de un árbol).¹⁰⁰

El español Puig Peña, siguiendo a cierto sector de la doctrina alemana, dice que partes integrantes son aquellos elementos componentes de un todo, que teniendo una cierta autonomía quedan coligados entre sí para formar aquél. Ejemplos: la llave es parte integrante de la cerradura, como los alfiles lo son del juego de ajedrez y las puertas y ventanas de un edificio.

El Código Civil Alemán distingue entre partes integrantes esenciales y no esenciales. Son de la primera especie las que no pueden separarse sin que se altere o destruya en su naturaleza el todo o la parte (artículo 93).

El Código Civil Chileno no precisa el significado de parte integrante; pero el concepto está latente en algunas de sus disposiciones. Por ejemplo, el artículo 572 manifiesta que si los cuadros o espejos están embutidos en las paredes, de manera que formen un mismo cuerpo con ellas, se considerarán parte de ellas, aunque puedan separarse sin detrimento; el artículo 568 preceptúa que son inmuebles las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles; el artículo 657 dice que la adjunción es una especie de accesión y se verifica cuando dos cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños se juntan una a otra, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separada; como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra, o en un marco ajeno se pone un espejo propio,

2) Pertenencias. Son aquellas cosas muebles, corporalmente independientes, pero destinadas al uso, cultivo, beneficio u ornato permanente de otra cosa (mueble o inmueble), que por sí y en sí misma puede considerarse como completa, según la opinión común,¹⁰¹ Ejemplos: inmuebles por destinación, las cosas muebles que sirven para el uso de otras cosas muebles (vaina de espada, estuche de joyas o anteojos, etc.).

A diferencia de las partes integrantes, las pertenencias constituyen cosas en sí mismas y pueden ser objeto de relaciones jurídicas independientes ¹⁰²

El Código Civil Chileno considera el caso típico de las pertenencias, los inmuebles por destinación (artículo 570).

⁹⁹DOCTRINA Generales Derecho Civil, traduc, castellana, México, 1938, p. 296.

¹⁰⁰ Introducción al Derecho Civil, traduc. Castellana. Barcelona, 1933, p. 144.

¹⁰¹Comp.; Coviello, ob. cit., p, 297; OERTTMANN, ob, cit., p. 102, OERTTMANN, OBRA citada, p. 157, al final.

3) Cosas accesorias en sentido estricto. Algunos autores llaman así aquellas cosas que, sin ser partes ni pertenencias, se incorporan por voluntad de los interesados a otra cosa reputada como principal, según los usos del comercio, y cuya característica es que no tienen una unidad de destino económico con la principal.¹⁰³

L. COSAS APROPIABLES E INAPROPIABLES

1118. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN

Según las cosas sean susceptibles de apropiación o no, divídanse en apropiables e inapropiables.

1119. a) COSAS APROPIABLES

Son las que pueden ser objeto de apropiación. Se subdividen en apropiadas e inapropiadas.

‘Apropiadas son las que actualmente pertenecen a un sujeto de derecho.

Inapropiadas son las que actualmente no pertenecen a nadie, pero que pueden llegar a tener un dueño si el hombre ejecuta un hecho de apropiación privada,

1120. COSAS INAPROPIADAS; RES NULLIUS

Algunas cosas son inapropiadas porque nunca han tenido un dueño, como los animales que viven en estado salvaje; y otras lo son porque si bien pertenecieron a un sujeto de derecho, éste las abandonó con la intención de desprenderse de su dominio. Como unas y otras actualmente no pertenecen a nadie, reciben el nombre de cosas inapropiadas; usualmente se designan con la expresión latina *res nullius*. Las cosas abandonadas se llaman específicamente *res derelictae*.

En la legislación chilena, sólo las cosas muebles pueden ser de nadie. El Código Civil expresamente dispone que son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (artículo 590),

La Corte Suprema ha explicado que durante el imperio de la legislación española en Chile, eran llamados bienes mostrencos los muebles que no tenían dueño; y vacantes las raíces que tampoco los tenían. A virtud de la disposición del artículo 590 no hay en Chile hoy día bienes vacantes, pues las raíces que carecen de otro dueño pertenecen al Estado.¹⁰⁴

¹⁰³ CASTÁN, obra citada, tomo I, p. 274; PUIIG PEÑA, obra citada, p. 433,

¹⁰⁴ C. Suprema, sentencias de 11 de diciembre de 1918 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 16, sección primera, p. 538) y de 15 de abril de 1919 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 17. Sección primera, p. 74).

1121. b) COSAS INAPROPIABLES

Son las cosas que no pueden ser objeto de apropiación. Tales la alta mar, el aire atmosférico, la luz solar. Algunos Código;- , como el nuestro, siguiendo huellas romanas, denominarlas cosas comunes a todos los. Hombres (res communes omnium), pues están sustraídas a la propiedad privada y su uso es común a todos.

De acuerdo con el Código Civil, las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional (artículo 585).

Las cosas comunes son inapropiables consideradas en su totalidad, pero nada se opone a que se aprovechen exclusivamente en forma parcial e inocua para el uso y goce de todos. Así se explica, por ejemplo, que libremente se extraiga oxígeno del aire y se venda aprisionado en tubos.

1122. EL ÉTER Y LAS RADIOCOMUNICACIONES

Las radiocomunicaciones son telecomunicaciones realizadas con la ayuda de las ondas hertzianas o electromagnéticas. En la actualidad, comprenden cuatro variedades simples: radiotelegrafía, radiotelefonía, radio telefotografía y radiotelevisión.

Según algunos, las radiocomunicaciones suponen hacer atravesar las ondas eléctricas por el éter, que es el fluido sutil, invisible, imponderable, inodoro y elástico que llena todo el espacio sideral. Muchos científicos niegan la existencia del éter, y sostienen que las ondas se propagarían simplemente en el vacío;

El supuesto éter no llenaría, pues, el espacio. Ahora bien, se plantean diversos problemas jurídicos relacionados con el uso y goce del espacio atmosférico (lugar que ocupan todas las cosas materiales), o, si se prefiere, del aire (mezcla gaseosa que envuelve la Tierra) o, todavía, si se quiere, del éter,

Desde luego, el aire es una cosa común a todos los hombres, y el éter propiamente dicho, por su inmensidad e inconsistencia, no es susceptible de apropiación; no puede ser objeto de ninguna posesión, división ni individualización.

El dueño del suelo sólo tiene derecho a usar el espacio atmosférico hasta la altura a que llegan sus plantaciones y construcciones; más allá de esta altura la libertad del espacio y el aire es completo. Por eso no puede el propietario del suelo oponerse al paso de las aeronaves que cruzan el aire que está sobre sus dominios. De ahí se concluye que menos puede obstaculizar el libre paso de las ondas hertzianas, que no causan ninguna perturbación en el goce de su bien.

El dueño del suelo no tiene, pues, ningún derecho propio sobre la columna de aire existente sobre su terreno. Por tanto, no puede emitir otras ondas para interferir las que cruzan esa columna.

Pero el dueño del suelo tiene el derecho de goce del aire ambiente, cosa destinada al uso común de todos los hombres. Sin embargo, este goce no lo autoriza para emitir libremente ondas hertzianas, porque la libertad de emisión sobrepasa el uso que puede hacer el propietario de la columna de éter que se

Alza sobre su inmueble, como quiera que las ondas emitidas no se detengan en los límites dentro de los cuales el dueño puede hacer lo que le plazca sin perturbar a sus vecinos. En verdad, la libertad de emitir dice relación con la disposición del aire o éter común a todos y depende del papel y de los derechos que se reconocen al Estado sobre ellos.¹⁰⁵

Aunque el dueño del suelo no puede oponerse al paso de las ondas, es indudable que puede captarlas. En esto no hay .sino una manifestación de su derecho a gozar, cía una manera normal, de la columna de aire y de todo lo que pueda atravesarla. Tal uso de las ondas no implica apropiación de ellas, pues la captación no disminuye su fuerza ni detiene su libre expansión, Pero el principio tiene las limitaciones que derivan de la reglamentación del Estado y de los derechos que pueda hacer valer el emisor.¹⁰⁶

El Estado interviene en las telecomunicaciones en razón de su propia conservación, de los intereses generales y del orden público- Las convenciones internacionales por otra parte, han procurado armonizar los intereses de los diversos Estados. En resumen, los principios esenciales sobre la materia son los siguientes: a) el Estado tiene derecho a reglamentar la difusión radioeléctrica dentro de su territorio;¹⁰⁷ b) los Estados no tienen derecho a oponerse al libre paso de las ondas hertzianas sobre su territorios c) la exploración radio-eléctrica debe en lo posible, evitar las perturbaciones de otras estaciones emisoras bajo la responsabilidad del Estado causante. Como es sabido, mediante convenciones internacionales se ha llegado a asignar a cada país determinado número de "canales" por los cuales pueden sus estaciones emisoras realizar sus transmisiones; de esta manera se evitan las interferencias,

La reglamentación interna y las convenciones internacionales son materia de Derecho Administrativo y de Derecho Internacional.

LL- COSAS COMERCIALES Y NO COMERCIALES

1123. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN

Según las cosas puedan o no ser objeto de relaciones jurídicas privadas, se dividen en comerciables, no comerciables y de comercio prohibido.

1124. a) COSAS COMERCIALES

Son las que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas; sobre ellas puede recaer un derecho real o existir respecto de las mismas un derecho personal. A

¹⁰⁵ SAUDEMONT, *La radiophonie et le droit*, París, 1927, pp. 6 y 7; BOKET, "Derecho Radiofónico" en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*. Madrid, año 1944, tomo II, p. 12, N° 5.

¹⁰⁶ SAUDEMONT, obra citada, p. 7.

¹⁰⁷ Véase la reglamentación chilena en: SHGUFI., *La industria eléctrica en la legislación chilena*, Memoria de Prueba. Santiago, 1941, pp. 97 y ss.; y ROA, *Radiocomunicaciones*. Memoria de Prueba, Santiago, 1946,

Ellas se refieren el artículo 1461 cuando dice que las cosas deben ser comerciables para que puedan ser objeto de una declaración de voluntad. También el artículo 2498 las nombra a! disponer que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.

1125. b) COSAS NO COMERCIABLES

Cosas no comerciables, o incomerciables, o fuera del comercio humano, como también se las llama, son las que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas; a su respecto no puede existir un derecho real ni un derecho personal.

Hay cosas que están sustraídas al comercio Jurídico en razón de su naturaleza misma (tas cosas inapropiables, como la alta mar) y otras en razón de su destino (como los bienes nacionales de uso público: calles, plazas).

La característica de las cosas incomerciables es la de no poder ser objeto de ningún derecho privado, Si la cosa está sujeta simplemente a una prohibición de ser enajenada, es comerciable, porque no obstante esa limitación constituye el objeto de un derecho privado. Los derechos personalísimos, como los de uso y habitación, son intransferibles e intrasmisibles pero están en el patrimonio privado de sus titulares; son, en consecuencia, comerciables, aunque inalienables.

1126. INALIENABILIDAD E INCOMERCIABILIDAD

Son dos conceptos que no pueden confundirse. Una cosa es inalienable cuando no puede ser enajenada; y es incomerciable cuando no puede formar parte del patrimonio privado, cuando no puede ser objeto de ningún derecho de este carácter. Todas las cosas fuera del comercio son inalienables; pero no todas las cosas inalienables están fuera del comercio.

La inalienabilidad de las cosas incomerciables es una consecuencia de su falla de aptitud para integrar el patrimonio privado. Una calle pública, en cuanto tal, no se puede transferir a un particular; en razón de su destino es un bien público y jamás puede ser una cosa privada.

Hay bienes que están en el comercio, porque forman parte del patrimonio de un sujeto, y son inalienables por no poder enajenarse; son las cosas de comercio o tráfico prohibido, que luego estudiaremos.

Nuestro Código Civil distingue perfectamente en el artículo 1464 lo incomerciable de lo inalienable. Declara, en forma separada, que hay objeto ilícito en la enajenación: V, de las cosas que no están en el comercio; 2º de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. Si el concepto de intransferible se identificara con el de incomerciable, sólo aparecería el número que se refiere a éste; el otro estaría de más.

1127- COSAS DE DERECHO DIVINO

Entre las cosas incomerciables por su destino, se citan las de derecho divino (res divini iuris). Al respecto, hay una distinción que nos interesa, la de cosas sagradas y religiosas.

De acuerdo con el Derecho Canónico, son sagrados todos los bienes muebles o inmuebles que mediante la consagración o bendición han sido dedicados al culto divino: iglesias, oratorios, cálices, copones, etc.

En general, los autores llaman cosas religiosas las destinadas a la vida contemplativa (como los monasterios), a fines piadosos y benéficos (hospitales, asilos, etc.), y al reposo de los muertos (sepulcros, cementerios), cuando son todos ellos de institución eclesiástica.

El Código Civil dispone expresamente que las cosas consagradas para el culto divino se rigen por el Derecho Canónico (artículo 5S6). Hay que acudir a éste, pues, para determinar la condición jurídica de las cosas sagradas.

En el Derecho romano, ellas estaban fuera del comercio mientras conservaban su destino, El Derecho Canónico, en un comienzo siguió el mismo principio; pero lentamente fue abandonándolo. Hoy día acepta que los particulares puedan tener en dominio las cosas consagradas al culto divino. En efecto, el Código de Derecho Canónico vigente, promulgado en 1983. Dispone que "se han de tratar con reverencia las cosas sagradas destinadas al culto mediante dedicación o bendición, y no deben emplearse para usos profanos o impropios, aunque pertenezcan a particulares" (canon 1171). Más adelante establece que "las cosas sagradas, si están en dominio de personas privadas, pueden ser adquiridas por personas también privadas, en virtud de la prescripción, pero no es lícito dedicarlas al uso profano, a no ser que hubieren perdido la dedicación; si pertenecen, en cambio, a una persona jurídica eclesiástica pública, sólo puede adquirirlas otra persona jurídica eclesiástica pública" (canon 1269).

Las cosas sagradas están, pues, en el comercio, pero con la limitación que excluye los usos no convenientes al carácter que ellas tienen, Y desde este punto de vista —anota el eminente canonista italiano, profesor Caviglioli, la propiedad privada puede tener por objeto no sólo los ornamentos y utensilios sagrados, sino también las iglesias.^{11,8}

Finalmente, el Código Civil dispone que no valen los legados de cosas pertenecientes al culto divino, a menos que antes de deferirse aquéllos cese la destinación de éstas; pero los particulares pueden legar los derechos que tengan en tales cosas, y que no sean según el Derecho Canónico intransmisibles (artículo 1105), Ahora bien, de acuerdo con las explicaciones anteriores, los particulares pueden tener el dominio de las res sacroæ con la limitación señalada; por tanto, pueden legar ese derecho en las mismas condiciones, siempre que en el caso concreto los cánones no se opongan.

1128. BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Código de Derecho Canónico, texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios de Miguélez, Alonso v Cabrereros, Madrid, 1945.

CAVIGLIOLI, Derecho Canónico, traducción directa del italiano por R. Lamas Lourido, 2 tomos, Madrid, 1946-1947.

¹⁰⁸ JUAN CAVIGLIOLI Derecho Canónico, traducción directa del italiano, tomo II, Madrid, 1947, p. 12,

CANCE y DE ARQUER, El Código de Derecho Canónico. Comentario completo y práctico de todos sus cañones para el uso de eclesiásticos y hombres de leyes, 2 tomos, Madrid, 1934.

Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe, Madrid, 1983.

1129. CAPILLAS Y CEMENTERIOS EN POSESIONES PARTICULARES

No hay duda de que están en el comercio; el Código Civil especialmente reconoce que pueden ser objeto de un derecho privado. En efecto, dice que el uso y goce de las capillas y cementerios, situados en posesiones de particulares y accesorios a ellas, pasan junto con ellas y junto con los ornamentos, vasos y demás objetos pertenecientes a dichas capillas o cementerios, a las personas que sucesivamente adquieran las posesiones en que están situados, a menos de disponerse otra cosa por testamento o por acto entre vivos (artículo 587)

Esta disposición aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero reconoce al dueño del predio en que están situados los cementerios o las capillas para traspasar los derechos que tengan en ellos a otra persona que el adquirente de ese predio.

El legislador se refiere al uso y goce de las capillas y cementerios; no alude a la propiedad; parece considerar incompatible con este derecho la limitación que impone el destino de esas cosas. Sin embargo, si se tiene presente que cosas comerciables son las que pueden ser objeto de derechos privados, es innegable que las capillas y los cementerios situados en posesiones privadas son comerciables, y el acto jurídico que a su respecto se celebre no podrá tacharse de nulo por in comerciability del objeto. Este, en el caso que nos ocupa, es comerciable, aunque sólo puede recaer sobre él un derecho de propiedad limitado por el destino mismo de la cosa, o simple derecho de uso y goce; en todo caso es materia de un derecho privado.

Nótese que la disposición del artículo 587 del Código Civil se refiere a capillas y cementerios situados en posesiones de particulares y accesorios a ellas, lo que está de acuerdo con las prácticas que antiguamente existían de obtener de la autoridad eclesiástica autorización para establecer sepulcros particulares fuera del cementerio común. Actualmente, todo cementerio, general o particular, está sujeto a la autorización del poder civil, como asimismo la inhumación de cadáveres, en casos especiales, en lugares extraños a los cementerios y que no cumplen con las disposiciones reglamentarias (Reglamento General de Cementerios, publicado en el Diario Oficial de 18 de junio de 1970). El Código Sanitario, por su parte, dispone; "Sólo en cementerios legalmente autorizados podrá efectuarse la inhumación de cadáveres o restos humanos. Sin embargo, el Director General de Salud podrá autorizar la inhumación temporal o perpetua de cadáveres que no sean en cementerios, en las condiciones que establezca en cada caso" (Art., 135),

1130. c) COSAS DE COMERCIO O TRÁFICO PROHIBIDO

Son cosas comerciables pero sobre las cuales existe una prohibición de enajenar, absoluta o relativa. Si la prohibición legal es absoluta, la enajenación no

Puede llevarse a cabo bajo ninguna condición o en ninguna circunstancia; si es relativa, la enajenación puede realizarse si concurren ciertas circunstancias o condiciones. Sólo la primera constituye una ley prohibitiva propiamente tal,

La prohibición legal puede fundarse en el interés general o en el privado, según sea el carácter de las razones que se consideren. Así es una prohibición legal de interés general la que mira a la seguridad y salud públicas, como la que impide el tráfico libre de venenos, explosivos, armas, etc.; la que se basa en motivos económicos, como la que prohíbe exportar ciertos productos por estimarse necesarios y esenciales para la economía nacional; la que se funda en la necesidad de preservar los objetos de arte y de valor histórico nacional, etc. La prohibición legal basada en el interés privado traía de cautelar los derechos de determinadas personas, como la que declara de objeto ilícito la enajenación de las cosas embargadas por decreto Judicial; esta prohibición es relativa, pues las cosas embargadas pueden enajenarse si el juez lo autoriza o el acreedor consiente en ello (artículo 1464).

Por fin, la condición de cosa de tráfico prohibido puede ser permanente (derechos personalísimos) o momentánea (cosas embargadas).

Cosas de tráfico u comercio reservados aquellas cuya adquisición o enajenación, o una y otra, sólo pueden realizarlas las personas facultadas expresamente por la ley. Por ejemplo, sólo el Banco Central de Chile tiene la facultad de comprar, vender, transar, transferir, a cualquier título, oro amonedado o en barras, como asimismo cualquier documento que dé constancia de la transferencia de oro. Toda contravención a lo recién expresado, cae bajo la sanción de la ley (ley N° 15.192, de 8 de mayo de 1963, llamada vulgarmente "Ley del Oro", y Acuerdo del Comité Ejecutivo del Banco Central adoptado en sesión 198, de 8 de mayo de 1963).¹⁰⁹

M. CLASIFICACIONES DE LAS COSAS POR RAZÓN DE SU PROPIEDAD

1131. DIVERSAS CLASIFICACIÓN Y SU CORRELACIÓN

Si se atiende al sujeto del derecho de dominio, las cosas pueden clasificarse en particulares y nacionales: las primeras pertenecen a individuos o personas jurídicas particulares; las segundas a la nación toda.

Si se considera la naturaleza del dominio, las cosas pueden clasificarse en públicas y privadas, según constituyan el objeto de un dominio de carácter público o de carácter privado.

Las dos clasificaciones anteriores están relacionadas entre sí, pero no son coincidentes en forma absoluta. Los bienes particulares coinciden con los privados, porque son siempre de esta naturaleza. No ocurre lo mismo con los

¹⁰⁹ Véanse: MAC HALE. TOMÁS P., *Los delitos cambiarios* Santiago, 1968; SANTIBAÑEZ A., FRANCISCO JAVIER, *Algunos aspectos constitucionales y penales de la ley N° 15.192*, Santiago, 1970.

Bienes nacionales, que pueden ser públicos o privados, como se verá más adelante,

I. BIENES NACIONALES

1132. DISTINCIÓN

De acuerdo con nuestro Código Civil (artículo 589) se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda, y se dividen en dos categorías. Señaladas en seguida.

a) Bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y -su uso a todos los habitantes de la misma (calles, plazas, puentes, caminos, etc.).

b) Bienes del Estado o bienes fiscales son aquellos que pertenecen en dominio a la nación toda, pero cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

Los bienes nacionales, pues, son algunos de dominio público y otros de dominio privado.

1133. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN

Nuestro Código Civil atiende a la generalidad del uso por todos los habitantes, para clasificar los bienes nacionales en públicos y fiscales o de derecho privado; si esa generalidad existe, son de la primera especie; si no, de la segunda,

1134. CONCEPCIÓN MODERNA

El criterio romano, que es el que sigue el legislador chileno, no ha sido adoptado en otras legislaciones, que atienden a otros puntos de vista para clasificar los bienes nacionales en públicos y privados.

La concepción moderna amplía el campo del dominio público, pues incluye en él no sólo los bienes destinados al uso general de los habitantes, sino también todas las cosas afectadas al funcionamiento de un servicio público. Como se ha estimado que esta teoría es exagerada, "pues llega a proteger con el régimen de derecho público hasta el tintero de un empleado de ministerio", se han propuesto diversas pautas para restringir el alcance del dominio público, dejando dentro de él sólo los bienes afectos al servicio público que tienen un rol preponderante o irremplazable en el mismo.

Finalmente, los defensores de la concepción moderna sostienen que muchos de los reproches que se le han dirigido se basan en el desconocimiento de la relatividad del régimen de los bienes públicos. Dicho régimen no es de aplicación rígida, uniforme y total a todos los bienes de ese carácter, sino que es de aplicación graduable; a algunos bienes públicos se aplica íntegramente y a otros en forma parcial, según las necesidades del caso,

También se hace ver que ciertas reglas propias de los bienes de dominio público se extienden en una forma u otra a algunos bienes de dominio privado,

Lo que viene a probar que estos bienes se encuentran en una situación intermedia entre los bienes de la primera categoría y los de la segunda propiamente tal.

1134-a. LEGISLACIÓN ESPECIAL RELATIVA A LOS BIENES NACIONALES

Los bienes nacionales están sujetos a diversas leyes especiales. Desde luego, la Constitución Política declara materia de ley las normas sobre enajenación de los bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión (Art., 60 número 10).

Hay una serie de cuerpos legales que se refieren a bienes del Estado y cuyo estudio corresponde al Derecho Administrativo. Nos limitaremos a mencionar algunos, como el que regula la adquisición, administración y disposición de esos bienes (decreto ley 1.939, de 1° de noviembre de 1977);

Reglamento sobre bienes muebles fiscales (decreto N° 577, de 1978, del ex Ministerio de Tierras y Colonización, publicado en el Diario Oficial de 11 de octubre de 1978); Reglamento para el remate de bienes inmuebles fiscales prescindibles (decreto N° 64, de 19S9, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 23 de mayo de 1989. El régimen de los bienes municipales está regulado por la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, de 31 de marzo de 1988, artículos 26 a 31). Hay normas sobre adquisición y enajenación de bienes corporales e incorporales muebles y servicios de las Fuerzas Armadas (ley N° 18.928, de 13 de febrero de 1990). Esta ley, que no se aplica a ciertas cosas, como el material de guerra, faculta a las autoridades que indica del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea "para efectuar, en representación del Fisco, adquisiciones y enajenaciones de bienes corporales e incorporales muebles y contratar o convenir servicios a título gratuito u oneroso, sea en forma directa, por propuesta privada o propuesta pública. Asimismo pueden celebrar contratos de arrendamiento, comodato u otros que permitan el uso o goce de dichos bienes por la institución correspondiente" (artículo 1°, inciso 1°), Las normas de esta ley son aplicables, en lo que fueren pertinentes, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública... (Artículo 11).

1. Bienes fiscales

1135. CONCEPTO

La personalidad del Estado es una sola. y es de derecho público, Pero esto no quiere decir que tal ente no pueda ser sujeto de derechos privados, Y precisamente los bienes fiscales pertenecen al Estado en cuanto éste es capaz de derechos privados; constituyen su patrimonio privado.

1136. AMPLITUD DE LA EXPRESIÓN BIENES DEL ESTADO

El Código expresa que "los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales" (artículo 589, inciso y). Y con esta denominación comprende no sólo los bienes nacionales que forman propiamente el patrimonio fiscal, de] Estado en sentido estricto, sino

También los bienes que forman el patrimonio municipal o comunal y el de los establecimientos públicos. Es verdad que otras disposiciones¹¹⁰ distinguen todos estos bienes pertenecientes a patrimonios especiales y separados; pero también lo es que el Código Civil "al hacer la clasificación de los bienes nacionales ha tomado en consideración únicamente la circunstancia de que tales bienes pertenezcan en último término a la nación toda, aunque inmediatamente se hallen asignados al patrimonio especial de la comuna o de una corporación o fundación de derecho público", o de un cuerpo cualquiera. De los bienes del Estado nadie puede sentirse dueño, sino el Estado mismo, o sea, la nación toda.

"La distinción de estos patrimonios especiales corresponde al derecho público y al derecho administrativo. Para los efectos del derecho civil hasta la separación que el Código establece entre los bienes nacionales y los bienes particulares; y en los nacionales, entre los que pertenecen al dominio público y los que pertenecen al dominio privado del Estado"¹¹¹

1137. RÉGIMEN DE LOS BIENES FISCALES

Los bienes del Estado o fiscales están sujetos al régimen de derecho privado, sin perjuicio de lo que al respecto dispongan leyes especiales.

En principio, pues, los bienes fiscales están en la misma situación jurídica que los bienes de los particulares. Por consiguiente, son comerciables, pueden enajenarse, hipotecarse, embargarse y ganarse por prescripción,

Corresponde a las leyes, y no a los decretos, fijar las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las Municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión (Constitución Política, Art. 60, número 10).

Los bienes fiscales son prescriptibles y están en este punto en un pie de igualdad con los bienes de particulares, por expresa disposición del Código Civil, que dice: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo" (artículo 2497). Esto es sin perjuicio, de que leyes especiales declaren en algunos casos la imprescriptibilidad de algunos bienes fiscales. De la misma manera hay disposiciones que excluyen taxativamente de la aplicación de ciertas leyes comunes a los bienes del Estado, como, por ejemplo, la Ley de Arrendamiento de Bienes Raíces Urbanos, que declara que ella no se aplica a los "inmuebles fiscales" (ley N° 18,101, de 29 de enero de 1982, art. 2°, número 2),

Dada la situación jurídica de los bienes fiscales, el Estado puede reglamentar su uso y goce; con esto no hace sino ejercitar legítimamente las facultades que el derecho de propiedad otorga a su titular.

Las contiendas en torno a bienes fiscales entre individuos particulares y el Fisco son de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia.¹¹²

¹¹⁰ C. Civil, artículos: 1797, 1789, 1923, 2481. 2497.

¹¹¹ CLASO SOLAR, obra citada, tomo VI, p. 248.

¹¹² C. Suprema, 1° de agosto de 1941. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 39, sección primera, p.

Especialidad del régimen de los bienes fiscales. Hemos dicho que, en principio, los bienes de dominio privado del Estado o de otras personas administrativas (Municipalidad, establecimientos públicos, etc.), están sometidos a las reglas de derecho privado. Agregamos, empero, que esto es así sin perjuicio de lo que al respecto dispongan leyes especiales. Y en este último sentido hay normas positivas que apartan, en ciertos puntos, a algunos bienes del Estado o de otras personas administrativas del régimen privado común. Así, por ejemplo, no son embargables los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente (Ley de Municipalidades, art. 26 inciso 1º).

Normas semejantes se aplican a diversos servicios públicos con personalidad jurídica propia, como el destinado a atender la salud. La razón que inspira estas normas es la consideración de que tales bienes están destinados al funcionamiento de un servicio público que se vería seriamente perturbado si en un caso dado se trabara embargo sobre los bienes indispensables a su marcha.

Pero hay más. La doctrina administrativa ha distinguido dos grupos de bienes patrimoniales de las personas administrativas: uno, constitutivo de un patrimonio administrativo, y otro de un patrimonio privado. Los primeros serían los destinados directamente al funcionamiento de un servicio público (edificios en que funcionan las reparticiones públicas, instrumentos de que se valen para cumplir su cometido, camiones de aseo de la Municipalidad, anuas del Ejército, etc.); los otros, los de patrimonio privado, serían bienes que, perteneciendo a una persona administrativa, no están directamente destinados a la atención de un servicio público (tierras que por no tener otro dueño pertenecen al Fisco, las herencias vacantes, etc.).

La tendencia es asimilar, en cuanto al régimen jurídico, los bienes del patrimonio administrativo a los bienes nacionales de uso público en cuanto lo permita su naturaleza. De ahí la inembargabilidad de que hablamos al comienzo, que se pugna por extenderla a todos los bienes del patrimonio administrativo aunque no haya en muchos casos un texto legal expreso que la consagre.

1138. ENUMERACIÓN DE ALGUNOS BIENES FISCALES

Por vía de ejemplo, pueden señalarse los siguientes bienes fiscales.

1) Los bienes muebles o inmuebles afectados al funcionamiento de un servicio público: edificios, ferrocarriles, ¹¹³naves, artículos de escritorio, etc. Así, el

¹¹³ La C, Suprema ha declarado que los Ferrocarriles construidos o adquiridos son fondos nacionales son bienes fiscales o del Estado, forman parte de su patrimonio. Y agrega que la Empresa de los ferrocarriles el Estado es parte integrante de la hacienda pública que se personifica en el Fisco. Por tanto, concluye, éste tiene interés en el juicio en que se exige a dicha empresa el pago de cierta suma de dinero. En voto disidente, e) recordado maestro y ex Presidente de ese alto tribunal don Humberto Truico (fallecido en el año 1951), sostuvo que, por constituir esa empresa una persona jurídica de derecho privado, autónoma e independiente y con un patrimonio distinto del que pertenece al Fisco, no puede decirse que éste tenga interés en el juicio en que se exige a aquélla el pago de cierta suma de dinero. La sentencia de la C, Suprema es de 11 de diciembre de 1940 (Gaceta de los Tribunales. año 1940, 2º semestre, N° 46, p. 239; Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 38, sección primera, p. 5070).

Palacio de la Moneda, el del Congreso Nacional, el edificio de la Universidad de Chile, son bienes fiscales, como también los escritorios, estantes, cajas de caudales, etc., que en ellos se encuentran.

2) Las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (artículo 590).

3) Los bienes que, conforme a la ley, caen en comiso y las multas que se aplican a beneficio fiscal.

4) Los impuestos y contribuciones que percibe el Estado por cualquier capítulo.

5) Como es sabido, a falta de todos los herederos abintestato, sucede el Fisco (artículo 995). Son, pues, bienes fiscales las herencias que le corresponden a éste en defecto de otro heredero abintestato.

6) Pertenecen al dominio privado del Estado las nuevas islas que se formen el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas (artículo 597).

Acceden a los propietarios riberaños, en la forma que veremos al estudiar las accesiones del suelo (artículo 656), las islas que se formen en ríos o lagos no navegables o que sólo pueden navegarse por buques de cien toneladas o menos.

7) Las industrias o comercios en que el Estado tenga participación en la cuota que a éste corresponda.

1139. LAS MINAS

Hasta antes de la reforma constitucional introducida por la ley N° 17.450, de 16 de julio de 1971, se seguía en nuestro país el principio de que el listado tiene sobre todas las minas un dominio eminente, es decir, un derecho de propiedad general y superior, y no un derecho de dominio patrimonial perfecto. Esta antigua concepción del derecho eminente sirve para explicar porqué en la inmensa mayoría de los casos el dueño del suelo no lo es de las minas que se encuentran en su subsuelo, las cuales el Estado entrega a los particulares que, ciñéndose a las reglas especiales, solicitan su propiedad.

El dominio originario del Estado sobre las minas encuentra su fundamento en que ellas constituyen una riqueza inmensa, creada por la naturaleza y no por el trabajo del hombre. Por tanto, parece lógico que sea la colectividad toda la dueña en principio de las minas, y que ella, el Estado, determine las condiciones que deben cumplir los particulares para adquirir derechos sobre esas cosas y puedan explotarlas en forma armónica con el interés social.

En la idea del dominio eminente estaba fundado el artículo 591 del Código Civil y los Códigos de Minería que existieron hasta el actual, promulgado como ley N° 18.248, de 14 de octubre de 1983. Pero a partir de la citada ley N° 17.450 que reformó la Constitución Política de 1925, la situación cambió, situación que reiteró y confirmó la Constitución de 1980, Hoy el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas. Sin embargo, los particulares pueden obtener, para explotarlas, un derecho real de concesión, que se constituye y caduca a través de la vía judicial. El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional

Que se proporciona a todas las especies de propiedad (Constitución Política de 1980, art. 19, número 24; Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, de 21 de enero de 1982; Código de Minería vigente, de 1973).

Actualmente, no cabe duda, pues, que el Estado, de una manera "inalienable", es dueño pleno y absoluto de los yacimientos mineros del país. Los particulares que obtienen concesión de explotación sólo son titulares de un derecho real y administrativo que los autoriza para disfrutar de ésta cumpliendo con los requisitos legales. En consecuencia, si se nacionaliza o expropia una concesión la indemnización que corresponda en ningún caso podrá comprender el yacimiento mismo, que era y sigue siendo de la nación toda. Antes de la reforma la lógica indicada una solución idéntica; empero, hubo opiniones que pretendían lo contrario.¹¹⁴

Todo lo relativo a las minas es materia especial del importante ramo Derecho de Minería.

1140. TUICIÓN Y ADMINISTRACION DE LOS BIENES NACIONALES

La tuición y administración de los bienes nacionales, sean públicos o fiscales, corresponde privativamente al Presidente de la República (Constitución Política, artículo 24), facultades que respecto de los bienes del Estado o fiscales, las ejerce por intermedio del Ministro de Bienes Nacionales, sin perjuicio de las excepciones legales. Todo conforme a diversas leyes especiales, como las mencionadas en nuestro N° 1134 bis.

1141. DEFENSA JUDICIAL DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

Corresponde al Consejo de Defensa del Estado la defensa de éste en los juicios que afecten a bienes nacionales de uso público, cuando la defensa de estos bienes no incumba a otros organismos (Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, artículo 1º, N° 2).

2. Bienes públicos

1142. NATURALEZA JURIDICA DEL DOMINIO PÚBLICO

En nuestro derecho, el dominio público está constituido por el conjunto de bienes nacionales de uso público, o sea, aquellos bienes que pertenecen a la nación toda y su uso a todos los habitantes de la misma: calles, plazas, puentes, caminos, mar adyacente y sus playas (Código Civil, artículo 589). Podría decirse que el dominio público "es el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial (Nación, comuna)".¹¹⁵

¹¹⁴ Véanse diversas consideraciones en ARMANDO URIBE HERRERA, *Reforma de la legislación minera chilena*, Santiago, 1966.

¹¹⁵ BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949, p. 640, N° 397.

Nadie duda que el Estado o, mejor, la administración, es propietaria de los bienes fiscales de acuerdo con las reglas del derecho privado, modificadas en muchos casos por normas de derecho público o articulado con ellas; pero tratándose del dominio público la cuestión es discutidísima. Dos teorías principales se pronuncian al respecto: para una, el Estado no tiene ninguna clase de propiedad sobre los bienes públicos; para la otra, tiene un derecho que no difiere esencialmente del de la propiedad.

1143. TEORÍA DE LA NO PROPIEDAD

Los que sostienen que los bienes públicos no se encuentran sometidos a un verdadero derecho de propiedad, argumentan que entre los poderes que sobre ellos tienen la administración faltan los atributos esenciales del dominio. Desde luego, el uso pertenece a todos los habitantes del Estado; el abuso (el derecho de disponer), a nadie pertenece, puesto que los bienes públicos son inalienables. El derecho del Estado sobre esta clase de cosas se traduce en un simple derecho de guarda, tuición o supervigilancia y no en un derecho de propiedad.

1144. TEORÍA DE LA PROPIEDAD

Ha sido creada por el jurista francés Hauriou. Dice éste que el error de la tesis contraria proviene de creer que la única propiedad existente es la civilista, y la verdad es que también hay una propiedad administrativa u propiedad de afectación, sin que nada importe que no aparezca de un modo perfecto el uso, el goce y el abuso. La propiedad del dominio público es una propiedad de afectación, pues la idea capital es que el dominio público está afectado y que esta afectación (uso del público) prima. Pero la administración puede, asegurando y respetando la destinación del bien público, aprovechar todas las consecuencias económicas de la idea de propiedad, compatibles con la afectación. Y en esto estriba la propiedad administrativa que no es sino la noción general de la propiedad transportada al derecho administrativo. Así se explica que el Estado sea dueño de los frutos que algunos bienes nacionales de uso público pueden producir (flores de los jardines públicos); que él mismo pueda explotar las utilidades económicas de esos bienes en la medida en que su afectación es respetada.

Algunos partidarios de la teoría de la no propiedad, para evitar la conclusión de que los bienes nacionales de uso público son bienes de nadie, dicen que ellos no son del Estado, sino del público, pero no reparan que el Estado no es sino la personificación jurídica del llamado "público".

En síntesis, los partidarios de la tesis de la propiedad consideran "que el Estado es el verdadero y único propietario de su dominio y que la división del mismo en dominio público y dominio privado, se refiere simplemente al redimen al cual estarán sometidos esos bienes según la afectación que se les dé a los mismos. El destino del bien no modifica su naturaleza. Si el Estado ha adquirido, por ejemplo, dos propiedades iguales, dos casas idénticas, con parques y destina una de ellas para recreo de la población y la otra para residencia del Jefe del Estado, se dirá que la primera está en dominio público, y la segunda

En dominio privado. Ello significa que una y otra están sometidas a un régimen legal diferente, por razón de su destino, no obstante la identidad de su naturaleza. Es una simple cuestión de afectación".

1145. CARACTERES JURÍDICOS

1) El uso de los bienes públicos pertenece a todos los habitantes de Chile (artículo 589).

2) Tales bienes están fuera del comercio humano. En realidad, ninguna disposición del Código Civil establece directamente la in comerciabilidad de los bienes públicos; pero así resulta de la propia destinación de éstos. Y hay preceptos que suponen la in comerciabilidad de las cosas en referencia. Por ejemplo, un artículo declara que no vale el legado de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal y de uso público (artículo 1105). ¿Por qué no tiene valor ese legado? Porque recae sobre una cosa que es imposible que este en el patrimonio del testador, y no puede estar porque no es susceptible de derechos privados, o sea porque es in comerciable.

Nuestra Corte Suprema reiteradamente ha declarado que sobre los bienes nacionales de uso público no cabe alegar posesión exclusiva, dominio privado o servidumbre.¹¹⁶

3) Sabemos que la imprescriptibilidad es una consecuencia del carácter in comerciable. Por la prescripción adquisitiva solo puede ganarse el dominio de los bienes corporales raíces o muebles que están en el comercio humano (artículo 2498); consecuentemente, no puede adquirirse por prescripción el dominio de los bienes públicos.

4) Otra consecuencia de la in comerciabilidad es la in alienabilidad: los bienes públicos, en su carácter de tales, no pueden enajenarse; no pueden venderse, hipotecarse ni embargarse.

Pero los bienes públicos pueden ser utilizados no sólo colectivamente por el público en general, sino también privativamente por las personas que obtengan "permiso" o "concesión" al respecto y siempre que no perturben el uso general y común de los habitantes.

1146. ENAJENACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES, DESAFECTACIÓN DE LOS PÚBLICOS

Mientras un bien, conforme a la declaración de la ley, pertenece a la nación toda, su dominio no puede adquirirse por las personas (Constitución Política, art. 19, N° 23),

La enajenación de los bienes del Estado y de las Municipalidades debe efectuarse conforme a los requisitos señalados por las respectivas leyes administrativas que enunciamos en nuestro número 1134 bis. Los bienes nacionales de uso público, antes de ser enajenados, han de cumplir el trámite legal de la

¹¹⁶ C. Suprema, sentencias de 21 de noviembre de 1905 (R., tomo 3, sección primera, p. 96. considerando 10 de P instancia, p. 100); de 28 de noviembre de 1921 (R., tomo 21, sección primera, p. 270); y de 4 de julio de 1938 (R., tomo 36, sección primera, Pág., 52),

Desafectación, o sea, deben sustraerse (del dominio público para perder su carácter de bienes públicos y poder pasar al dominio privado).

1147, ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS

El Código Civil no contiene ninguna enumeración taxativa de los bienes nacionales de uso público. Pero cita o se ocupa de los siguientes: calles, plazas, puentes y caminos, mar adyacente y sus playas, ríos y todas las aguas (artículos 589 y 595).

En la esfera de los bienes públicos o nacionales de uso público hay que distinguir el dominio público marítimo, el dominio público terrestre, el dominio público fluvial y el dominio público aéreo.

a) Dominio público marítimo

1148. DISTINCIONES

Nuestro Código Civil habla de la alta mar, el mar territorial, el mar adyacente y la zona marítima económica o mar patrimonial.

1149. LA ALTA MAR

La alta mar es todo el mar que se extiende más allá del mar territorial. Según el Código Civil Chileno, es una cosa común a todos los hombres, no susceptible de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiársela (artículo 585, inciso 1º),

Algunos autores dicen que no es una "res communis", porque sólo puede ser de todos lo que es susceptible de pertenecer a cada uno separadamente, y la alta mar no lo puede ser. Por eso, agregan, lo que es común no es, propiamente, el mar, en sí, sino su uso. Y se cita en abono de este punto de vista la expresión del jurista romano Celso; "maris communem usum omnibus hominibus". Tampoco es una "res nullius", porque este concepto supone una cosa que no pertenece a nadie, pero que puede ser objeto de ocupación, y esto no puede ocurrir con la alta mar. En resumen, ésta, sin ser propiamente una "res nullius", no pertenece a nadie, pero su uso es común a todos los hombres.

El uso y goce de la alta mar son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional (C, Civil, artículo 585, inciso 2º).

El principio que impera hoy según el cual la alta mar es libre para todos, se justifica en razón de que el mar es un medio de comunicación por excelencia ofrecido por la naturaleza ;i todos los hombres; por tanto, es justo que todos puedan servirse de ella y gozar de sus riquezas.¹¹⁷

¹¹⁷ JULIO DIENA. Derecho Internacional Público, traducción española de la 4ª edición italiana, Barcelona, 1941. p. 238 Véase: también LOUIS CAVARE, LE Droit International Public Positif, tomo II (París, 1951), pp. 471 y siguientes.

1150. MAR TERRITORIA, MAR ADYACENTE Y ZONA CONTIGUA

El mar territorial, llamado también mar costero o mar litoral, es la parte de la superficie marítima que baña la costa de un Estado y se extiende hasta cierta distancia de dicha costa. Representa, según Gide), "una parte sumergida del territorio",

Zona contigua o zona complementaria es la faja marítima situada más allá del límite externo del mar territorial y que se extiende hasta cierta distancia de ese límite.

Sobre el mar territorial el Estado ejerce la plenitud de su soberanía, sin que importen menoscabo de esta ciertas restricciones que se reconocen, como es, entre otras, la obligación del Estado ribereño de permitir por cosas aguas el "paso inocente" o "inofensivo" de los buques extranjeros, sean de comercio o de guerra. Se entiende por "paso inocente" la utilización del mar territorial para realizar un acto que no implica atentado a la seguridad, al orden público o a los intereses fiscales del Estado riberano.

La existencia del mar territorial como mar nacional se justifica por razones de seguridad, de defensa, de policía de la navegación, de vigilancia sanitaria, aduanera y fiscal, cuino asimismo por razones económicas (reserva del cabotaje y la pesca, en los límites del mar territorial, a los nacionales y extranjeros domiciliados, etc.).

Se ha discutido sí el mar territorial es propiamente una parte de la alta mar o una parte del territorio del Estado riberano. Hoy prevalece la última opinión.¹¹⁸

Si bien el mar territorial forma parte del territorio del Estado riberano, a cuya soberanía se encuentra sometido, la llamada zona contigua esparte de la alta mar y no del territorio nacional de dicho Estado; este sólo ejerce en ella determinadas competencias, muy especializadas, relativas a la seguridad del país y a la policía sanitaria y aduanera.

Nuestro Código Civil llama al mar próximo a la costa mar adyacente, y dice que éste, hasta la distancia de doce milla;,' marinas medidas desde las respectivas líneas de base, es mar territorial y de dominio nacional. Pero, para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitario;- , el Estado ejerce jurisdicción sobre el espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medidas de la misma manera. Las aguas situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, forman parte de las aguas interiores del Estado (art. 593, texto fijado por el artículo 1º, Nº 1, de la ley Nº 18.565, de 23 de octubre de 1966). Según el artículo 2º de la ley Nº 18,565, las delimitaciones marítimas a que se refieren los artículos 593 y 596 de! Código Civil, no afectarán los límites marítimos vigentes,

El mar territorial se mide desde la línea de base normal (Línea de la más baja marca) en las costas parejas y desde la línea de base recta en las zonas de costas agrietadas o desmembradas,

¹¹⁸ Véase CAVARÉ, ob. cit., tomo II, pp. 494 a 499.

"Parece fácil -explica un autor, determinar dónde comienza el mar territorial y decir, por ejemplo, que empieza en la costa y termina en la distancia que finalmente se decida sobre la extrusión que tendría esta, zona marítima, Pero ha de recordarse que no todas las costas son parejas; algunas, como la de la zona sur de Chile y las de Noruega, presentan profundas agrietaduras, aberturas, radas y abundancia de islas: las costas, pues, no siempre son parejas".

'La teoría comúnmente aceptada expresa que el mar territorial se contaría desde la línea de más baja marea. También se dice que podría ser de la de pleamar. Pero aplicar esta teoría en costas desmembradas ofrece dificultades fáciles de suponer. Los tratadistas han elaborado para estos casos la tesis que implica trozar líneas de base, o sea, una línea imaginaria que uniría los puntos más salientes de las costas, islotes, archipiélagos adyacentes a las costas, tomando el nombre de línea de base recta y desde la cual se contaría hacia la alta mar, el mar territorial. Al hacer el trabado de estas líneas de base recta notamos que van quedando encerradas ciertas porciones de aguas marítimas sobre las cuales el Estado costero posee un derecho mayor aún que el que tiene sobre el mar territorial",

"Podemos concluir, entonces, que el mar territorial se mide desde la línea de más baja marea (línea de base normal) en las costas parejas y desde la línea de base recta en las costas agrietadas o desmembradas",

"El descrito es el límite interior del mar territorial y un límite externo es aquella línea imaginaria que pasa a ser la frontera entre el mar territorial y la alta mar".¹¹⁹

El artículo 589 del C. Civil considera como bien nacional de uso público el mar adyacente (artículo 589, inciso 2º), Cabe preguntar, entonces, si es bien nacional todo el mar adyacente, o sea, el territorial y la zona contigua, o sólo el primer. Pensamos que sólo lo es el territorial. Así lo revela la redacción del artículo 593, el cual, después de declarar que el mar territorial es de dominio nacional, agrega; "Pero para objetos concernientes a la prevención,,," La conjunción adversativa pero indica que al concepto anteriormente enunciado se contraponen otro diverso o ampliativo, o sea, el legislador quiso decir que a pesar de no ser el resto del mar adyacente de dominio nacional, el derecho de policía del Estado se extiende, para los objetos señalados, hasta la distancia que determina. Si la zona contigua fuera de dominio nacional, el Código habría dicho simplemente que el mar adyacente hasta las referidas veinticuatro millas marinas es de dominio nacional, y no habría tenido para qué hacer la distinción entre el mar territorial y el resto del mar adyacente. Por tanto, el precepto (artículo 589, inciso 2º) que declara bien nacional de uso público a éste, debe entenderse en armonía con el artículo 583, que se refiere al mar adyacente que específicamente se llama mar territorial, y nada más. Y ésta es la opinión que el propio Bello acepta en sus Principios de Derecho Internacional¹²⁰ al decir; "En cuanto al mar, he aquí una regla que está generalmente admitida: cada nación tiene derecho para

¹¹⁹ Fernando Gamboa, Manual de Derecho Internacional Público. 2ª edición, Santiago, 1984, páginas 190 a 200; Santiago Benadava, Derecho Internacional Público, Santiago, 1997, páginas 231 y ss.

¹²⁰ Tercera edición, Valparaíso, 1864, p. 49.

Considerar coreo perteneciente a su territorio y sujeto a su jurisdicción el mar que baña sus costas, hasta cierta distancia", la que se determina precisamente y es el límite extremo del llamado mar territorial.¹²¹

1151. PESCA Y CAZA EN LOS MARES

En la alta mar la pesca y caza son, naturalmente, libres; pero las que tienen lugar en la llamada zona económica exclusiva, rigen las normas del país costero. Nuestro Código Civil señala que la caza marítima y la pesca se regulan por sus disposiciones (que se estudian al hablar del modo di: adquirir el dominio llamado ocupación) y preferentemente por la legislación especial que rija al efecto (Art., 611, texto fijado por la ley N° 18.565, de 23 de octubre de 1986).

La principal ley sobre la materia es la N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, de 23 de diciembre de 1989, cuyo texto definitivo fijó el decreto supremo N° 430, de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Dicha Ley General fue modificada por la Ley N° 19.520, de 3 de octubre de 1997, y por la Ley N° 19.521, de 23 de octubre de 1997.

1152. PLATAFORMA O ZOCALO CONTIENTAL E INSULAR

Los continentes se prolongan dentro del mar por intermedio de lo que se llama plataforma. "Esta es una llanura sumergida que se relaciona estrechamente, y sin notables accidentes, con las tierras emergidas que la ciñen". La plataforma es continental o insular, según sea un continente o una isla su territorio adyacente. Su largo no es uniforme en todas partes; varía con el declive del continente o la isla que bordea. Por término medio, se extiende, a partir de la costa, hasta donde el agua alcanza unos 200 de profundidad. Hasta tal límite la profundidad crece en forma suave; después se acentúa con brusquedad. En otras palabras, "entre el borde marítimo de la plataforma y las profundidades marinas, hay un desnivel violento, denominado talud continental", el cual se considera como el límite del continente.

En las plataformas o zócalos submarinos, como también se llaman, existen inmensas riquezas pesqueras, vegetales y minerales. Resulta comprensible, entonces, que en estos últimos años diversos Estados hayan hecho declaraciones tendientes a incorporar a sus respectivas soberanías las plataformas contiguas a sus territorios, 1-a primera declaración formal en este sentido la hizo Estados Unidos por intermedio de su Presidente Harry Truman el 28 de septiembre de 1945.

Con fecha 2,3 de junio de 1947, el Presidente de la República de Chile, Gabriel González Videla declaró;

"1° El Gobierno de Chile confirma y proclama la soberanía nacional sobre el zócalo continental adyacente a las costas continentales o insulares del territorio

¹²¹ Véanse: GIDEL, *Le droit international public de la mer*, vol. III. p. 364, y "La mer territoriale et la zone contigue", en *Recueil des Cours*, tomo 48, 1934. II, p. 241; CHARLES Rousseau: *Droit International public*, Paris, 1953, p. 438, N° 563; GEOUPFRE DE LA PRADELLE, *La Mer*. Paris. 1937, p. 218; C. JOHN Colomes, *Le droit international de la mer*, traducción francesa del inglés. Paris, 1952, p. 56, N° 79,

Nacional, cualquiera que sea la profundidad en que se encuentre, reivindicando, por consiguiente, todas las riquezas naturales que existen sobre dicho zócalo, en él y bajo el, conocidas o por descubrirse;

"2° El Gobierno de Chile confirma y proclama la soberanía nacional sobre los mares adyacentes a sus costas cualquiera que sea .su profundidad en toda la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales de cualquiera naturaleza que sobre dichos mares, en ellos y bajo ellos ye encuentren, sometiendo a la vigilancia del Gobierno especialmente las faenas de pesca y caza marítimas, con el objeto de impedir que las riquezas de este orden sean explotadas en perjuicio de los habitantes de Chile y mermadas o destruidas en detrimento del país y del Continente americano;

"3° La demarcación de las zonas de protección de caza y pesca marítimas en los mares continentales e insulares que quedan bajo el control del Gobierno de Chile será hecha, en virtud de esta declaración de soberanía, cada ve/ que el Gobierno lo crea conveniente, sea ratificando, ampliando o de cualquiera manera modificando dichas demarcaciones, conforme a los intereses de Chile que sean advertidos en el futuro, declarándose desde luego dicha protección y control sobre todo el mar comprendido dentro del perímetro formado por la costa con una paralela matemática proyectad.) En el mar a 200 millas marinas, distante de las costas continentales chilenas. Esta demarcación se medirá respecto de las islas chilenas, señalándose una zona de mar contigua a las costas de las mismas, proyectadas paralelamente a estas 200 millas marinas por todo su contorno;

"4° La presente declaración de soberanía no desconoce legítimos derechos similares de otros Estados sobre la base de reciprocidad ni afecta a los derechos de libre navegación sobre la alta mar".

Las costas chilenas, por ser abruptas, casi no tienen plataforma submarina o ésta es insignificante; de ahí que se haya buscado la fórmula sucedánea de las 200 millas marinas, que permite proteger las riquezas del mar adyacente a nuestras costas.

La mención expresa de que se respeta la libre navegación sobre la alta mar la hacen todos los países. Han creído necesario formularla porque la mayor parte de la plataforma queda precisamente bajo las aguas de la alta mar.

Nuestro país, como los demás que han reivindicado sus respectivos zócalos, o plataformas, ha ampliado la extensión de las aguas que, para ciertos fines, coloca bajo su soberanía.

Observemos, por fin, que Chile, Ecuador y Perú firmaron una convención llamada "Declaración tripartita de 1952", para extender hasta las referidas 200 millas sus derechos, con el fin de impedir que barcos extranjeros pescaran y cazaran en el mar que enfrenta su litoral, hasta esa distancia.¹²²

Bibliografía especial

1) APARRAGA, "Los derechos sobre la plataforma submarina" en Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, 1949, vol. U, N° 1, pp. 47 a 99.

¹²² Véanse las Declaraciones y Convenios ratificados y ordenados cumplir por decreto N° 432, de 24 de septiembre de 1954, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 22 de noviembre de 1954; hay rectificación publicada en ese Diario de 5 de abril de 1955.

- 2) NICOLAS MATEESCO, *Vers un nouveau Droit International de la Mer*, París, 1950 (pp, 91 a 141),
- 3) GIDEL, *Le plateau continental*, 1952 (22 páginas),
- 4) MOUTON, *The continental shelf*, 1952 (366 págs.).
- 5) H. F. HOLLAND, "El régimen jurídico de la plataforma continental", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Montevideo, Uruguay), año III, abril-septiembre, 1952, N° 2 y 3, páginas 469 504.
- 6) TERESA H. I. FLOURET (autora argentina), *La doctrina de la plataforma submarina*, Madrid, 1952.
- 7) PAÚL GLIGGT-NHEIM, *Traite de Droit International*, tomo I, Genève, 1953, pp. 390-391, nota 3.

1153. MAR PATRIMONIAL O ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA

Llamase mar patrimonial o zona económica exclusiva, aquella parte del mar adyacente donde el Estado riberano o costero goza del derecho de conservar y explotar las riquezas del mar, de su suelo y subsuelo.

De acuerdo con nuestro Código Civil, "el mar adyacente que se extiende hasta las doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, y más allá de este último, se denomina zona económica exclusiva. En ella el Estado ejerce derechos de soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas suprayacentes al lecho, del lecho y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualesquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de esa zona. El Estado ejerce derechos de soberanía exclusivos sobre la plataforma continental para los fines de exploración, conservación y explotación de recursos naturales. Además, al Estado le corresponde toda otra jurisdicción y derechos previstos en el Derecho Internacional respecto de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental". (Art. 596, texto fijado por el art. 1º, N° 2, de la ley N° 18.565, de 23 de octubre de 1986).

1154. PLAYA DEL MAR

Se entiende por tal la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas (artículo 594).

Este sentido legal no corresponde al vulgar; en este último son playas de arenas que están cerca del mar.¹²³ Nótese que según la definición del Código no se entiende por playa del mar la extensión que alcanzan las olas en las bravesas extraordinarias de éste, sino aquella extensión que las olas bañan y desocupan alternativamente, o sea, con regularidad y repetición sucesiva, hasta donde llegan en las más altas mareas.¹²⁴

¹²³ C. de Santiago, 6 de noviembre de 1882, G. de los T, año 1882, N° 2,906, p. 1.618 (considerando di,- 1ª instancia, p. 1622).

¹²⁴ C. de Santiago, fecha no expresada, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 18, sección primera, p. 267 (cons. 24, 1ª instancia, p. 277),

El suelo que abarcan las playas y el mar territorial es un bien nacional de uso público (artículo 589, inciso 2º)."

Línea de la playa. Se tiene por tal aquella que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 594 del Código Civil, señala el deslinde superior de la playa según hasta donde llegan las olas en las más altas mareas y, por lo tanto, sobrepasa tierra adentro a la línea de la pleamar máxima o línea de las más altas mareas. Para la determinación de la línea de la playa, la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, si lo estima necesario, podrá solicitar un informe técnico al Instituto Hidrográfico de la Armada (Reglamento sobre Concesiones Marítimas, publicado en el "Diario Oficial" de 26 de noviembre de 1985, artículo 1º, N° 26).

Acceso a la playa y los puertos. Las naves nacionales o extranjeras no pueden tocar ni acercarse a ningún paraje de la playa, excepto a los puertos que para este objeto haya designado la ley; a menos que un peligro inminente de naufragio, o de apresamiento, u otra necesidad semejante las fuerce a ello; y los capitanes o patrones de las naves que de otro modo lo hagan quedan sujetos a las penas que las leyes y ordenanzas respectivas les impongan. Los naufragos tienen libre acceso a la playa y deben ser socorridos por las autoridades locales (Código Civil, artículo 604).

El libre acceso de los naufragos a la playa ha hecho sonreír; tal vez habría bastado decir que ellos deben ser socorridos por las autoridades locales-

El objeto del artículo 604 es evidente: permitir la fiscalización de las personas y cosas que se introduzcan al país; consideran fines de inmigración, sanitarios y aduaneros,

Uso de la playa y las tierras contiguas por los pescadores. Los pescadores pueden hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando a tierra sus barcas y utensilios y el producto de la pesca, secando sus redes, etc.; guardándose empero de hacer uso alguno de los edificios o construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, o de embarazarse el uso legítimo de los demás pescadores (Código Civil, artículo 612). De estos mismos derechos gozan los operarios ocupados en la caza marítima (ley 4.601, artículo 8º),

De acuerdo con una disposición sobre industria pesquera, los pescadores tienen derecho a ocupar en las faenas de la pesca, las riberas de la mar, hasta la distancia de ocho metros, contados de la línea de la más alta marea, y la de los ríos y lagos, que sean de uso público, hasta cinco metros. En estos casos rigen las disposiciones de los artículos 612, 613 y 614 del Código Civil (decreto con fuerza de ley N° 34, de 12 de marzo de 1931, artículo 7º).

1155. FISCALIZACIÓN, CONTROL, SUPERVIGILANCIA Y CONCESIÓN DE LAS PLAYAS, TERRENOS COLINDANTES, ROCAS, ETC.

Al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, corresponde el control, fiscalización y supervigilancia de toda la costa y mar territorial de la República

¹²⁵ C, Suprema, 28 de noviembre 1921, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 21, lección primera, p. 276 (cons. 3º, p. 279), C. de Concepción, fecha no expresada, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 25. Sección primera, p. 317.

y de los ríos y lagos que son navegables por buques de más de cien toneladas. Y es facultad privativa de ese Ministerio, Subsecretaría de Marina, conceder el uso particular en cualquier forma, de las playas y terrenos de playas fiscales dentro de una franja de ochenta metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral; como asimismo la concesión de rocas, fondos de mar, porciones de agua dentro y fuera de las bahías: y, también, las concesiones en ríos o lagos que sean navegables por buques de más de cien toneladas, o en los que no siéndolo, siempre que se trate de bienes fiscales, en la extensión en que estén afectados por las marcas, de las playas de unos y otros y de los terrenos fiscales riberaños hasta una distancia de 80 metros, medidos desde donde comienza la ribera (decreto con fuerza de ley N° 340, de 1960, publicado en el "Diario Oficial" de 6 de abril de ese año; Establece normas sobre Concesiones Marítimas, artículos 1° y 2°). No se confunda este decreto con fuerza de ley con su reglamento.¹²⁶

1156. LÍMITES DEL USO QUE LOS PESCADORES PUEDEN HACER DE LOS TERRENOS DE PLAYA Y DE LOS CONTIGUOS

Los pescadores -según se dijo antes- pueden hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando a tierra sus barcas y utensilios y el producto de la pesca, secando sus redes, etc. Empero, deben guardarse de hacer uso alguno de los edificios o construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, o de embarazar el uso legítimo de los demás pescadores (C. Civil, Art., 612).

Los pescadores pueden también, para los menesteres indicados anteriormente (en el artículo 612), hacer uso de las tierras contiguas hasta la distancia de R m de la playa; pero no deben tocar los edificios o construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravesar las cercas, ni introducirse en las arboledas, plantíos o siembras (Código Civil, artículo 613). En relación con esta disposición téngase presente lo dispuesto por el artículo 8° de la ley 4.601 y el 7° del decreto con fuerza de ley N° 34, ambos reproducidos más arriba.

Un informe del Consejo de Defensa Fiscal declara que el uso que los pescadores pueden hacer de los terrenos de playa o de los contiguos a que se refiere el artículo 613 del Código Civil, es, naturalmente, un uso momentáneo y restringido a los menesteres de la pesca; en ningún caso los autoriza para construir habitaciones definitivas ni les da derecho sobre el suelo¹²⁷

Finalmente, los dueños de las tierras contiguas a la playa no pueden poner cercas, ni hacer edificios, construcciones o cultivos dentro de los dichos ochos metros, sino dejando de trecho en trecho suficientes y cómodos espacios para los menesteres de la pesca. En caso contrario los pescadores están facultados

¹²⁶ El Reglamento de Concesiones Marítimas vigentes es el decreto N° 660, de 1998, del Ministerio de Defensa Nacional. Subsecretaría de Marina, publicado en el Diario Oficial de 28 de noviembre de 1998,

¹²⁷ Informe de 22 de marzo de 1944, publicado en la Memoria del Consejo de Defensa Fiscal, correspondiente al año 1944, Santiago, 1945, p. 134.

Para ocurrir a las autoridades locales con el fin de que éstas pongan el conveniente remedio (artículo 614). En relación con esta disposición téngase presente el artículo 8º de la ley 4.601 y el 7º del decreto con fuerza de ley Nº 34, ambos reproducidos más arriba.

b) Dominio público terrestre

1157. CONCEPTO

El dominio público terrestre comprende todos los bienes nacionales de uso público que se encuentran en la superficie terrestre del Estado: calles, plazas, puentes, caminos públicos,

1158. PUENTES, CÁMINOS Y OTRAS CONSTRUCCIONES

De acuerdo con el Código Civil, los puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos. Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en su? tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño (artículo 592).

Los caminos son públicos o privados; y tienen este último carácter los que declara tales el artículo 592 del Código Civil, en otras palabras, son privados los caminos construidos a expensas de particulares y en tierras que les pertenecen; los demás son públicos, es decir, los que no reúnen copulativamente esas dos condiciones. Las normas legales administrativas precisan que "son caminos públicos las vías de comunicación terrestre destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público. Se consideran también caminos públicos, para los efectos de este decreto con fuerza de ley, las calles o avenidas que unen caminos públicos, declarados como tales por decreto supremo, y las vías señaladas como caminos públicos en los planos oficiales de los terrenos transferidos por el Estado a particulares, incluidos los concedidos a indígenas" (Texto único de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y de las normas sobre caminos públicos, fijado por decreto Nº 294 de ese Ministerio, de 1984, publicado en el Diario Oficial de 20 de mayo de ese año, artículo 25).

Este cuerpo normativo establece una presunción simplemente legal de ser público leído camino que este o hubiere estado en uso público; pero faculta al particular que se creyere con derechos para reclamar judicialmente su dominio (artículo 27). Nótese, como ha recalado la Corte Suprema, que no hay una presunción legal de ser público todo camino, sino sólo de aquellos que están o hayan estado en uso público.¹²⁸

Respecto de los caminos particulares, agrega el mismo tribunal, que no es imprescindible probar en cada caso que el camino fue construido a expensas

¹²⁸ Sentencia de 17 de septiembre de 1940, recaída en el juicio "Carrasco con Fisco", R. de D. y J., tomo 38, sección primera, p. 342, C. Suprema, sentencia de 19 de junio de 1950), R. de D. y J., tomo 47. sec. 1ª, p. 201 (considerando 4º, p. 264).

De particulares, pues la disposición legal se limita a establecer que los caminos construidos a expensas de particulares en tierras que les pertenecen no son bienes nacionales. Pero no dice que, para acreditar el carácter particular de un camino, necesariamente deba probarse el hecho de la construcción a expensas particulares en tierras que les pertenecen; pueden hacerse valer los demás hechos probatorios o títulos del derecho de dominio. Si la ley no se entendiera así, resultaría el absurdo de que los caminos particulares mientras más antiguos fueran, estarían mayormente expuestos a ser considerados bienes nacionales, porque el hecho de su construcción iría siendo más y más difícil de ser probado, a medida del transcurso de los años.

1159. CALLES Y PLAZAS

Según ha declarado acertadamente la jurisprudencia, las Municipalidades tienen deberes de policía, administración, conservación y ornamentación sobre calles, plazas, parques y jardines; pero no la posesión, como quiera que son del dominio de la nación toda y su uso pertenece a todos los habitantes del Estado,¹²⁹

Disposiciones reglamentarias. No pueden ocupar ningún espacio, por pequeño que sea, de la superficie de las calles, plazas, puentes, caminos y demás lugares de propiedad nacional, las columnas, pilastras, gradas, umbrales, y cualesquiera otras construcciones que sirvan para la comodidad u ornato de los edificios, o hagan parte de ellos (Código Civil, artículo 600, inciso 1º). Respecto de las obras que, sin ocupar la superficie, salen del plano vertical del lindero, el Código Civil tolera que en los edificios que se construyan a los costados de las calles o plazas puedan existir ventanas, balcones, miradores u otras obras que salgan hasta medio decímetro fuera del plano vertical del lindero hasta la altura de tres metros y, pasada esa altura, permite que salgan hasta tres decímetros (artículo 601). Debe advertirse que en esta materia ha de estarse a normas reglamentarias muy pormenorizadas que escapan al estudio del Derecho Civil. Se encuentran principalmente en la Ley General de Construcciones y Urbanización y en la Ordenanza General de Construcciones y Urbanismo. Ambos cuerpos legales sufren modificaciones más o menos frecuentes.

c) Dominio público fluvial y lacustre

1160. TODAS LAS AGUAS SON BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Reforma Agraria de 28 de Julio de 1907 y que lleva el N° 16.640, había ciertas aguas de dominio particular y pertenecían a los propietarios ribereños: las vertientes que nacen, corren y mueren

¹²⁹ C. Tacna, 8 julio 1908, R. de D. y J., tomo 8, sección segunda, p. 15, C. de Santiago, 22 de diciembre 1914- C. de los T., ario 1914, 2º semestre, N° 623, p. 1808'. C. Suprema, 17 noviembre de 1922, R. de D. y J., tomo 21, sección primera, p. 987; C. de Santiago, 7 de Enero 1933, R de D. y J., tomo 31, sección primera, p. 403 (consid, 3º, p. 406.), C. de Santiago, 29 de septiembre 1933, R. de D. y J., tomo 36, sección primera, p. 55.

Dentro de una misma heredad, entendiéndose que mueren dentro de una misma heredad las vertientes o comentes que permanentemente se extinguen dentro de aquélla sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar (antiguos textos de los artículos 595 del Código Civil y 10 del Código de Aguas). También la propiedad, uso y goce de los lagos que no pueden navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecían a los propietarios riberaños. (C, Civil, Art., 596;

C. De Aguas, art. 11, ambas disposiciones hoy suprimidas por la ley N° 16,640).

Una reforma (Introducida al número 10 del artículo 10 de la Constitución de 1925) autorizó para que, por ley, pudiera reservarse al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio de la República y expropiar, conforme a las normas que señalan, las que eran de propiedad particular e incorporarlas así al dominio público,

La citada ley N° 16.640, de Reforma Agraria, dio forma práctica a la norma constitucional vista. Modificó ciertos artículos pertinentes del Código Civil y una gran masa de los del Código de Aguas, Declaró que "todas las aguas son bienes nacionales de uso público" CC. Civil, Art., 595; C. de Aguas, Art., 5º, Inc. 1º), Y agregó que "para el solo efecto de incorporarlas al dominio público, declárense de utilidad pública y expropiense todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la ley 16.640, eran de dominio particular. Los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, de conformidad con las disposiciones de este Código- sin necesidad de obtener una merced" (C, de Aguas, antiguo artículo 10, incisos 1º y 2º).

En cuanto a las indemnizaciones, la regulaba el antiguo texto del artículo 32 del Código de Aguas, En general, la Constitución de 1925 reformada prescribía que los dueños de las aguas expropiadas y que continúan usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento sólo tienen derecho a indemnización cuando por la extinción total o parcial de ese derecho, son efectivamente: privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

1161. EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Los particulares pueden servirse de las aguas para el riego o las necesidades de sus industrias a través del derecho de aprovechamiento. Este es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas con los requisitos y .según las reglas que prescribe el Código de Aguas (C. de Aguas, art. 6º, inciso 1º),

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien puede usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley (C. de Aguas, art. 6º, inciso 2º),

1162. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO; CASOS EN QUE ÉSTE EXISTE POR EL SOLO MINISTERIO DE LA LEY

El derecho de aprovechamiento se constituye originalmente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente

Inscripción, Exceptúense los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como asimismo sobre las aguas de los lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en los cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia del Código de Aguas. La propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas. Se entiende que mueren dentro de la misma heredad las vertientes o corrientes que permanentemente se extinguen dentro de aquélla sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar (C. de Aguas, art. 20).

1162-a, REGLAS APLICABLES A LA TRANSFERENCIA, TRANSMISIÓN Y ADQUISICIÓN O PÉRDIDA POR PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

Esas reglas son las del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el Código de Aguas (C. de Aguas, art. 21).

Los pormenores de esta materia se estudian en el Derecho Agrario.

d) Dominio público aéreo

1103. GENERALIDADES

Los progresos científicos han transformado al espacio atmosférico en un medio y en una vía de comunicación óptimos, en dicho espacio se desarrollan los fenómenos de la electricidad, la telegrafía, la radiotelefonía, la televisión y la aeronavegación. Resulta evidente, entonces, el Interés que para el jurista ofrece el estudio de ese medio.

En general, llamase espacio una continua e ilimitada extensión, considerada como una entidad vacía, en la cual las cosas pueden existir y moverse. Aunque es útil en cuanto permite que las cosas se eleven o muevan a través de él, no es una cosa ni un bien. Representa el intervalo entre dos unidades materiales coexistentes y, al igual que el tiempo y el valor, es sólo un concepto de relación.

Es verdad que se habla de la propiedad del espacio que hay sobre un terreno o una casa; sin embargo, con ello sólo quiere significarse que el dueño del inmueble está facultado para hacer algo en ese espacio: elevar un edificio al construir en un sitio eriazo, o colocar una antena de televisión en el techo de la casa, etc. También se habla de que el espacio atmosférico está sujeto a la soberanía de determinado país. Con estas palabras se busca expresar que el Estado subyacente es, en principio, el único llamado a regular la utilización del espacio que hay sobre su territorio y el mar territorial.

No debe confundirse el espacio atmosférico con el aire. Este es un fluido transparente, inodoro e insípido, una sustancia gaseosa indispensable a la vida humana y constituye, sin duda alguna, una cosa corporal; pero que, considerada en su totalidad, es una cosa inapropiable y común a todos los hombres,

1164. CONDICIÓN JURÍDICA DEL ESPACIO; TEORÍAS

La cuestión fundamental que interesa al derecho respecto del espacio aéreo es su condición jurídica. Todos están de acuerdo en que el espacio atmosférico que queda sobre la alta mar o sobre las tierras no sometidas a naciones organizadas es totalmente libre. Pero la discusión nace cuando se trata del espacio aéreo que se encuentra sobre el territorio de un Estado y su mar territorial.

a) Una doctrina sostiene que todo ese espacio que circunda nuestro globo es enteramente libre y que todos pueden usar de él sin cortapisas.

b) Otra doctrina afirma que tal espacio está sometido a la soberanía de los diversos Estados subyacentes.

c) Por fin, una última opinión estima que deben en esta materia aplicarse principios análogos a los que determinan la situación jurídica del mar, respecto del cual, como sabemos, se distingue, esencialmente entre alta mar y mar territorial. En conformidad a este pensamiento, el espacio atmosférico debería dividirse en dos zonas horizontales; una, contigua al suelo, y cuya altura varía según los autores, y estaría sometida a la soberanía del Estado subyacente; la otra sería enteramente libre, si bien el Estado subyacente estaría facultado para ejercer los derechos necesarios a su conservación y defensa.

Hoy ha triunfado la tesis de que el Estado subyacente tiene plena y exclusiva soberanía sobre el espacio atmosférico existente sobre su territorio y sus aguas jurisdiccionales. Así lo reconocen nuestra Ley de Navegación Aérea (D.F.L. N° 221, de 15 de mayo de 1931, artículo 22); la Convención Internacional de París, suscrita el 13 de octubre de 1919 (artículo I") y la Convención de Aviación Civil Internacional, suscrita en Chicago el 7 de diciembre de 1944 (artículo 1°).

La mencionada Ley de Navegación Aérea fue derogada y reemplazada por el Código Aeronáutico (ley N° 18,916, de 11 de febrero de 1990), que, conformándose al Derecho Internacional, establece que "el Estado de Chile tiene la soberanía exclusiva sobre su territorio" (Art., 1°). Agrega que "las aeronaves, sean nacionales o extranjeras que se encuentren en el territorio o en el espacio aéreo chileno y las personas o cosas a bordo de ellas, están sometidas a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales y de las autoridades chilenas" (art. 2°, inciso 1°). Ninguna aeronave de Estado extranjera puede volar sobre el territorio nacional ni aterrizar en él, si no ha recibido para ello permiso especial de autoridad competente. Las aeronaves militares extranjeras autorizadas para volar en el espacio aéreo chileno gozan, mientras se encuentren en Chile, de los privilegios reconocidos por el derecho internacional (C. Aeronáutico, art. 4°). El espacio aéreo del Estado, al revés del mar territorial, no está gravado con un derecho de uso inocente en favor de otros listados y de sus súbditos; Sin el asentimiento del Estado territorial, no hay derecho de pasaje ni de aterrizaje.¹³⁰

En resumen, puede agregarse al dominio público del Estado, según la inteligencia que se dio, el espacio atmosférico que cubre su territorio y sus aguas territoriales.

¹³⁰ GUGGENHEIM, *Traite de Droit International Public*, tomo I, Genève, 1953, p. 426,

1164-a. ESPACIO ULTRATERRESTRE, SIDERAL O CÓSMICO

El asunto se ha complicado con el surgimiento, en las últimas décadas, del llamado Derecho del Espacio Cósmico o Derecho interplanetario. Tratase de un Derecho Supranacional que regula la intercomunicación y, en general, las actividades humanas en los espacios siderales y en los asiros. Se comprende que la reglamentación internacional que sólo tuvo en mira la aeronavegación terrena, muy nacionalista, es demasiado estrecha y estorba la amplitud de las intercomunicaciones que van más allá del espacio terrenal. Los viajes a la Luna y otros planetas, la colocación en órbita de satélites artificiales requiere capas espaciales más libres, como las de la alta mar. Se propugna dividir el espacio exterior en dos zonas: una baja, donde se aplicaría la soberanía vertical, la del Estado subyacente, y otra zona superior de uso y exploración libre por todos los Estados, sin que ninguno de ellos pueda apropiarse de espacios siderales ni de astros. Así lo expresa una Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de enero de 1962 y el "Tratado (de 19<>7) sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes". Sin embargo, no hay todavía ningún acuerdo internacionalmente obligatorio que delimite el espacio aéreo del espacio ultraterrestre. En la doctrina, muchos especialistas señalan el límite de 300 millas para la llamada soberanía vertical, la del Estado subyacente. Esta altura sería, pues, el límite entre la Aeronáutica, o sea, la navegación por el aire, y la Astronáutica, esto es, la navegación y exploración de los espacios interplanetarios e interestelares.

1165. DOMINIO PÚBLICO CULTURAL

En general se entiende por bienes culturales las cosas de interés histórico, arqueológico, paleológico, paleontológico o artístico. Estos bienes pueden pertenecer a los particulares o a la nación toda, al Estado, y en este último caso por su interés general deben considerarse bienes nacionales de uso público; constituyen el dominio público cultural. Al disfrute intelectual de los bienes públicos culturales tienen acceso todos los habitantes de la nación, pues, los de carácter mueble se exhiben en los museos, o sea, lugares en que se guardan colecciones de objetos artísticos, científicos o de otro tipo, y en general de valor cultural, convenientemente colocados para que sean examinados. Son asimismo bienes de dominio público cultural los libros de propiedad del Estado o de las municipalidades atesorados en las bibliotecas abiertas a todas las personas. Por último, hay cosas inmuebles de valor cultural que pertenecen al dominio público, como edificios históricos de propiedad de la nación toda,

Los bienes culturales pertenecientes a los particulares pueden ser declarados monumentos nacionales y entonces quedan, como todos los de su clase, bajo la tuición y protección del Estado,

La Ley sobre Monumentos Nacionales dice: "Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antropoarqueológicos, paleontológicos

O de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley" (Ley N° 17,288, de 4 de febrero de 1970, Art., 1°).

1165-a, LAS OBRAS DE ARTE DE LA NACIÓN TODA ¿SON BIENES FISCALES O NACIONALES DE USO PÚBLICO?

Hace pocos años cierta organización internacional (UNCTAD) donó obras de arte "al pueblo de Chile". Un informe del Consejo de Defensa del Estado sostuvo que en razón de que el uso de las obras de arte no está entregado a todos los habitantes por la naturaleza de las mismas, ellas deben considerarse bienes del Estado, fiscales.¹³¹

No estamos de acuerdo con esta doctrina. Si se dona una escultura o una pintura famosa "al pueblo de Chile" es para que puedan disfrutarlas todos los que forman parte de ese pueblo; si se les da carácter fiscal a las obras de arte donadas a la nación toda se priva a la generalidad de sus habitantes de la posibilidad de disfrutar de esas cosas. Con este criterio puede llegarse al extremo de destinar una obra de arte al adorno de la oficina de un funcionario público para su goce egoísta y el de sus eventuales visitantes. En algunas ocasiones posteriores en que se confiscaron a particulares obras de arte, éstas se distribuyeron en salas o despachos burocráticos.

Parece que los autores del informe señalado creen que el uso sólo puede ser uno que suponga contacto corporal, como el que se tiene de las calles o plazas al transitar por ellas, no concibiendo el disfrute intelectual directo, como el de admirar obras de arte o consultar libros en las bibliotecas del Estado abiertas al público.

En favor de nuestro punto de vista de que las obras de arte pertenecientes a la nación toda deben calificarse de bienes nacionales de uso público cabe invocar legislaciones que así lo establecen formalmente. Por ejemplo, el Código Civil italiano menciona entre los que llama bienes domaniales (bienes del Estado o de otro ente público destinados al uso de todos los habitantes de la nación;¹³² "los inmuebles de interés histórico, arqueológico y artístico conforme

¹³¹ Informe N° 295, 18 de agosto de 1977, Memoria del consejo de defensa del Estado, 1971-1990, Santiago, 1995, doctrina N° 56, p. 248.

¹³² El autor italiano Mario Rotondi explica que "dentro del ámbito de las cosas públicas se distinguen los bienes que son propiedad del ente público, pero destinados a un uso público. (Otros bienes sobre los cuales se ejecuta el derecho del Estado con todas las características de la propiedad privada; los primeros se llaman bienes de uso público o bienes domaniales, y los segundos, bienes patrimoniales" /Institución es de Derecho Privado, traducción del italiano, Madrid, 1953, p. 228).

A las leyes de la materia; las colecciones de los museos, de las pinacotecas, de los archivos o bibliotecas" (Art., 822 inciso 2º).

En consecuencia, ha de concluirse que las obras de arte donadas "al pueblo de Chile" y cualesquiera que pertenezcan a la nación toda deben calificarse como bienes nacionales de uso público. Por tanto, corresponde destinarlas a un recinto que, como el Palacio de Bellas Artes, esté abierto al público en general para que todos tengan la posibilidad de disfrutarlas o, lo que es lo mismo, según el Diccionario, usarlas.

Utilización del dominio público por los particulares

1166. USO COMÚN Y USO PRIVATIVO

Los bienes públicos pueden usarse en forma común y en forma privativa.

El uso común es el que existe para todos los habitantes en igualdad de condiciones; se ejerce colectiva y anónimamente. Ejemplo típico; la circulación por las vías públicas,

El régimen del uso común está dominado por el principio de que es un uso normal, conforme con el destino de la cosa. El derecho de uso ordinario y común de los bienes públicos por los particulares es una manifestación de la libertad del individuo, y por eso lo poseen no sólo los nacionales, sino también los extranjeros.

Las autoridades no pueden prohibir este uso, sino reglamentarlo, y los particulares, esto es, los usuarios, deben sujetarse a las reglamentaciones pertinentes. Dice nuestro Código Civil: "El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación, y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen" Can. 598). Las leyes complementarias de esta disposición son del resorte del Derecho Administrativo.

El uso privativo u ocupación implica la reserva exclusiva de una porción del dominio público a un usuario individualmente determinado, no pudiendo la finalidad perseguida por éste encontrarse jamás en oposición con el destino de la cosa, o sea. La ocupación privativa siempre supone compatibilidad con el uso general del público, no lo estorba o entraba, al menos en forma apreciable. Ejemplos: quioscos para venta de diarios, distribuidores de bencina, instalación de mesas en las veredas, canalizaciones, instalaciones eléctricas, etc. El uso privativo se otorga por permiso o concesión.

1107, PERMISOS Y CONCESIONES

El permiso es un acto unilateral de la administración, mediante el cual se autoriza a un particular determinado para ocupar temporalmente un bien público en beneficio exclusivo suyo, sin crearle derecho alguno.

Como es un simple acto de tolerancia del Estado, la ocupación es precaria y, por tanto, puede ser revocada la automación discrecionalmente y sin responsabilidad para la administración concedente,

La concesión también es una autorización que la administración otorga a un particular para ocupar, en forma privativa y temporal, un bien de dominio público, pero confiriéndole ciertos derechos sobre el bien concedido, de carácter contractual, tanto en beneficio del público como del concesionario. En estos casos la autorización se da generalmente a los concesionarios de un servicio público para que ocupen los bienes nacionales en la medida necesaria al funcionamiento del respectivo servicio; canalizaciones de agua, gas, electricidad, establecidas bajo las vías públicas, etc.

El otorgamiento de la concesión es un acto unilateral de la administración; sólo la voluntad de esta crea la relación que surge de la concesión. La voluntad del concesionario se limita a aceptar dicha relación; no concurre, pues, a tomarla jurídicamente. Pero junto al acto unilateral, hay una situación contractual, la de las prestaciones recíprocas, especialmente económicas, entre concedente y concesionario. De ahí que aun cuando la concesión es también, como el permiso, de naturaleza precaria, revocable por la sola voluntad de la administración, da lugar a indemnización cuando los derechos subjetivos del concesionario son desconocidos o violados.

Es de notar que la revocación es un acto discrecional del poder público, y no arbitrario; debe fundarse en motivos justos, como el interés social, las consideraciones de policía o el incumplimiento del concesionario en cuanto a las condiciones de la concesión,

Entre ésta y el permiso se señalan ciertas diferencias más o menos sensibles. El fin del permiso mira más al interés particular del permisionario que al general del público. Y así, por ejemplo, es verdad que para los transeúntes resulta cómodo encontrar en la calle un quiosco dedicado a la venta de periódicos; pero el interés del dueño del puesto es más intenso para éste que la comodidad para el público, como quiera que los diarios también pueden adquirirse a vendedores ambulantes, la concesión, por el contrario, mira más ponderadamente tanto a la satisfacción del servicio público como al beneficio del concesionario que lo presta.

El permiso es un acto simple, puramente administrativo y no da ningún derecho al permisionario. La concesión, en cambio, es un acto complejo; contiene dos situaciones: una unilateral de la autoridad para fijar las condiciones de su otorgamiento, y otra contractual que reconoce derechos especiales en beneficio del público y del concesionario,

1168. NATURALEZA DEL ACTO DE CONCESION

Se trata de saber si la concesión es un contrato. La doctrina y la jurisprudencia modernas rechazan tal idea.

El otorgamiento de la concesión de un bien nacional de uso público y su régimen legal o reglamentario es un acto unilateral y soberano de poder del Estado; la relación jurídica que surge es creada exclusivamente por éste: el concesionario no contribuye a formarla, y su aceptación es un simple supuesto de

hecho para el acto que dicta el Estado, Pero junio a esta situación puede haber otra distinta, que se traduce en un contrato administrativo, en virtud del cual concédeme y concesionario entran en relaciones de carácter obligatorio, convienen prestaciones recíprocas, especialmente de orden económico, y se someten en esta materia a la ley del contrato, que es de carácter administrativo, regido por las leyes y reglamentos del ramo y, solo en forma supletoria, por el Derecho Civil, El caso aludido ocurre, por ejemplo cuando la concesión de un bien público forma parte de un contrato administrativo, como el de la concesión de un servicio público o de una obra pública,

En resumen, el acto originario de la concesión es un acto administrativo unilateral, que deriva sólo de la autoridad; el aspecto contractual de la concesión se refiere únicamente a su parte financiera y a las prestaciones recíprocas convenidas.

Si los derechos subjetivos del concesionario creados por el acto unilateral de la Administración, dictado en ejercicio de su función pública, son desconocidos o violados, procede la correspondiente indemnización de perjuicios; pero éstos no pueden reclamarse mediante las acciones que derivan de un contrato civil, inconciliables con la naturaleza jurídica de la concesión.¹³³

1169. NATURALEZA DEL DERECHO CONCESIONARIO

¿Tiene el concesionario un derecho real sobre los bienes nacionales de uso público que ocupa privativamente? La respuesta está íntimamente ligada a la concepción que se tenga sobre el derecho del Estado sobre esos bienes. Los que dicen que no tiene un verdadero derecho de propiedad, sino solamente una especie de superintendencia que se resume en una función de guarda y vigilancia, responden negativamente. Si el dominio público no es para la administración un objeto de propiedad y constituye una cosa fuera del comercio, hay que concluir que no puede prestarse a desmembraciones o derechos reales ajenos.

Los que aceptan la teoría de que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre los bienes nacionales de uso público, llegan, por consecuencia lógica, a la existencia de derechos reales sobre ellos. Tales derechos serían derechos reales administrativos, al igual que la propiedad de los bienes públicos es una propiedad administrativa, A diferencia de los civiles, los derechos reales administrativos se caracterizan por su precariedad, o sea, por su temporalidad y poca estabilidad; su dueño, la administración, siempre los puede revocar en determinadas condiciones, declarar su caducidad por exigirlo el interés público. La precariedad se explica por el carácter inalienable del dominio público, cuyo fin principal es proteger y garantizar la afectación de aquél a la utilidad pública

¹³³ Corte Suprema, sentencia de 29 de abril de 1947, R. de D. y J., tomo 44, sección primera, p. 513. Véanse: JORGE REYES RIVEROS, *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público*, Santiago, 1960 (364 páginas); ARIEL GONZÁLEZ VERGARA, *La concesión, acto administrativo creador de derechos*, Santiago, 1965.

Pero en todo lo demás estos derechos reunirían los caracteres de los reales, pues confieren un poder sobre la cosa y pueden hacerse valer contra todo el mundo, salvo contra la administración en la medida en que lo exija la precariedad¹³⁴

Derecho Chileno. En el Código Civil encontramos dos disposiciones fundamentales sobre la materia que analizamos. Una de ellas dice que "nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional" (artículo 599). La otra expresa que "sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo. Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo por el ministerio de la ley al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado" (artículo 602). Puede observarse que estas normas se refieren promiscuamente a los bienes públicos y a los bienes fiscales; habría sido preferible tratar de unos y otros separadamente.

Ahora bien, ¿qué clase de derecho tiene sobre el bien nacional de uso público el concesionario que ha construido alguna obra sobre él? La mayor parte de las sentencias de nuestros tribunales, siguiendo más o menos las ideas de don Leopoldo Urrutia¹³⁵ manifiesta que es un derecho real. En efecto, dicen que el derecho concedido por la autoridad a un particular sobre un bien público (aunque se califique de uso especial y no se estime que sea igual al derecho de uso definido por el artículo 811) participa de los caracteres esenciales del derecho real, porque recae sobre una cosa y se ejerce sin respecto a determinada persona. Nada significa -agregan— que este derecho no figure en la enumeración que de los derechos reales

hace el artículo 377 del Código Civil, pues esta disposición sólo cita algunos,¹³⁶ Una consecuencia práctica de esta

¹³⁴ Véase la síntesis del profesor español Jesús GONZÁLEZ PÉREZ sobre "Los derechos reales administrativos", en Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo VII, enero-junio, 1957, números 25-26, pp., 79 a 114.

¹³⁵ Véase su estudio "Carácter y extensión del derecho de uso que se tiene en bienes nacionales de uso público", publicado en la R. de J- tomo 12, sección Derecho, pp. 145 a 154.

¹³⁶ Sentencias de la C. Suprema de 28 de mayo de 1904 (R. de J., tomo 1, segunda parte, p. 421); de 21 de octubre de 1925 (R. de D y J, tomo 23, sección primera, p. 563); de 10 de julio 1928 (R. de J. Tomo 26, sección primera, p. 313); de 1° de abril 1931 (R. de D. y J. tomo 28, .sección primera, p. 506); de 28 abril 1931 (R. de D. y J.. Tomo 28. Sección primera, p, 556) y de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 de abril 1935 (R. de D. y J, tomo 35, sección segunda, p. 51).

Entre las sentencias que implícitamente niegan que sea real el derecho del concesionario de un bien nacional de uso público, puede citarse una de la Corte Suprema de 21 de noviembre de 1905 (R- de D. y J, tomo 3, sección primera, p 96), y otra de la desaparecida Corte de Tacna, de 8 de julio de 908 (.D .y J., tomo 8, sección segunda, p. 15).

Hay numerosos informes del Consejo de Defensa Fiscal que acentúan el carácter precario de la concesión de un bien nacional de uso público. Véanse, entre otros, los de 1º de

Concepción es la procedencia de las acciones posesorias, que permiten conservar o recuperar la posesión de derechos reales constituidos en bienes raíces (artículo 916).

Los que niegan el carácter de derecho real que tiene el concesionario sobre los bienes nacionales de uso público que privativamente ocupa, invocan el artículo 602 del C. Civil, a virtud del cual el concesionario no tiene sino el uso y goce de las obras construidas en sitios de propiedad nacional y no la propiedad del suelo. Al decir la propiedad del suelo, el legislador habría tomado la palabra propiedad en un sentido amplio, como expresiva del dominio y de los demás derechos reales,¹³⁷ Por tanto, los mismos términos de la ley excluirían la constitución de cualquiera de estos derechos sobre el suelo que es bien nacional de uso público.

A nuestro juicio, los bienes públicos, en razón de su afectación a este uso, son inalienables, y la inalienabilidad rechaza la constitución de cualquier derecho real de tipo civil. El concesionario no tiene ninguno de éstos sobre el suelo público que ocupa con sus obras; posee un uso que emana de una simple tolerancia del Estado. Y este uso es precario: la administración, por motivos de interés colectivo, puede ponerle término en cualquier momento; y la indemnización que pueda corresponder pagar al concesionario, no será por la privación del uso del bien público (porque no hay ningún derecho que respetar en este punto) sino por los daños que se produzcan con el abandono o destrucción extemporáneos de las obras construidas y la cesación del beneficio legítimamente adquirido, salvo, naturalmente, que el acto de la concesión establezca otra cosa. En resumen, el concesionario sólo tiene derechos sobre las obras por él construidas y sobre el especial aprovechamiento de la cosa pública; pero sobre ésta no tiene ningún derecho real, sino una simple tenencia.

En cuanto a los bienes privados del Estado, es decir, los bienes fiscales, pueden ser objeto de destinaciones, concesiones de uso, afectaciones y arrendamientos. Respecto de los bienes raíces del Estado se dispone expresamente que no pueden ser ocupados sino mediante una autorización, concesión o contrato originado en conformidad a la ley sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado o de otras disposiciones legales especiales (decreto ley 1,939. de 1977, que establece normas sobre la adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado, publicado en el Diario Oficial de 10 de noviembre de 1977, artículos 19 inciso 2º y 55). El estudio de esta materia pertenece al Derecho Administrativo.

Septiembre de 1936 (publicado en la R. de D. y J., tomo 3ª, sección Derecho, pp, 127 y siguientes, y en la Memoria de Consejo de U. Fiscal, correspondiente al año 1936, Santiago, 1937, pp. 93 a 100), y de Q de mayo de 1946 (Mem. del C, de D, Fiscal correspondiente a ese año, Santiago, 1948, p. 64).

¹³⁷ Según el Diccionario de Derecho Privado dirigido por Ignacio de Casso y Francisco Cervera, (tomo II, Madrid, 1950. p. 3148) uno de los sentidos que tiene la palabra propiedad en su aspecto jurídico "es el de un derecho absoluto sobre cosas corporales, en el que se comprenden, no todas las relaciones y la persona con las cosas materiales sino sólo las que dan lugar al derecho pleno o dominio y a los demás derechos reales".

Según la Constitución, corresponde a la ley fijar las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las Municipalidades, y sobre su arrendamiento o concesión (artículo 60, N° 10).

1169-a. AUTORIDAD COMPETENTE PARA OTORGAR LOS PERMISOS Y CONCESIONES RESPECTO DE LOS BIENES NACIONALES

El Código Civil dice que nadie podrá construir, sino por permiso especial de la autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional (artículo 599).

La autoridad competente varía, según los casos. Así, puede ser el Presidente de la República, la municipalidad o una determinada autoridad pública que señale la ley correspondiente. Todo esto es materia de Derecho Administrativo.

Concesiones marítimas. En cuanto a las concesiones marítimas, rige un cuerpo legal especial. Véase lo dicho en el número 1155 de este volumen. Por lo demás, las concesiones marítimas se estudian en Derecho Administrativo.

Bibliografía especial

LEONARDO BARRERA S., CONCESIONES MARÍTIMAS, Memoria de Prueba, Valparaíso, 1947 (1 volumen de 243 páginas.).

1170. EXTINCIÓN Y CADUCIDAD DE LOS PERMISOS Y CONCESIONES

Los permisos y concesiones se extinguen por la llegada del término por el cual se otorgaron, por el cumplimiento del objeto en vista del cual se solicitaron, por el retiro discrecional del permiso, por el abandono de las obras construidas sobre los bienes nacionales y, además, por la caducidad de la concesión, que es el término de ésta por incumplimiento de las obligaciones del concesionario o por las necesidades superiores del interés colectivo: la precariedad de la concesión es inherente a su naturaleza,

Todo lo anterior es aplicable a los bienes públicos. En cuanto a los bienes fiscales, debe tenerse presente que, en principio, están sometidos al régimen de derecho común, porque a su respecto el Estado tiene derechos de naturaleza privada. Pero esta afirmación general es sin perjuicio de las disposiciones especiales que existan o pueden establecerse relativamente a los bienes fiscales, que muchas veces consideran en forma relevante el carácter nacional que tienen dichos bienes.

Por último, conviene recalcar que los artículos 599 y 602, que se refieren al permiso para construir sobre bienes nacionales y a la restitución de las obras construidas y del suelo, consideran tanto los bienes públicos como los fiscales.

1171. PROPIEDAD DEL SUELO NACIONAL CONCEDIDA EXPRESAMENTE POR EL ESTADO

Según el Código Civil, abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo por el ministerio de

La ley al uso y goce privativo del listado, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado (artículo 602, incisos 2º y 3º). Este último caso importa una enajenación del bien nacional, la que debe realizarse conforme a las normas establecidas por las leyes. La Constitución Política dice que es materia de ley fijar las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión (Art., 60, número 10).

La salvedad que establece el Código, en cuanto a que las restituciones de que habla no operan cuando se concede por el Estado expresamente la propiedad del suelo, es una aclaración redundante, porque el suelo se incorpora definitiva y perpetuamente al patrimonio del particular, y con mayor razón las obras que el mismo construye.

Bibliografía especial

- 1) CLARO VELASCO, Naturaleza jurídica de las concesiones, Memoria de Prueba, Santiago, 1928,
- 2) GONZÁLEZ VERGARA, ARIEL, La concesión, acto administrativo creador de derechos, Santiago, 1965.
- 3) MANTEROLA, Régimen legal de los bienes nacionales, Memoria de Prueba, Santiago, 1945.
- 4) MONTT, Bienes del Estado, Memoria de Prueba, Santiago, 1946.
- 5) REYES RIVEROS, JORGE, Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público. Santiago, 1960 (364 páginas).
- 6) Urrutia, LEOPOLDO. Carácter y extensión del derecho de uso que se tiene en bienes nacionales de uso público (R. D. y J. tomo 12, pp. 145 a 154).

SECCIÓN QUINTA
HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS
CAPITULO XXXVI
DE LOS HECHOS JURÍDICOS EN GENERAL

1172. HECHOS MATERIALES Y HECHOS JURÍDICOS

El ordenamiento jurídico o derecho objetivo no sólo se ocupa de los sujetos y objetos de la relación jurídica, elementos ya analizados, sino también de los acontecimientos o hechos de la naturaleza o de la acción humana consciente y voluntaria que, respecto a esos sujetos y objetos, se producen. Evidentemente, no todos los hechos del mundo natural o de la realidad social interesan al derecho objetivo; éste sólo valora a aquellos que, para él y a su propio juicio, tienen trascendencia y en vista de lo cual les atribuye o reconoce la virtud de producir consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, efectos de derecho.

Los hechos naturales o humanos que carecen de dicha virtud suelen llamarse materiales o irrelevantes, y los que la tienen, jurídicos. Son de la primera especie, por ejemplo, la generación de las plantas o el paseo de las gentes, y son ejemplos de la segunda especie el nacimiento de una persona, la celebración de un contrato de compraventa o de cualquiera otro entre dos sujetos, el choque de dos automóviles, el secuestro o asesinato de una persona.

De todo lo anterior fluye que ningún hecho, sea de la naturaleza o del hombre, es jurídico por sí mismo. Tal carácter sólo se lo otorga el derecho objetivo al atribuirle o reconocerle consecuencias en el orden jurídico.

¿En qué consisten los efectos de derecho o consecuencias jurídicas? Tradicionalmente se responde que en la adquisición, extinción o modificación de un derecho subjetivo. Otros prefieren decir -esforzándose por ser más completos que las consecuencias jurídicas o efectos de derecho se traducen en la constitución, extinción o modificación de una relación, situación o estado jurídicos, y también en la fijación de certeza de preexistentes relaciones, situaciones o estados jurídicos que carecían de certidumbre, agregando, todavía, la prueba de la existencia de una persona o un hecho.

Advirtamos que algunas de las consecuencias señaladas no son propias de todos los hechos jurídicos sino sólo de una especie de ellos, como la fijación de certeza de una relación incierta anterior, que sólo puede derivar de un acto jurídico.

Es jurídico todo hecho que suscita la aplicación de una norma de derecho, y puesto que la aplicación de una norma de derecho significa producir consecuencias jurídicas, bien puede decirse que es hecho jurídico todo hecho que produce consecuencias jurídicas, y las genera no por sí mismo sino porque se las atribuye o reconoce el derecho objetivo, el ordenamiento jurídico.

1173. LOS SUPUESTOS DE HECHO

En el tomo primero de esta obra hemos dicho en más de una ocasión que las normas jurídicas prevén hipótesis abstractas, hechos o situaciones tipo y, poniéndose en el caso de que ocurran, les atribuyen un efecto jurídico. Tales hechos o situaciones tipo previstos por la norma jurídica reciben el nombre de supuestos de hecho. Estos vienen a representar una especie de modelo o esquema fijo: si en la vida real se realiza un hecho concreto que corresponde al modelo, se producen los efectos señalados por la norma. Por ejemplo, si a la señora Gloria Soto Blanco le roban en un vehículo de locomoción colectiva las dormilonas con brillantes que le prestó una amiga, deberá indemnizar a ésta la pérdida. El modelo o supuesto abstracto es el que si el comodatario, o sea, la persona que recibió en comodato una cosa, no emplea el máximo de cuidado en la conservación de la misma, responde de su pérdida o deterioro (C. Civil, artículo 2178 en relación con el artículo 44 inciso penúltimo). Y no hay duda que una mujer que viaja en un ómnibus llevando pendientes de sus orejas aretes con brillantes no vela en lo más mínimo por la conservación de ellos y debe responder por ese hecho.

La expresión supuesto de hecho también suele emplearse con otro significado, el de hecho específico y concreto que forma el objeto de una cuestión. En el ejemplo, el

hecho de que en los tiempos que corren doña Gloria no haya tomado la elemental precaución de despojarse del objeto valioso antes de subir a un medio de transporte en que hurtos y robos -son moneda corriente.

Al supuesto considerado por la norma jurídica se le llama legal o abstracto, y al caso específico y concreto que en la vida forma el objeto de una cuestión, se le denomina supuesto de hecho concreto. Cuando éste coincide con el abstracto, el juez aplica la norma que regula al último. En las explicaciones siguientes se alude al supuesto de hecho abstracto.

1174. SUPUESTOS DE HECHO SIMPLES Y SUPUESTOS DE HECHO COMPLEJOS

El supuesto de hecho puede ser simple o complejo, según conste de uno o más hechos. Son supuestos simples, es decir, constan de un solo hecho, el nacimiento y la muerte de una persona, el hurto, la ocupación de una cosa de nadie y susceptible de ser apropiada. Del nacimiento deriva como efecto, por ejemplo, la adquisición de los derechos de la personalidad; de la muerte, la apertura de la sucesión; del hurto, la sanción para el ladrón; de la ocupación, la adquisición del derecho de propiedad de la cosa ocupada. Ejemplos de supuestos de hecho complejos, o sea, constituidos por una pluralidad de hechos, son: el matrimonio, que necesita el consentimiento de los contrayentes y la declaración del oficial del Registro Civil que los dé por casados; todos los contratos, que requieren las declaraciones concordantes de dos o más partes; y más complejos todavía son los contratos condicionales, en que para producir sus efectos, si se han celebrado con todos los requisitos legales, precisan el cumplimiento de la condición.

1175. EFECTOS PRELIMINARES O ANTICIPADOS DE ALGUNOS SUPUESTOS COMPLEJOS

Los efectos propios y definidos de un supuesto de hecho complejo no surgen sino cuando todos los hechos singulares que lo integran se cumplen. Sin embargo, en algunos casos en que los hechos constitutivos de la serie se suceden progresivamente en el curso del tiempo es posible que antes de completarse la serie se verifiquen algunos efectos anticipados o preliminares, llamados también prodrómicos. Proclamo viene del griego en cuanto significa "que corre por delante, que precede". Tales efectos anticipados que se dan mientras está pendiente la constitución entera del supuesto, no son, naturalmente, los propios y definitivos de éste, sino de otro orden y, en general, tienden a que no se frustre la formación del supuesto y los consiguientes efectos propios, como son los derechos que de ahí puedan derivar. El ejemplo clásico es el del contrato sujeto a condición suspensiva, cuya eficacia queda en suspenso hasta que se cumpla la condición. Veamos: un importador de automóviles se ha obligado a venderme uno si la partida llega antes de seis meses contados desde la celebración del contrato; es claro que los efectos propios de la compraventa (obligación de transferir el vehículo, por una parte, y de pagar el precio por la otra.) no se producirán sino cuando la condición (el arribo de los vehículos) se cumpla. Pero mientras tanto hay entre los sujetos una relación jurídica que no puede tener el mismo significado que si nada hubiera; parece justo proteger o tutelar la expectativa, que no es la mera expectativa de hecho, sino la jurídica que, por fundarse en elementos ya cumplidos (el contrato, en el ejemplo) tiene fuertes posibilidades de transformarse en derecho y por eso merece desde ya una protección legal y que son los efectos preliminares o anticipados del supuesto de hecho complejo en estado de pendencia. Y así, continuando con el ejemplo, el importador de los automóviles no podría, en el curso del transporte de los automóviles por un buque, dar una contraorden para que ellos no sean desembarcados en el puerto convenido sino en el próximo, donde los puede vender a mejor precio. Si lo hace, deberá indemnizar al comprador condicional.

Los efectos anticipados que se traducen en derechos encaminados a impedir que

se frustrate el hecho que falta para completar el supuesto complejo, están consagrados en el Código Civil. Así, faculta al acreedor para impetrar, durante el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, las providencias conservativas necesarias (art. 1492 inciso 3°). No especifica el legislador cuáles son estas providencias o medidas dirigidas a mantener legítimamente las expectativas. En consecuencia, serán aquellas que en cada caso estime adecuadas la prudente ponderación del juez, como una caución, el depósito de la cosa cuya adquisición está sujeta a condición suspensiva, etc.

Otro ejemplo que todos citan de efectos preliminares o anticipados es el del acto jurídico sobre cosa futura, como la compraventa o el arrendamiento de casas en construcción siempre que estén terminadas antes de determinada fecha, en la que el vendedor o arrendador debe abstenerse de impedir que la cosa llegue a existir oportunamente. Lo mismo ocurre cuando se compra la próxima cosecha de un fundo triguero o de otra especie.

Toda esta materia la hemos estudiado en el tomo primero bajo el prisma de los derechos eventuales.

1170. RETROACCIÓN O EFECTO RETROACTIVO DE ALGUNOS SUPUESTOS DE HECHO COMPLEJOS

Por regla general, los efectos propios y definitivos de un supuesto de hecho complejo sólo se producen a partir del momento en que se realiza el último hecho de la serie. Sin embargo, hay casos en que esos efectos se consideran producidos desde que se cumplió el primer hecho o desde algún momento anterior al terminal. En semejantes hipótesis se habla de retroacción o de retroactividad. Así sucede tratándose de los actos jurídicos condicionales, en que el derecho que deriva como efecto se estima adquirido no desde el cumplimiento de la condición, sino desde la celebración del contrato. Por lo demás, el fenómeno de la retroactividad entraña una ficción, en cuanto todo el tiempo de la pendencia se entiende borrado y como que nunca existió, e incluso se considera que existió en el pasado el hecho que cobró existencia sólo después. Profundizaremos esta materia al estudiar la condición y las obligaciones condicionales.

1177. PRESUPUESTOS

El supuesto de hecho, ya precisado, no debe confundirse con el presupuesto. Este último no es el hecho o situación tipo a los cuales el derecho objetivo atribuye o conecta efectos jurídicos, sino que es el hecho o circunstancia, que el supuesto de hecho presupone necesariamente para poder tener lugar. Ejemplos: el matrimonio presupone la capacidad para celebrarlo y no tener impedimentos que lo hagan nulo; la disposición por testamento sin cortapisas de todo el patrimonio, presupone no tener herederos forzosos a los cuales hay que reservar una parte de los bienes; la ocupación de una cosa para hacerla suya presupone, si antes ella tenía dueño, que éste la haya abandonado con ánimo de desprenderse de su derecho.

1178. CLASIFICACIONES DE LOS HECHOS JURÍDICOS

La variedad que presentan los hechos jurídicos obliga a clasificarlos. Pueden hacerse varias distinciones según las mayores afinidades que presentan unos con relación a otros. En seguida señalaremos las principales distinciones.

1179. a) HECHOS JURÍDICOS NATURALES Y HECHOS JURÍDICOS HUMANOS

Atendiendo a la causa, natural o humana, por la cual se producen, tenemos, por un lado, los hechos naturales, y, por otro, los hechos humanos.

Hechos jurídicos naturales u objetivos son todos aquellos que tienen su causa generadora determinante en la naturaleza y no en la actividad consciente del hombre, aun cuando tengan relación con su misma persona.

Hechos jurídicos humanos, subjetivos o voluntarios son todos aquellos que derivan de la actividad consciente y voluntaria del hombre.

Veamos algunos ejemplos de hechos jurídicos naturales: la fructificación de las plantas, que trae la consecuencia jurídica que el dueño de ellas adquiera la propiedad de los frutos de las mismas; un terremoto que, como caso fortuito o de fuerza mayor, libera de toda culpa al deudor que en razón de ese acontecimiento cósmico no pudo cumplir oportunamente su obligación, eximiendo de responsabilidad también al autor aparente de un daño, cual sería el caso del conductor de un automóvil detenido que la fuerza del sismo arroja a éste sobre una persona que en esos momentos cruzaba la calzada; el cambio del curso de un río, que en favor de los propietarios contiguos, trae como efecto jurídico la accesión a sus terrenos de la parte del cauce que quedan permanentemente en seco (C. Civil, art. 654). Hay hechos jurídicos que no dejan de ser naturales por estar relacionados directamente con el ser humano: nacimiento, muerte, enfermedad mental o corporal, etc.

El nacimiento produce muchas consecuencias jurídicas. Desde luego, si la criatura nace viva, marca el principio de la existencia legal de la persona y la hace adquirir automáticamente la personalidad y todos los derechos inherentes a ella, como asimismo la titularidad de eventuales derechos y obligaciones patrimoniales. Además, el nacimiento de los hijos da a sus padres, con relación a aquéllos, derechos y deberes que varían según se trate de descendientes legítimos o no.

Cabe preguntarse si cuando la separación completa de la criatura respecto de su madre no es más o menos espontánea y sólo se logra mediante artificios médicos, ¿el nacimiento pasa a ser un hecho humano? Piénsese en la operación quirúrgica llamada cesárea mediante la cual la criatura se extrae, a través de una incisión uterina, por vía abdominal. De todos modos el nacimiento no pierde su calidad de hecho natural. Porque, según se ha observado en general, aunque en un caso dado el hecho sea realizado por un hombre y voluntario respecto de éste, no deja de ser un hecho de la naturaleza si, al hacer depender de él consecuencias jurídicas, el ordenamiento prescinde de la circunstancia de que provenga o no del hombre o de que, viniendo del hombre, sea o no voluntario.'

Pasemos al otro extremo, la muerte. Esta, salvo para algunos efectos, siempre es un hecho natural, aunque haya sido causada por un acto humano voluntario, porque lo que se toma en cuenta no es este acto sino el fenómeno natural, la muerte en sí misma. Por ejemplo, para que el estado civil de casada se modifique y pase al de viuda, lo decisivo es la muerte del marido, haya ocurrido ésta por enfermedad, suicidio u homicidio. De análoga manera el hecho objetivo de la extinción de la persona física determina la apertura de la sucesión, con prescindencia de que aquélla se haya producido por causas naturales o deliberadas acciones humanas. En cambio, para los efectos de la responsabilidad civil y penal es relevante la causa de la muerte y entonces ella, como en el homicidio doloso, se considera un hecho voluntario ilícito.

' F. SANTORO PASSARELLI, Doctrinas generales del Derecho Civil, traducción del italiano, Madrid, 1964, p. 114.

1180. b) CLASIFICACIONES DE LOS HECHOS JURIDICOS HUMANOS

Pueden hacerse varias clasificaciones de los hechos jurídicos humanos, según sean los caracteres de éstos a que se atiende. Nosotros nos limitaremos a las más fundamentales y advertimos que entre los autores suele haber discrepancias en algunos casos para encasillar un hecho en determinada categoría. Por lo tanto, y a fin de no crear embrollos, seguiremos los criterios que nos parezcan más adecuados sin aludir a las disquisiciones.

1181. HECHOS LÍCITOS Y HECHOS ILÍCITOS

Según que los hechos humanos sean consentidos o reprobados por el ordenamiento, se distinguen en lícitos e ilícitos. Estos últimos pueden ser penales o civiles, conforme al carácter de la norma que violen.

El hecho civil se divide, a su vez, en ilícito contractual e ilícito extracontractual.

Ilícito contractual es el daño injusto al interés ajeno causado por la violación de una obligación específica, como la que emana de un contrato o un cuasicontrato.

Ilícito extracontractual es el daño injusto al interés ajeno causado por

la violación del deber genérico de no dañar a otro. Se traduce en delitos y cuasidelitos. Cuando se habla de hechos ilícitos sin ningún calificativo, la referencia se entiende justamente a los delictuales y cuasidelictuales. Ellos son objeto de una teoría general, que perfilaremos más adelante. Pero ha de aclararse desde ya que los efectos jurídicos de los hechos ilícitos no son los queridos por el agente o derivados de su imprudencia o negligencia, que perjudican a la víctima, sino todo lo contrario, porque, a través de las sanciones se tiende, con toda justicia, a infligirle un daño a él. Pensemos en el ladrón que, al robar, comete un delito penal y civil. El fin que pretende lograr con su hecho es apropiarse graciosamente de un bien ajeno; pero el ordenamiento jurídico atribuye al hecho efectos penales de castigo y efectos civiles de devolución de la cosa mal habida y, si cabe, la indemnización de perjuicios.

1182. HECHOS JURÍDICOS LÍCITOS: ACTOS JURÍDICOS Y HECHOS JURÍDICOS VOLUNTARIOS EN SENTIDO ESTRICTO

Los hechos jurídicos lícitos, que se caracterizan por ser una actividad humana consciente y voluntaria aprobada y protegida por las normas de derecho, se subdividen en actos jurídicos y hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto. Muy luego precisaremos ambas nociones.

1182-a. LAS DECLARACIONES: LAS DE CIENCIA Y LAS DE VOLUNTAD

El acto jurídico, que ciertas doctrinas extranjeras llaman negocio jurídico, se caracteriza por ser una declaración de voluntad. Bueno es entonces determinar antes qué se entiende por declaración y qué por declaración de voluntad.

Llámase declaración la exteriorización del propio pensamiento, o de la propia voluntad y su comunicación a otros sujetos determinados o indeterminados. Toda declaración está, pues, destinada a ser recibida por otros sujetos y, justamente, produce sus efectos en cuanto se dirige a los demás. Por lo tanto, "siempre es necesario que la declaración salga de la esfera del agente, cosa que ocurre en el momento de la emisión de la declaración".²

Las declaraciones pueden ser, por un lado, de ciencia o verdad y, por otro, de voluntad. Las primeras son las destinadas a comunicar a otros el propio pensamiento, opinión o conocimiento que se tiene de una persona, una cosa o un acontecimiento. Las segundas, es decir, las declaraciones de voluntad, son las destinadas a comunicar a otro el propio querer. El elemento constitutivo y característico del acto jurídico es el de ser una declaración de voluntad. En cambio, los hechos jurídicos en sentido estricto, aunque voluntarios y conscientes, no son en sí mismos o, por su naturaleza, declaraciones de voluntad.

Las declaraciones de voluntad pueden dirigirse a sujetos determinados o indeterminados.

1182-b. HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO EN SENTIDO ESTRICTO Y ACTO JURÍDICO; DIFERENCIACION

El hecho jurídico voluntario en sentido estricto y el acto jurídico tienen una nota común: ambos son conscientes y voluntarios. ¿En qué se diferencian?

Para la doctrina tradicional, acto jurídico es el que se realiza con el propósito o la intención de obtener un efecto jurídico, que puede ser la creación, modificación o extinción de un derecho o una situación jurídica; y hecho jurídico voluntario en sentido estricto es el hecho humano realizado sin el propósito o intención de obtener efectos jurídicos, los que se generan por la sola determinación de la ley prescindiendo de la voluntad del sujeto que realiza el hecho y, aun, en el caso de los hechos ilícitos, en contra de esa voluntad.

Conforme a otra doctrina, el criterio diferenciador estaría en la valoración que haga la ley del acto con relación a la producción de los efectos jurídicos. Si el hecho humano voluntario y consciente la ley lo considera como mero presupuesto de los efectos que ella de antemano le tiene señalados, se trata de un hecho voluntario en sentido estricto. Si, por el contrario, el hecho consciente y voluntario la ley lo considera como expresión de una voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos, se está en presencia de un acto o negocio jurídico."

No da lo mismo atenerse a un criterio u otro, pues a veces la calificación de un hecho resulta distinta, según el patrón que se tome en cuenta. Por ejemplo, la ocupación de una cosa de nadie, como ocurre con la pesca, es para los que siguen la doctrina tradicional, un acto jurídico, porque el que echa las redes al mar busca obtener el efecto jurídico de hacerse dueño de los peces capturados. Los partidarios del otro criterio califican la ocupación como un hecho jurídico en sentido estricto, porque el hecho de la ocupación, de la pesca en el ejemplo, es un mero presupuesto para que se produzca el efecto de hacer propietario al ocupante, que es el efecto que de antemano le tiene señalado la ley al hecho y que no regula de ninguna manera el sujeto ocupante. Por cierto, la cuestión no es bizantina, ya que las normas que rigen a los actos jurídicos no son por lo general aplicables a los hechos voluntarios en sentido estricto.

Se ha tratado de englobar en una fórmula general el concepto de hecho jurídico voluntario en sentido estricto, y la verdad es que en una forma positiva no se ha logrado en razón de su gran variedad; sólo es seguro afirmar que son hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto los hechos del hombre, voluntarios y conscientes, que no son actos jurídicos.

La importancia de distinguir una y otra clase de hechos jurídicos voluntarios reside en la determinación del régimen aplicable. A un hecho que pueda calificarse de acto jurídico, si no está sometido a una norma especial, se le aplicarán los principios generales de éste, lo que no puede ocurrir si el hecho es voluntario en sentido estricto, salvo que al hecho la ley lo asimile a un acto jurídico.

2 F. SANTORO PASSARELLI, Doctrinas generales del Derecho Civil traducción del italiano, Madrid, 1964, N° 29, N° 29, p. 158.

**i En este sentido; TRABUCCI, ob. cit., p. 129; PASSARELLI ob. cit., p. 113, etc.*

1183. ESPECIES DE HECHOS JURÍDICOS VOLUNTARIOS EN SENTIDO ESTRICTO

Entre las especies de hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto pueden citarse las acciones humanas, positivas o negativas, mediante las cuales se opera sobre el mundo exterior, produciéndose un cambio, intencionado o no, que tiene importancia para el ordenamiento jurídico. Ejemplos: construcción de una nave o de un edificio, siembra en terreno ajeno, ocupación de las cosas de nadie (res nullius), cual ocurre con la caza permitida de la mayoría de los animales salvajes, el descubrimiento de un tesoro. Llamamos la atención sobre la calificación de acto jurídico que algunos dan a la ocupación, pensando que lo es por la circunstancia de que para existir debe haber, además de la aprehensión de la cosa, la intención de adquirir su dominio, lo que importaría una manifestación de voluntad destinada a producir efectos de derecho. Pero ya vimos que, según otro criterio, que nos parece el correcto, la ocupación es sólo un hecho voluntario en sentido estricto.

Hay otras acciones que no operan sobre el mundo exterior, ni lo alteran y que son, también, hechos jurídicos en sentido estricto. Por ejemplo, el cambio de domicilio cuando trae como consecuencia la competencia de otro tribunal en razón del territorio.

Finalmente, se incluyen entre los hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto las declaraciones de ciencia o verdad. Mediante ellas un sujeto manifiesta a otro u otros no su voluntad o querer, sino su pensamiento, opinión o conocimiento que tiene sobre algo. Ejemplos: confesiones, testimonios, informes de peritos, notificaciones judiciales. Estas últimas son medios con los cuales se pone en conocimiento de las partes una resolución judicial.

1184. OTRA TERMINOLOGÍA RESPECTO DE LOS HECHOS JURÍDICOS VOLUNTARIOS Y ACTOS JURÍDICOS

En algunas doctrinas extranjeras como la italiana, a los que nosotros denominamos hechos jurídicos voluntarios, los llaman actos jurídicos, subdividiendo a éstos en lícitos e ilícitos. Y califican cómo actos jurídicos en sentido estricto a los por nosotros señalados como hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto y dan el nombre de negocios jurídicos a los que nosotros llamamos actos jurídicos. A los hechos ilícitos los denominan actos ilícitos. Hacemos la observación sólo para prevenir a los que por cualquiera razón deban consultar textos en que se diga dicha terminología. Por nuestra parte, aun reconociendo que ella puede ser más exacta, nos atenderemos a la tradicional, que al igual que en Francia, es la adoptada desde mucho tiempo en Chile. Observaremos, sí, que el acto jurídico de la nomenclatura tradicional, el que envuelve una declaración de voluntad, lo mencionaremos como sinónimo de negocio jurídico o acto negocial, expresiones que tienden a preponderar.

1185. c) HECHOS JURÍDICOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

En cuanto a su contenido, los hechos jurídicos pueden ser positivos o negativos, según que los efectos jurídicos se enlacen a la realización o no realización de un hecho. También se dice que son hechos positivos los que consisten en el cambio de la situación de hecho existente, y negativos los que consisten en el no cambio de la situación existente.

Hechos jurídicos positivos son, por ejemplo, la ocupación de una cosa, la disposición de bienes por testamento, el homicidio, y hechos negativos, en general toda omisión o abstención, como el no ejercicio de un derecho, el no pago oportuno de una deuda, etc.

1186. d) HECHOS JURÍDICOS INSTANTÁNEOS Y HECHOS JURÍDICOS PERMANENTES O CONTINUADOS

Esta distinción se hace atendiendo a si basta para la atribución de los efectos jurídicos la formación de una situación de hecho o si es necesario que esta situación formada perdure.

Son hechos jurídicos instantáneos aquellos en que los efectos jurídicos se enlazan a la formación de una situación de hecho, sea simple o compleja, siendo indiferente que ella perdure en el tiempo.

En cambio, el hecho jurídico es permanente o continuado cuando sus efectos jurídicos se enlazan a la permanencia de una situación de hecho, de manera que ellos se producen en el tiempo subsiguiente a la formación sólo si y en cuanto la situación formada continúe, y cesan apenas sus elementos desaparecen. Y a veces no sólo se precisa un estado de hecho continuado sino que él se mantenga por un período de tiempo establecido.⁴

Ejemplo de hecho jurídico y más específicamente de acto jurídico instantáneo es entre nosotros el matrimonio. Si el hombre y la mujer consienten, en presencia del oficial del Registro Civil competente, en recibirse el uno al otro como marido y mujer y dicho funcionario los declara casados en nombre de la ley, el matrimonio queda formado y por eso mismo produce todos sus efectos.

Gaetano Scherillo, Corsa di Istituzioni di Diritto Romano, Milano, 1962, pp. 360-361.

En el Derecho Romano, al contrario, el matrimonio era un estado de hecho continuado, pues se formaba por dos elementos que debían subsistir: la convivencia del hombre y la mujer y la intención de ser marido y mujer (*affectio maritalis*). Si desaparecía uno de estos elementos, el matrimonio dejaba de existir. A diferencia del matrimonio-contrato de nuestros días, en el cual basta la voluntad inicial de tenerse por marido y mujer, en el matrimonio romano era esencial la existencia de un sentimiento duradero y continuo que los romanos llamaban precisamente *affectio*.[^]

Otro ejemplo de hecho permanente o continuado, válido tanto en el Derecho contemporáneo como en el romano, es la posesión, o sea, la tenencia material de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. La posesión existe mientras permanezcan los dos elementos que la constituyen: la detentación material de la cosa y el ánimo de señor o dueño, es decir, de tener la cosa como propia.

Finalmente, dijimos que hay casos en que para que se produzcan los efectos jurídicos no basta un estado de hecho continuado, sino que es necesario, además, que se prolongue por un determinado lapso de tiempo. Ejemplo claro en este sentido es la usucapión o prescripción adquisitiva, en que el efecto, la adquisición del dominio o de otro derecho real sobre la cosa que se posee, está subordinado a la continuidad de la posesión por el tiempo que marca la ley.

1187. OTRAS CLASIFICACIONES

Los autores hacen muchas otras clasificaciones de los hechos jurídicos. Uno que llega a la exageración y ha merecido por eso críticas, es el gran jurista italiano Francisco Carnelutti.⁶ Distinciones inagotables expone en su obra *Teoría General del Derecho*. Nosotros no seguiremos ese camino, pero mencionaremos algunas distinciones que, en forma secundaria, suelen aparecer en los libros.

1. Para los efectos de la distribución de la carga de la prueba en los juicios, se distingue entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes. Y así se afirma que al actor o demandante toca probar los hechos constitutivos de su derecho y al demandado los supuestos de hecho de la norma que él invoca a su favor, es decir, los hechos que son impeditivos de la producción de los efectos de la norma que su contradictor, el demandante, ha invocado en su favor o de los hechos que extinguen o excluyen los efectos de la norma favorables al actor que ya hubiesen comenzado a producirse. Adviértese que en algunos casos resulta dificultoso determinar cuáles son los hechos constitutivos del actor y cuáles los impeditivos, favorables al demandado.⁷

Ejemplo de hecho constitutivo es el contrato que exhibe el actor exigiendo al deudor su cumplimiento; ejemplo de hecho extintivo es la prescripción de la deuda que le opone el deudor al acreedor, y ejemplo de hecho impeditivo o excluyente es la nulidad del contrato que obsta a la eficacia del mismo.

[^] *ARU* y ORESTANO, *Derecho Romano, traducción del italiano, Madrid, 1964, p. 86.*

⁶ Véase, por ejemplo, el reproche de DOMENICO BAEBERO en su *Sistema de Diritto Privato Italiano, t. I, p. 329, nota 1.*

⁷ prieto castro, *Derecho Procesal Civil, t. 1, Madrid, 1978, p. 139, letra b).*

2. Hechos debidos y hechos necesarios. Algunos hechos son impuestos por el ordenamiento jurídico. Hay dos especies: los debidos y los necesarios.

a) Hecho debido es el impuesto por una norma legal o por un acto jurídico. Ejemplos: la prestación de alimentos, el pago de una obligación.

b) Hechos necesarios o necesitados son afines a los debidos. Se realizan en cumplimiento de una carga, que, como sabemos, es la necesidad de observar un comportamiento para lograr un efecto jurídico en interés propio. Ejemplo: el que toma en arriendo un inmueble, si quiere ponerse a salvo de que más tarde un futuro y eventual adquirente a título oneroso de la propiedad, no le respete el contrato, deberá pactar éste por escritura pública, y si desea que incluso los acreedores hipotecarios le respeten dicho contrato, ha de inscribir la escritura en el Registro del Conservador de Bienes Raíces antes de que se efectúe la inscripción de la hipoteca (C. Civil, art. 1962). La celebración del arrendamiento por escritura pública y la inscripción conservatoria no constituyen obligaciones que puedan ser exigidas por un acreedor, pero sí hechos necesarios, cargas que deben cumplirse si se pretende que dicho arrendamiento se respete por los sujetos mencionados.

CAPITULO XXXVII

EL TIEMPO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS DE LOS HECHOS JURÍDICOS

A. GENERALIDADES

1188. IMPORTANCIA DEL TIEMPO EN LOS HECHOS JURÍDICOS

El tiempo, con relación a los hechos jurídicos, muestra su importancia en formas muy diversas. Desde luego, todos los hechos jurídicos ocurren en el tiempo. Muchas veces el transcurso de éste, junto a elementos negativos, determina la constitución de un hecho jurídico (como en la caducidad y en la prescripción extintiva); otras veces la determina junto a elementos positivos (como en la prescripción adquisitiva). En ciertos casos, por voluntad del hombre o disposición de la ley un hecho no produce eficacia jurídica si no se realiza dentro de cierto tiempo o transcurrido determinado lapso; o bien, la eficacia de un acto jurídico ya celebrado no se produce sino después de cierto tiempo a contar de su celebración (plazo inicial), o hasta cierto tiempo (plazo final o extintivo). Por último, suele ser necesario determinar la fecha de la adquisición de un derecho, o, en general, la de producción de un hecho jurídico, para establecer la capacidad o incapacidad de la persona que ha traspasado o adquirido un derecho (edad, enajenación mental, etc.); para resolver el conflicto de varios derechos incompatibles entre sí, o establecer una precedencia (prelación de créditos); para determinar qué ley debe regir algunas situaciones jurídicas (problema de la irretroactividad de la ley.), etc.'

Es pues, manifiesta la importancia e influencia del tiempo en la adquisición, modificación y pérdida de los derechos. Por eso resulta necesario que tratemos las reglas generales sobre su determinación y computación.

1189. DETERMINACIÓN DEL TIEMPO

La determinación del tiempo se hace en Chile, como en la mayoría de los países, a base del llamado calendario gregoriano, establecido en 1582 por el Papa Gregorio XIII. Muy pocos pueblos siguen usando, por motivos religiosos o tradicionales, el calendario juliano, que fue establecido por Julio César (45 a. De C). Sus fechas tienen un atraso de cerca de 13 días en el año.

El tiempo se divide en segundos, minutos, horas, días, meses, años y siglos.

El año es el tiempo que transcurre durante una revolución real de la Tierra en su órbita alrededor del Sol y se compone de trescientos sesenta y cinco días. Astronómicamente no son trescientos sesenta y cinco días cabales; existe cierta fracción de horas y minutos más, la cual, sumada en cuatro años consecutivos, da un día completo. De aquí resulta que cada cuatro años viene uno de trescientos sesenta y seis días (año bisiesto), añadiéndose el día de exceso al mes de febrero. Pero como en esta forma cada cuatro años civiles dan un exceso de varios minutos con respecto al año trópico, se dispuso, de acuerdo con el calendario gregoriano, que los años seculares, esto es, los que corresponden a un siglo, no serían bisiestos sino cuando el número del siglo fuera divisible por cuatro. Así, son bisiestos los años 1600 y 2000, pero no los años 1700, 1800, 1900 y 2100.

El mes tiene también su base astronómica. Corresponde al movimiento de la Luna alrededor de la Tierra, y como estas revoluciones son doce, se ha dividido el año en igual número de meses, aunque desiguales, pues siete de ellos tienen 31 días, cuatro tienen 30, y uno 28, o 29 si el año es bisiesto.

El día se compone de veinticuatro horas y es el espacio de tiempo que la Tierra demora en dar una vuelta completa alrededor de su eje.

La hora se divide en sesenta partes iguales, llamadas minutos y cada minuto, en sesenta segundos.

El legislador, por lo general, sólo considera en los plazos los días, meses y años; excepcionalmente, y en casos calificados, se refiere a las horas y, aun, a los momentos. Así, por ejemplo, el artículo 1879 da un plazo de veinticuatro horas para pagar el precio en caso de que se haya estipulado pacto comisorio calificado, es decir, que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta; el artículo 74 se refiere a un momento, pues reputa no haber existido jamás la criatura que no haya sobrevivido a la separación de su madre un momento siquiera; el artículo 955 expresa que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, y el artículo 956 agrega que la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, etc.

1190. MODOS DE COMPUTAR LOS PLAZOS.

Los modos de computación son concebibles en abstracto: la computación natural y la civil.

En la computación natural se produce de momento a momento y se calcula que el día tiene veinticuatro horas, pero comenzando a contar éstas a partir de un momento cualquiera, y se considera cumplido aquél cuando hayan transcurrido las veinticuatro desde el momento inicial. De este modo el plazo de un día, a partir de hoy, a la una de la tarde, se cumple mañana a la misma hora.

En la computación civil el día representa una unidad de tiempo comprendido entre una medianoche y otra. calculándose por entero sin tomar en cuenta las fracciones. De manera que en el ejemplo anterior el plazo se comienza a contar, no desde la una de la tarde de hoy, sino desde las doce de la noche de hoy hasta las doce de la noche de mañana.

El plazo natural corre, pues, de momento a momento, y el civil, de medianoche a medianoche.

La regla es el cómputo civil; el natural constituye la excepción. Entre nosotros, el cómputo civil tiene lugar en los plazos de días, meses y años; pero no en los de horas, en que rige la computación natural. Y así, en el caso del pacto comisorio del artículo 1879, el término concluye al día siguiente, a la misma hora en que comenzó.

Fluye lo anterior del inciso 1º del artículo 48, que dice: "Todos los plazos

de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Presidente de la República, de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo".

1191. FUNDAMENTO DE LA COMPUTACIÓN CIVIL

La computación civil es la más conveniente para los fines del Derecho, porque se basa en un dato cierto y fácilmente comprobable, cual es el espacio de un día, más que en un dato tan incierto y poco calculable, como es el instante fugitivo, considerando especialmente el hecho de que la indicación del momento varía de reloj a reloj. Así, pues, sería dar lugar a cuestiones infinitas y de imposible solución, si para computar el tiempo se hubiese de tomar en cuenta el momento matemático inicial. Por eso es principio general que debe seguirse siempre la computación civil, salvo en los casos excepcionales en que la ley considera la computación natural, como ocurre en los plazos de horas.²

1192. LOS PLAZOS DE AÑOS Y MESES SE COMPUTAN "NON EX NUMERO, SED EX NOMINATIONE DIERUM"

Si la extensión de tiempo que ha de calcularse se expresa en años o en meses, el cómputo se hace non ex numero, sed ex nominatione dierum, es decir, el año es aquella extensión de tiempo que corre del día en que tuvo lugar un hecho determinado al día que según el calendario constituye la fecha correspondiente del otro año (por ejemplo, del 1° de enero de 1998, al 1° de enero de 1999), y el mes se cuenta del día en que se realizó el hecho al día que tiene el número correspondiente del mes siguiente (por ejemplo, del 3 de enero de 1998 al 3 de febrero del mismo año). Con este sistema se evitan los inconvenientes que traerían en el cómputo los años bisiestos y los meses de días desiguales.

Por esta razón, es muy importante ver si un plazo está indicado con un número determinado de días o por meses o años.

El inciso 2° del artículo 48 compendia los anteriores principios, al decir: "El primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener un, mismo número en los respectivos meses, El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 días, y el plazo de un año de 365 ó 366 días. Según los casos".

2 covielio, obra citada, p. 340.

Pero puede suceder que el término comience en un mes que consta de más días que el mes en que el plazo va a terminar y que el plazo corra desde alguno de los días de exceso; en tal caso, se aplica el tercer inciso del mismo artículo 48, que dice: "Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes".

Y así, un plazo de un mes, contado desde el 31 de enero, termina el 28 de febrero, en los años comunes, y el 29, en los años bisiestos; un plazo de seis meses, contado desde el 31 de diciembre, finaliza el 30 de junio del año siguiente; un plazo de un año, contado desde el 29 de febrero, concluye el 28 de febrero del próximo año.

1193. APLICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE COMPUTACIÓN DE PLAZOS QUE DA EL CÓDIGO CIVIL

Las reglas que se acaban de expresar se aplican dice el último inciso del artículo 48, "a las calificaciones de edad, y en general a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades chilenas; salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa".

B, CLASIFICACIÓN DE LOS PLAZOS

1194. PLAZOS CONTINUOS Y DISCONTINUOS

Los plazos pueden ser continuos y discontinuos.

Plazo discontinuo es el que sufre suspensión durante los días feriados.
Plazo continuo es el que corre sin interrupción.

1195. POR REGLA GENERAL. LOS PLAZOS SON CONTINUOS; EXCEPCIONES

Dice el artículo 50 del Código Civil: "En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados".

Esta regla se aplica ampliamente en materia de Derecho Civil; pero tiene dos excepciones:

1) La primera se halla establecida en el mismo artículo 50, y en su virtud no se comprenden en los plazos los días feriados, cuando expresamente en la ley o en el acto de la autoridad respectiva se diga que el plazo es de días útiles.

2) La segunda excepción tiene lugar tratándose de términos de días en materia de procedimiento civil. Dice el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil: "Los términos de días que establece el presente Código, se entenderán suspendidos durante los feriados, salvo que el tribunal, por motivos justificados, hubiere dispuesto expresamente lo contrario".

La excepción tiene su fundamento: los tribunales no están abiertos durante los días feriados, por lo cual las partes no pueden realizar actuaciones en el juicio, siendo lógico, por lo tanto, que, dada la imposibilidad de actuar, se suspendan los plazos.

Nótese: la excepción se refiere sólo a los plazos de días; luego, los de años que establece el Código de Procedimiento Civil deben contarse con arreglo al artículo 48 del Código Civil (Corte Suprema, 8 de octubre de 1903, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo I, segunda parte, página 50; Corte Suprema, 20 de junio de 1913, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XI, sección primera, página 431).

1196. DÍAS HÁBILES Y DÍAS FERIADOS

En derecho se llaman días hábiles o útiles aquellos días en los cuales se puede actuar en juicio, en que se administra justicia.

Días feriados son aquellos en que están cerrados los tribunales y en los que no se puede actuar en juicio.

1197. DÍAS FERIADOS EN CHILE

Diversas leyes señalan qué días son feriados para todos los habitantes de Chile. Pero hay feriados especiales para ciertas instituciones y funcionarios públicos.

Existe para los tribunales el feriado de vacaciones, que comienza el 15 de enero de cada año y dura hasta el 1° de marzo (Código Orgánico de Tribunales, artículo 313, inciso 1°). Se ha entendido que el 1° de marzo es también feriado, de acuerdo con las reglas generales de computación de los plazos. En este día se lleva a efecto la sesión solemne de inauguración del año judicial; pero no se administra justicia.

El feriado de vacaciones no rige respecto de los jueces letrados que ejercen jurisdicción criminal (Código Orgánico de Tribunales, artículo 313, inciso 2°).

Hay que observar que durante el feriado judicial no permanecen los tribunales en receso absoluto. Los asuntos civiles quedan entregados a los tribunales que de acuerdo con la ley deben funcionar durante dicho período. Esos tribunales no atienden, por cierto, toda clase de asuntos; sólo se ocupan de aquellos urgentes a que se concede "habilitación de feriado".

Hay otros feriados especiales, como el bancario, que comprende los sábados, el 30 de junio y el 31 de diciembre. El Estatuto Administrativo declara feriado, para los empleados públicos, "la tarde de la víspera de Pascua y Año Nuevo".

1198. REGLAS ESPECIALES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS EN MATERIA PROCESAL

En materia procesal hay reglas especiales para el cómputo de los plazos, reglas que son distintas según se trate de asuntos de procedimiento civil o procedimiento penal.

En materia procesal civil los plazos de días se suspenden durante los días feriados (Código de Procedimiento Civil, artículo 66). Pero los plazos de meses o años deben contarse en conformidad a lo previsto en el artículo 48 del Código Civil.

Las actuaciones judiciales sólo pueden realizarse en días y horas hábiles. Son días hábiles los no feriados. Son horas hábiles las que median entre las ocho y las veinte horas.

Sólo en casos muy calificados y urgentes pueden los tribunales, a solicitud de parte, habilitar para la práctica de actuaciones judiciales días u horas inhábiles (Código de Procedimiento Civil, artículo 60).

En materia de procedimiento penal, no hay días ni horas inhábiles para las actuaciones del proceso; ni se suspenden los términos por la interposición de días feriados (Código de Procedimiento Penal, artículo 44).

Hace excepción a esta regla el registro, que los tribunales pueden ordenar en cualquier edificio o lugar cerrado, sea público o particular. Este registro debe hacerse en el tiempo que media entre las siete y las veintiuna horas; sin embargo, en los casos calificados que el mismo Código de Procedimiento Penal determina (art. 156) puede verificarse después de las horas mencionadas.

1199. COMPUTACIÓN DE LOS PLAZOS EN MATERIA COMERCIAL

En materia comercial rigen las mismas reglas del Código Civil. Expresamente dice el Código de Comercio, en su artículo 110, que "en la computación de los plazos de días, meses y años, se observarán las reglas que contienen los artículos 48 y 49 del Código Civil, a no ser que la ley o la convención dispongan otra cosa".

El artículo 111 agrega que "la obligación que vence en día domingo o en otro día festivo, es pagadera al siguiente".

1199-a. PLAZOS PRORROGABLES E IMPRORROGABLES

Prorrogables son los plazos que pueden extenderse, aumentarse más allá de su natural vencimiento, y los que no lo pueden ser son plazos improrrogables.

Son prorrogables los términos señalados por el tribunal. Para que pueda concederse la prórroga es necesario: 1° que se pida antes del vencimiento del término; 2° que se alegue justa causa, la cual será apreciada por el tribunal prudencialmente (C. de Procedimiento Civil, art. 67).

En ningún caso podrá la prórroga ampliar el término más allá de los días asignados por la ley (C. de Procedimiento Civil, art. 68).

1200. PLAZOS FATALES Y NO FATALES

Los artículos 49 del Código Civil y 64 del Código de Procedimiento Civil se refieren a los plazos fatales. De su contexto se deduce que plazos fatales son los que por su solo vencimiento extinguen un derecho que no se ha ejercido en o dentro del espacio de tiempo que comprenden, y que plazos no fatales son los que no extinguen por su solo vencimiento el derecho que debió ejercerse en o dentro del espacio de tiempo que comprenden, siendo para ello necesario una declaración judicial.

Dice el artículo 49 del Código Civil: "Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo, y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo".

Nótese que los plazos señalados por el Código de Procedimiento Civil son fatales cualquiera que sea la forma en que se exprese, salvo aquellos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal. En consecuencia la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo. En estos casos corresponde al tribunal, de oficio o a petición de parte, proveer lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo. Las partes, en cualquier estado del juicio, pueden acordar la suspensión del procedimiento hasta por un plazo máximo de noventa días. Este derecho sólo puede ejercerse por una vez en cada instancia, sin perjuicio de hacerlo valer, además, ante la Corte Suprema en caso que, ante dicho tribunal, estuviesen pendientes recursos de casación o de queja en contra de sentencia definitiva. Los plazos que estuvieren corriendo se suspenden al presentarse el escrito respectivo y continúan corriendo vencido el plazo de suspensión acordado (artículo 64, texto fijado por el artículo 1°, No 4. de la ley No 18.882, de 20 de diciembre de 1989).

Ejemplo de plazo fatal en el Código Civil es el tiempo en que se puede intentar la unción de retroventa, que no puede pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato (artículo 1885, inciso 1°). Otro ejemplo lo da el pacto comisorio: en ningún caso puede hacerse valer transcurridos cuatro años desde la fecha del contrato (Código Civil, artículo 1880).

C. NOCIÓN DE LAS PRESCRIPCIONES ADQUISITIVA Y EXTINTIVA

1201. CONCEPTO

Según expresan algunos, el tiempo, con el concurso de otros factores, opera como causa de adquisición o pérdida de los derechos. Funcionando de esta manera da lugar a la prescripción adquisitiva o extintiva.

El elemento común de ambas es el tiempo que, junto con otros requisitos, produce la adquisición de un derecho en quien se haya puesto en relación con una cosa ajena y se mantenga en ella por un cierto tiempo que fija la ley, o produce la extinción de un derecho como consecuencia de la inercia del titular prolongada por un tiempo determinado.³

El elemento relevante que se agrega al tiempo en la prescripción adquisitiva es, como vemos, la posesión de la cosa, o sea, la tenencia de ella con ánimo de señor y dueño: y en la prescripción extintiva, es el abandono o la inercia del titular del derecho. Esta inercia o inacción del titular también existe en la prescripción adquisitiva y se traduce en el no ejercicio de las acciones dirigidas a poner término a la posesión del tercero.

Observemos que en la doctrina hay otro punto de vista para enfocar el tiempo, según el cual éste no es un elemento que, junto a otros, contribuye a generar hechos jurídicos, sino que es una simple circunstancia de ellos. Afirma esta opinión que el tiempo, lo mismo que el espacio o lugar, no es más que una circunstancia del hecho, y en sí no es un hecho. Por eso, de manera análoga, no se podría considerar cosa al espacio. Así todo aparece claramente cuando, por ejemplo, la ley determina el tiempo y el lugar en que debe ocurrir el hecho jurídico del cumplimiento de la obligación. Del mismo modo la prescripción extintiva y la adquisitiva, llamada también usucapión, no son efectos jurídicos del hecho del tiempo, sino respectivamente de la inercia y de la posesión que han durado un cierto tiempo. Cuando se habla, por tanto, de las reglas jurídicas sobre el cómputo del tiempo, se hace solamente porque el tiempo es un modo de ser de los hechos jurídicos. A continuación se dan las nociones elementales de la disciplina de las prescripciones y de la caducidad, institutos ligados de modo diverso al transcurso del tiempo. Pero es de notar que la prescripción extintiva y la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la usucapión o prescripción adquisitiva, propia sólo de los derechos reales, encuentran aplicación general a las relaciones jurídicas.⁴

Conceptualmente parece más exacta la idea de que el tiempo es una circunstancia del hecho jurídico, pero la comprensión de la prescripción y la caducidad no se distorsionan si el tiempo se mira como un elemento de tales institutos, y quizá hasta didácticamente se facilite.

1202. DEFINICIONES

La prescripción adquisitiva o usucapión, puede definirse como un modo de adquirir el dominio u otros derechos reales sobre las cosas comerciables, por haberlas poseído durante cierto tiempo con los requisitos legales.

La prescripción extintiva o liberatoria, en cambio, puede definirse como un modo de extinguir las acciones y los derechos ajenos por no haberse ejercido ellos durante cierto espacio de tiempo.

1203. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA TIENE UNA APLICACIÓN MÁS AMPLIA QUE LA ADQUISITIVA

En efecto, la prescripción extintiva produce la pérdida de la generalidad de los derechos: la prescripción adquisitiva, en cambio, no se aplica a los derechos personales o créditos, porque en ellos no cabe la verdadera posesión que se requiere para adquirir el dominio por prescripción. Y así, aun cuando una persona se haya tenido en el carácter de acreedora de otra, durante todo el tiempo que se quiera, ese hecho no es capaz de engendrar derecho alguno.⁵

Santoro Passarelli, obra citada, pp. 120-121.

1204. FUNDAMENTO

A primera vista puede parecer que la prescripción constituye una expoliación injusta; pero si se mira un poco más a fondo, fácil es percatarse de su utilidad. No sin razón la han llamado los juristas de otras épocas "patrona del género humano" y "una de las instituciones más necesarias al orden social".

Sin la prescripción adquisitiva, los propietarios no estarían seguros de su derecho, sobre todo en un país como el nuestro, en que la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces no prueba el dominio. Esta prueba sería muy difícil, y a veces imposible, si no fuera por la consolidación del derecho mediante la prescripción. Basta que una persona pruebe que ha poseído durante el tiempo que la ley señala y con los requisitos legales, para que se la tenga como propietario.

Lo mismo sucede con la prescripción extintiva. Al deudor le será suficiente invocar el simple transcurso de determinado espacio de tiempo sin que se le haya cobrado la deuda para probar la extinción de la obligación, no siéndole necesario presentar documentos, que se pueden extraviar o destruir con el paso de los días, meses o años.

Cierto es que la prescripción presenta también inconvenientes. Puede en el fondo encubrir una injusticia: mediante ella puede llegarse a expropiar a un propietario y un deudor puede negarse a pagar una deuda que no ha satisfecho. Pero tiene una justificación en la inactividad o pasividad del propietario o acreedor, que no ejerció su derecho oportunamente; esta inacción queda sancionada por la ley.

Pesados los inconvenientes y las ventajas, el fiel de la balanza se inclina más para éstas. La prescripción es de gran utilidad al interés colectivo; sin ella, los derechos estarían siempre inciertos y la tranquilidad social sería imposible.

En resumen, podemos decir que diversas razones justifican la prescripción:

1) el interés social de que las situaciones jurídicas no queden por largo tiempo en la incertidumbre; 2) la presunción de que la persona que descuida el ejercicio del propio derecho, demuestra falta de voluntad por conservarlo; 3) la utilidad de sancionar la negligencia, y 4) la acción del tiempo que todo lo destruye.

5 barros E., obra citada, tomo I. p. 154.

1205. POR REGLA GENERAL, TODOS LOS DERECHOS Y TODAS LAS ACCIONES SON PRESCRIPTIBLES; EXCEPCIONES

Por la prescripción pueden adquirirse todas las cosas corporales e incorporales, sean muebles o inmuebles, que existen en el comercio humano, salvo aquellas que están expresamente exceptuadas, como las cosas comunes a todos los hombres, el derecho que tienen los propietarios para servirse de las aguas lluvias que corren por un camino y los bienes que por cualquiera razón no está en el comercio humano.

Los derechos reales, al igual que las cosas corporales, son también prescriptibles, exceptuándose únicamente las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes (Código Civil, artículos 882 y 917).

En cuanto a la prescripción extintiva, podemos decir que todas las acciones pueden ser objeto de ella, salvo algunas excepciones, como la acción para solicitar la partición de una comunidad, que es imprescriptible (Código Civil, artículo 1317); la de reclamación del estado de hijo legítimo (Código Civil, artículo 320), y otras que oportunamente estudiaremos.

1206. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LA CADUCIDAD

Hay situaciones en las cuales resulta indispensable tener certeza y ésta no puede lograrse sino imponiendo un término perentorio para el ejercicio del derecho o, más en general, para el cumplimiento o realización de un acto jurídico. Esto se ve claramente cuando una parte pierde un pleito en primera instancia;

puede apelar, pero la impugnación de la sentencia contra la cual se alza debe proponerla dentro del breve tiempo que señala la ley, y si no lo hace dentro de ese lapso, la sentencia de primera instancia adquiere carácter definitivo. Salta a la vista la razón de ser de la prefijación del plazo: evitar la incertidumbre de si el perdidoso del juicio se conforma o no con la resolución judicial y que el ganancioso sepa si su situación de tal es definitiva o no. Si el derecho no se ejercita en el plazo dado, se extingue por caducidad.

El fundamento de la caducidad reside en la necesidad de limitar en el tiempo el ejercicio de un derecho o la realización de un acto cuando dichos ejercicio o realización oportunos son indispensables para satisfacer un interés social o individual.

Aunque a veces resulta difícil, no debe confundirse la prescripción extintiva con la caducidad.⁶

Entre ambas existe mucha semejanza, ya que una y otra importan extinción de derechos; pero su naturaleza intrínseca es diversa.

La caducidad es la pérdida de un derecho por no haberse hecho valer en el plazo perentorio que para su ejercicio ha establecido la ley o la voluntad de los particulares.

Grawein, que en su libro Prescripción y caducidad, aparecido en 1880, estableció la autonomía científica del segundo instituto respecto del primero, decía que el fin del derecho sometido a caducidad sobreviene como el de una llama que se extingue junto con el aceite que la alimenta.

Algunos ejemplos de caducidad se citan a continuación:

1) El ejercicio de la acción de retroventa que debe hacerse, a más tardar, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del contrato.

⁶ Véase: *ELEONORA DOMINGUEZ D., De la caducidad y sus diferencias con la prescripción extintiva. Memoria de Licenciado, Santiago, 1960: francisco escalona R.. La prescripción extintiva civil, Stgo. 1997. pág.s. 66-80.*

2) La impugnación de la legitimidad del hijo: "Toda reclamación del marido —dice el artículo 183— contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto". Y el artículo 188 agrega que "ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo... tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el juez...".

3) El recurso de apelación, si no se interpone en el término fatal de cinco días, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, ya no puede interponerse, es decir, caduca. El mencionado plazo se aumenta a diez días tratándose de sentencias definitivas (C. de Procedimiento Civil, artículo 189, texto fijado por la Ley No 18.705 de 24 de mayo de 1988).

1207. DIFERENCIA ENTRE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD

1) En la prescripción el transcurso del tiempo trae, en ventaja de otro titular, la pérdida de un derecho ya adquirido pero no ejercitado por un cierto tiempo:

en la caducidad, que refiere en cambio a la realización de una actividad que el sujeto debe desarrollar dentro de un plazo dado, el decurso del tiempo trae impedimento al ejercicio del poder correspondiente de parte de su titular.

2) Objeto de la prescripción es poner fin a un derecho, que, por no haber sido ejercitado, se puede suponer abandonado por el titular; objeto de la caducidad es preestablecer un tiempo en que un derecho puede ejercitarse útilmente. De manera que en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular; en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de las razones subjetivas, negligencia del titular, o aun imposibilidad de hecho. Causa de la extinción del derecho en el caso de la prescripción, es la negligencia del sujeto mismo prolongada por cierto tiempo; en cambio, tratándose de la caducidad, esa causa consiste en el transcurso inútil del tiempo señalado.⁸

De aquí se sigue que las causas de suspensión de la prescripción no se aplican a la caducidad, pues si valen para suspender la prescripción, es sólo en atención a la imposibilidad o dificultad de obrar, causas que no permiten atribuir negligencia al titular; pero no pudiendo destruir el hecho objetivo del no ejercicio del derecho, carecen de fuerza para impedir el transcurso del término de la caducidad. Tampoco son aplicables a la caducidad las causas que sirven para interrumpir la prescripción.⁹

Hemos hablado de suspensión y de interrupción como notas diferenciales entre la caducidad y la prescripción. Pero ¿qué es una y otra?

En forma muy general, podemos decir, por ahora, que la prescripción se interrumpe cuando se corta su curso, y el efecto que se produce es que el plazo transcurrido no puede ser aprovechado después que cesa la interrupción para consumir la prescripción que se había comenzado. De modo que terminada la interrupción es menester que comience a correr de nuevo la prescripción, como si antes no hubiera existido. La interrupción borra, por consiguiente, el pasado. En cambio, la suspensión no borra el tiempo transcurrido, sino que impide que el tiempo siga corriendo mientras dura la causa que motiva la suspensión, y de consiguiente cuando esta causa cesa, se puede agregar el tiempo transcurrido con anterioridad a ella y completarlo.

Cuándo se interrumpe y cuándo se suspende la prescripción, son cosas que veremos en su oportunidad.

- Alberto TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Chulé. Padova, 1985. No 61, p. 126.*
'Coviello, obra citada, p. 520. 11-i idem.

Algunos códigos de reciente data, sin perjuicio de consignar casos específicos de caducidad, señalan normas generales sobre la misma: C. Civil portugués de 1967, modificado en 1977 (artículos 328 a 333); C. Civil boliviano de 1975 (artículos 1514 a 1520); C. Civil peruano (artículos 2003 a 2007).

Normas de una legislación extranjera. Transcribimos en seguida las disposiciones del Código Civil boliviano que recoge los principios más o menos compartidos que sobre la caducidad ha formulado la doctrina universal. Los artículos pertinentes son los que a continuación se transcriben.

Art. 1514. (Caducidad de los derechos.)

Los derechos se pierden por caducidad cuando no son ejercidos dentro del término de perentoria observancia fijada para el efecto.

Art. 1515. (Reglas no aplicables a la caducidad.)

No son aplicables a la caducidad las reglas según las cuales se interrumpe o suspende la prescripción, salvo que se disponga otra cosa.

Art. 1516. (Estipulación voluntaria de la caducidad.)

Es nula cualquier cláusula por la cual se fijan términos de caducidad que

hacen excesivamente difícil el ejercicio de un derecho.

Art. 1517. (Causas que impiden la caducidad.)

I. La caducidad sólo se impide mediante el acto por el cual se ejerce el derecho.

II. Si se trata de un término legal o voluntario relativo a derechos disponibles, la caducidad puede también impedirse mediante el reconocimiento del derecho por parte de la persona contra quien podía hacerse valer la caducidad del derecho reconocido.

Art. 1518. (Efectos de impedimento de la caducidad.)

En los casos de quedar impedida la caducidad, el derecho queda sujeto a las reglas de la prescripción.

Art. 1519. (Prohibición de modificar el régimen de caducidad.)
No está permitido modificar el régimen legal de la caducidad sobre derechos indisponibles.

Art. 1520. (Aplicación de la caducidad.)

La caducidad no puede aplicarse de oficio, excepto cuando por tratarse de derechos indisponibles deba el juez señalar los motivos que hacen aceptable la demanda.

D. OTROS DATOS O CIRCUNSTANCIAS DE LA REALIDAD CON RELACIÓN A LOS HECHOS JURÍDICOS

1208. EL LUGAR

No sólo el tiempo, sino también otros elementos del mundo objetivo externo constituyen circunstancias o datos íntimamente relacionados con los hechos jurídicos.

Uno de ellos es el espacio. Todo hecho jurídico sucede en un lugar, sea espontáneamente, sea por voluntad de las partes o de la ley. Esta, por ejemplo, regula el tiempo y el lugar en que se forman los contratos o han de cumplirse las obligaciones.

1209. LAS MEDIDAS DE PESO, EXTENSIÓN Y VOLUMEN

También tienen importancia con relación a los hechos jurídicos las medidas de peso, extensión y volumen de las cosas. Por eso la ley determina cómo deben entenderse ellas. Las medidas de extensión, peso, duración y cualesquiera otras de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se entenderán siempre según las definiciones legales; y a falta de éstas, en el sentido general y popular, a menos de expresarse otra cosa (C. Civil, art. 51).

La ley sobre pesos y medidas vigente es la de 29 de enero de 1848. que adopta como sistema el método decimal, que fija como base para las medidas de longitud el metro; para las medidas de superficie, el metro cuadrado; para las medidas de capacidad para líquidos, el litro; para las medidas de áridos (granos, legumbres y otras cosas sólidas a que se aplican medidas de capacidad), el litro; para las medidas de volúmenes, el metro cúbico, y para las medidas de peso, el kilogramo. También es medida legal de peso el quintal métrico, igual a cien kilogramos.

CAPITULO XXXVIII

LOS HECHOS ILÍCITOS. NOCIONES GENERALES

1209-a. HECHOS LÍCITOS E ILÍCITOS

Los hechos humanos conscientes y voluntarios pueden ser lícitos o ilícitos, lícitos son los que se conforman con las prescripciones del ordenamiento jurídico. Ilícitos son los que se ejecutan violando dichas prescripciones.

El hecho ilícito, llamado también acto ilícito y aun ilícito, a secas, puede ser penal o civil.

Ilícito penal es el hecho que trae como consecuencia una pena. Nuestro Código Penal, refiriéndose a una especie del ilícito penal, dice que delito es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley (art. 1° inc. 1°).

Se entiende por pena un sufrimiento que el Estado impone a los sujetos

que violan calificados deberes jurídicos y sustancialmente consiste en la privación o disminución de un bien individual (vida, libertad, patrimonio, etc.).

Ilícito civil es el que trae como consecuencia o resultado un daño injusto al interés de otro. Si no hay daño, no hay ilícito civil. Llámase daño todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona física o moral (honra, afecciones, libertad, crédito, etc.) o en sus bienes.

Para que el daño sea elemento constitutivo del ilícito civil es necesario que sea injusto, o sea, repudiado por la ley. Hay daños al interés ajeno que se producen lícitamente en la vida social, como sucede con el industrial que elabora productos de la misma calidad que su competidor y a precios muy inferiores, por lo cual lleva a la ruina al último; otro tanto acaece con el dueño de un terreno que al levantar en él un edificio oscurece u obstruye la vista panorámica de la casa vecina; un ejemplo más sería el de los bomberos que necesariamente dañan cosas al combatir el fuego.

El ilícito penal, según se dijo, se caracteriza por estar sancionado con una pena haya o no daño. En este sentido se distingue el ilícito de daño y el de peligro. Ilícito de daño, de lesión o de resultado es aquel que al consumarse causa un daño directo y efectivo a un interés o un bien jurídicamente protegido por la norma violada (homicidio, robo, etc.); la mayoría de los hechos ilícitos que castiga el Código Penal son de daño. Ilícito de peligro es aquel que se perfecciona no por un efectivo daño o lesión del bien jurídico protegido, sino por el riesgo o posibilidad de que esto suceda. Ejemplos: tráfico ilegal de estupefacientes, que atenta eventualmente contra la salud pública; manejo de vehículo en estado de ebriedad; tentativa de cometer un delito.

De todo lo anterior resulta que un mismo hecho puede constituir a la vez un ilícito civil y un ilícito penal; así ocurre cuando el hecho causa daño y está penado por la ley (homicidio, lesiones, hurto, violación). También hay casos en que un hecho puede constituir un ilícito penal y ningún ilícito civil por no causar daño efectivo alguno (hecho ilícito de peligro, delito de vagancia, demencia, tentativas de delito). Por otro lado, lo más común es que un hecho constituya ilícito civil y no penal, lo que sucede cuando causa daño a la persona o bienes ajenos y la ley no lo sanciona con una pena (ingratitude del donatario e injuria atroz del alimentario, sancionadas por la ley civil con la revocación de la donación y con la pérdida total del derecho de alimentos, respectivamente; cuasidelito respecto de las cosas, salvo excepciones expresas).

1209-b. ILÍCITOS CIVILES CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

El ilícito civil puede ser contractual o extracontractual.

Ilícito contractual es aquel que tiene su fundamento en una relación específicamente preestablecida y consiste en el daño que se origina por la infracción de las obligaciones derivadas de un contrato, de una promesa unilateral, de una gestión de negocios o agencia oficiosa, del pago de lo no debido, del enriquecimiento sin causa o del deber alimenticio. Este ilícito origina la responsabilidad contractual.

Ilícito extracontractual es aquel que no presupone, entre el sujeto activo y pasivo del ilícito, alguna relación jurídica específicamente preestablecida, sino sólo la relación genérica de los miembros de la sociedad que exige a todos el deber de no causar daño a otro: no matar, no lesionar, no robar, etc. Este ilícito origina la responsabilidad extracontractual. Llamada también delictual y cuasidelictual o aquiliana, porque en Roma era regulada por la ley Aquilia.

1209-C. HECHOS ILÍCITOS DOLOSOS Y HECHOS ILÍCITOS CULPOSOS

Los hechos ilícitos, sean civiles o penales, pueden ser dolosos o culposos, según se cometan con dolo o culpa. El hecho ilícito doloso recibe el nombre de delito, y el hecho ilícito culposo se llama cuasidelito.

El dolo, según la definición de nuestro Código Civil, "consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro" (art. 44 inc. final). La palabra injuria está tomada en su acepción de daño, agravio, o mal. La doctrina,

usando otras palabras, define el dolo como la voluntad deliberada y precisa de ejecutar un hecho lesivo o dañoso del orden jurídico y del derecho ajeno.

Culpa es el descuido, la negligencia o la imprudencia en la realización y omisión de un hecho. No importa intención de dañar.

El Código Civil distingue tres especies de culpa; dice:

"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

En nuestros días la doctrina y la jurisprudencia de algunos países agrega al daño patrimonial y al moral un tercer género: el daño biológico, definido como el perjuicio causado a la integridad psico-física del sujeto, perjuicio considerado en sí y por sí. El daño biológico implica un atentado contra el derecho a la salud, entendida ésta en su sentido amplio, comprensivo no sólo de la ausencia de enfermedad, sino también el estado normal de bienestar físico y psíquico.²

En consecuencia, la pérdida de ese bienestar a causa de un hecho ilícito debe ser indemnizada. Un ejemplo aclaratorio: si una persona es atropellada por culpa del conductor de un vehículo y se le amputa una de sus piernas, es indudable que a su dolor moral, sufrimientos físicos y espirituales, por la privación de tan importante miembro, se agrega la pérdida del bienestar físico y psíquico de que gozaba antes de dicha amputación y parece natural que también debe ser indemnizado este menoscabo.

Entre nosotros no hay obstáculo para la indemnización de un daño biológico, porque la Constitución Política asegura a las personas el derecho a la protección de la salud (art. 19 No 9) y porque, según vimos algunas líneas más arriba, el Código Civil prescribe la indemnización de todo daño, sin distinción alguna (arts. 2314 y 2329).

Daño ecológico. Nuestro ordenamiento jurídico contempla especialmente el daño al medio ambiente. Dispone que "sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente. estará obligado a repararlo, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley" (ley No 19.300, de 9 de marzo de 1994, artículo 3°).

4) Relación de causalidad entre el hecho o la omisión dolosa o culposa y el daño inferido. Finalmente para que un hecho ilícito engendre responsabilidad es necesario que haya una relación de causalidad, o sea, el daño debe ser ocasionado por la conducta dolosa o culposa del agente; en otros términos, el daño debe ser consecuencia resultante de la culpa o el dolo del autor del hecho o de la omisión ilícitos.

1209-e. REPARACIÓN DEL DAÑO

Todo hecho ilícito, delictual o cuasidelictual, da derecho al que sufre el daño de obtener del autor de éste la consiguiente reparación. Esta consiste en la prestación a que es obligado el autor del daño en favor de la víctima y tiene por objeto hacer cesar el daño y volver a la situación anterior al tiempo de la realización del hecho ilícito. En todo caso la reparación debe ser completa y su magnitud se mide por la extensión del daño causado.

Todo daño, cualquiera que sea su clase, patrimonial, moral, biológico, ambiental o ecológico, debe ser reparado por su autor, pues, según ya se advirtió, la ley no excluye a ninguno; comprende a todos (C. Civil, arts. 2314 y 2329).

La reparación puede ser en especie o en equivalente.

Hay reparación en especie cuando se efectúa una reintegración en naturaleza de la situación anterior, reconstruyendo la situación de hecho preexistente. Por ejemplo, puede solicitarse que el que causó ilícitamente perjuicios a un automóvil, sea condenado a repararlo por un mecánico competente; el que sufre la destrucción completa de una cosa suya por culpa de un tercero, puede demandar que éste le compre otra igual.

Lo habitual es que la reparación se haga en *equivalente*, sea porque a veces posible hacerla en especie o porque la víctima la prefiere. Consiste la reparación en

equivalente en atribuir a la víctima una suma de dinero representativa en su magnitud al daño sufrido, o en algo no pecuniario equivalente de algún modo a ese daño. Por ejemplo: la publicación en un periódico, a costa del demandado, de la sentencia que declare falsas las imputaciones injuriosas o de un desmentido suscrito por él.

La reparación o resarcimiento debe abarcar el daño emergente y el lucro cesante. El primero consiste en la efectiva disminución patrimonial por el daño experimentado. El segundo, o sea el *lucro cesante*, consiste en el frustrado acrecimiento patrimonial que la víctima tenía fundados motivos para lograrlo a no mediar el hecho dañoso. Por ejemplo, las ganancias que habitualmente percibía la víctima de un atropellamiento automovilístico y que dejó de percibir mientras estuvo hospitalizada.

Tratándose del daño moral la indemnización no tiende a repararlo, sino a compensarlo o neutralizarlo en alguna medida. El monto pecuniario de la indemnización queda sujeto a la apreciación del juez que, entre otras circunstancias, considerará la intensidad del daño moral.

Observemos, por último, que el daño moral puede generar el llamado daño *patrimonial indirecto*, que surge como consecuencia de aquél. Ejemplo: un pianista ante el asesinato de su hijo, por el dolor sufrido, no puede cumplir con los conciertos pactados.

1 Véase: Alpa. Il danno biológico. Paclova. 1993

CAPITULO XXXIX

DEL ACTO JURIDICO EN GENERAL

1210. TEORÍA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

De los hechos jurídicos lícitos y voluntarios en sentido estricto no puede formularse una teoría general. Su inmensa variedad y la poca afinidad de muchos hacen imposible la tarea. Lo contrario sucede con los actos jurídicos que, en la doctrina nacional, corresponden a los llamados en otros países negocios jurídicos. Ellos ostentan una afinidad más o menos estrecha que permite someterlos a principios y reglas comunes.

La elaboración de la teoría general de los actos o negocios jurídicos comenzó a fines del siglo XVIII, pero alcanzó su consolidación a mediados del siglo pasado, gracias sobre todo a la doctrina de los civilistas y romanistas alemanes. En el curso del presente siglo también ha hecho notables aportaciones la doctrina italiana.

Los códigos civiles, en su inmensa mayoría, no consagran en sus preceptos la teoría de los actos jurídicos, la cual se construye por la doctrina extrayendo los principios comunes de diversos actos jurídicos, como los contratos y los testamentos.

1211. CÓDIGOS QUE TRATAN LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS EN FORMA GENERAL Y SISTEMÁTICA

Estos códigos son pocos. Mencionaremos algunos. Por ejemplo, el Código Civil argentino dedica la Sección Segunda de su Libro II a los "hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones" (arts. 896 a 978). En seguida ha de citarse el Código Civil alemán de 1900 (párrafos 104 a 185). El Código de Derecho Canónico promulgado por Juan Pablo II el 25 de enero de 1983 dedica a los actos jurídicos (acti iuris) un título muy breve (artículos 124 a 128). El Código Civil portugués de 1967, modificado en 1977, por el contrario, se ocupa de los negocios jurídicos en forma extensa y completa (artículos 217 a 294). En la misma línea está el Código Civil peruano de 1984 (arts. 140 a 232). Veamos las materias del acto jurídico que regula este último cuerpo legal: definición, requisitos de validez, forman de la manifestación de voluntad (expresa y

tácita), cuándo el silencio importa manifestación de voluntad, formas del acto jurídico, representación, interpretación del acto jurídico, modalidades del mismo (condición, plazo y cargo o modo), simulación del acto jurídico, fraude del acto jurídico, vicios de la voluntad, nulidad del acto jurídico y confirmación de éste.

1212. LA TEORÍA DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN CHILE

Nuestro Código Civil, lo mismo que el francés e incluso el moderno italiano de 1942, no consagra ninguna teoría general de los actos jurídicos. La doctrina chilena, siguiendo los rumbos de la francesa y la italiana, ha construido esta teoría derivándola de los principios que informan preceptos relativos a los contratos y, en parte, al acto testamentario. Dentro del Código de Bello tienen especial importancia en esta materia el título De los actos y declaraciones de voluntad (nombre amplio que no consigna el Código de Napoleón, como tampoco varias amplias disposiciones que contiene el nuestro) y el dedicado a la nulidad y rescisión de los actos y contratos. El primero de los títulos citados —que en realidad constituye una parte de la teoría general de los actos jurídicos— comprende los artículos 1445 a 1469, y el segundo los artículos 1681 a 1697.

Nuestro Código Civil no usa la expresión acto jurídico; habla de "acto o declaración de voluntad" (art. 1445), y de este modo se refiere indudablemente al acto jurídico. Basta pensar que "para la tesis subjetivista tradicional (que es la única que pudo considerar don Andrés Bello, teniendo en cuenta las ideas prevalecientes en su época), los términos negocios (actos) jurídicos y "declaración de voluntad" señalan conceptos idénticos y al mismo tiempo intercambiables. Decir negocio (acto) jurídico es lo mismo que decir declaración de voluntad. Todo negocio (acto) jurídico es, pues, conforme a esa tesis, una declaración de voluntad y, a la inversa, toda declaración de voluntad es un negocio (acto) jurídico".

Lo afirmado se corrobora con el uso de la conjunción "o" que emplea el artículo 1445 al decir "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad..." La palabra "o" está empleada como conjunción declarativa para explicar o aclarar el nombre anteriormente enunciado (acto). En este caso, según los gramáticos, "la conjunción equivale a expresiones como esto es. es decir, o sea, etc.² Podría creerse que el nombre del título en que está dicho artículo 1445 contradice a éste y a nuestra conclusión, va que habla "De los actos y declaraciones de voluntad": la conjunción "y" enlazaría dos elementos distintos (actos y declaraciones de voluntad), pero debe recordarse que la conjunción y "también puede enlazar, dentro de la oración, dos elementos sintácticamente equivalentes",³ y aquí la equivalencia es sobre todo conceptual.

Por último parece, lógico pensar que si Bello no hubiera mirado como sinónimos los conceptos de acto y declaración de voluntad, en vez de hablar de un acto o declaración de voluntad, habría dicho un acto o "una" declaración de voluntad.

1213. SIGNIFICADOS DE LA PALABRA "ACTO"

La doctrina y las leyes dan a la palabra "acto" diversos significados.

a) En un sentido sustancial denota el acto jurídico; en uno formal, cualquier documento material que consigna un hecho, una actuación o relación que tenga importancia para los efectos jurídicos. Así, por ejemplo, se habla de donaciones o legados a título de mejora que aparezcan en una escritura o "en acto posterior auténtico" (C.C., art. 1198). Ejemplo de la palabra acto tomada como negocio o acto jurídico, lo tenemos al señalar el Código Civil los requisitos "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad" (art. 1445).

b) A veces, la palabra acto no se emplea en su sentido genérico que abraza a los actos unilaterales y los bilaterales, sino en un sentido restringido, comprensivo sólo de los actos jurídicos unilaterales, es decir, los que se forman con la declaración de una sola parte. El sentido restringido es indudable en las disposiciones que mencionan separadamente el acto y el contrato. Ejemplos:

"se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato" (C.C., art. 1467

inciso 2º): "los actos o contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad" (art. 1469).

En algún caso específico se ha debatido si, para ese caso, la palabra actos comprende sólo a los unilaterales o también a los bilaterales. Cuando se estudie la Teoría General de las Obligaciones se verá justo el problema en la norma según la cual son obligaciones naturales "las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles" (C.C., art. 1470, No 3").

' Luis Díez-Picazo y Antonio Guillón. Sistema de Derecho dril, volumen I, Madrid. 1982, p. S07, N" VIII.

•Manuel Seco, Diccionario de Dudas y Dificultades de la Lengua Española, séptima Edición, Madrid. 1976, p. 248, 2a columna, N" 2.

•^ Manuel Seco, ob. cit.. p. 350, P columna, N" 1, al final.

1213-a. AUTONOMÍA PRIVADA Y ACTO JURÍDICO

Por autonomía privada o de la voluntad se entiende el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o, como prefieren decir otros, sus relaciones jurídicas con los demás sujetos.

Este poder se actúa mediante el acto jurídico que, conforme a una de sus definiciones más sencillas, es la declaración de voluntad de una o más partes dirigida a obtener un fin o efecto práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo.

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

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

1214. LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. EL CONTRATO DIRIGIDO

El poder de los particulares de regular por sí los propios intereses o las relaciones jurídicas que entablan con otras personas tiene sus naturales limitaciones que, en términos generales, están constituidas por las buenas costumbres y las leyes imperativas, o sea, aquellas que en sus comportamientos o relaciones necesariamente deben cumplir; no pueden descartarlas, modificarlas ni sustituirlas por otras.

Las leyes imperativas que marcan límites al ejercicio de la autonomía privada o de la voluntad tienen por objeto evitar que los intereses de los particulares se contrapongan a los de la sociedad toda; que terceros puedan ser perjudicados, y aun miran a la conveniencia de los propios autores de un acto jurídico para que expresen una voluntad sana, libre y meditada. A estos objetivos tienden las leyes imperativas que establecen las condiciones de validez de los actos jurídicos.

Específicamente, el principio de la libertad de contratación, es decir, el de que los particulares pueden celebrar los contratos que quieran, acordando las cláusulas o condiciones que estimen convenientes, tiene una fuerte limitación cuando los poderes públicos, en aras de los superiores intereses de la colectividad, imponen

determinadas restricciones. Estas alcanzan su nivel máximo en el llamado contrato dirigido, esto es, el contrato reglamentado y fiscalizado, por los poderes públicos en su formación, ejecución y duración. Las causas que originan este contrato son múltiples; las principales estriban en la necesidad de defender a los más débiles y de orientar la economía en determinado sentido. Como se comprenderá, la intervención de los poderes públicos en los contratos de los particulares puede ser mayor o menor según el régimen imperante: en uno de marcada tendencia socialista habrá más contratos dirigidos que en uno liberal. Pero, aunque sea en mínimo grado, siempre habrá algunos contratos dirigidos, porque de lo contrario el abuso del más poderoso en el plano contractual tendría carta blanca. El contrato de trabajo es un ejemplo de contrato dirigido en mayor o menor escala. Otros contratos dirigidos son los de seguro. Los ejemplos pueden multiplicarse y varían según las circunstancias de cada país. Si, por ejemplo, en un período hay gran escasez de habitaciones, el legislador tiende a regular el monto máximo de las rentas de arrendamiento y las causales de desahucio, etc.

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

Bibliografía

Artemio Llanos M., *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones, Memoria, Concepción. 19-H,*

A. Alessandri R., "El contrato dirigido", estudio publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 8. 1ª parte, sec. Derecho, pp. 5 a 14.

B. Hojman P., *Autonomía de la voluntad y libertad contractual. Memoria de Licenciado, Santiago, 1945.*

1215. EL PRINCIPIO DE LA TIPICIDAD COMO RESTRICTIVO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

A veces resulta de general beneficio o utilidad que los actos o negocios jurídicos se conformen todos a una misma disciplina a través de los negocios tipos. Acto jurídico típico o, conforme a la sinonimia entre nosotros adoptada, negocio jurídico típico "es aquel estructurado por la ley en una figura abstracta o tipo, describiendo sus caracteres e individualizándolo con un nombre específico y con una disciplina particular". Ahora bien, en el campo del Derecho de Familia reina el principio de la tipicidad; ahí existe un número cerrado de actos jurídicos y sólo mediante ellos pueden regularse las relaciones de familia. Los que deseen casarse, adoptar a un niño, legitimar a un hijo natural nacido antes del matrimonio, sólo pueden valerse de las figuras típicas previstas específicamente por la ley; no podrían crear otras atípicas.

Pero el principio de la tipicidad también se encuentra en la esfera en que domina con gran amplitud la autonomía de la voluntad, o sea, la de los actos patrimoniales. Tal restricción tiene su fundamento en la necesidad de proteger a los terceros, o al tráfico jurídico o en otras razones especiales. Los ejemplos clásicos en este sentido son los títulos de crédito que tienen por objeto sumas de dinero (cheques, letras de cambio), la constitución de personas jurídicas, etc.

Cuando, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, deben emplearse los actos negociales típicos, en algunos casos el mismo ordenamiento determina rígidamente todos los efectos del acto típico; en otros casos, en cambio, deja un margen, restringido o amplio, dentro del cual la voluntad privada puede establecer el contenido del acto jurídico. Mas, incluso dentro de ese margen, el contenido debe exponerse o desarrollarse de un modo lícito, pues de lo contrario el ordenamiento jurídico no le otorga su reconocimiento y protección.⁴

También se pueden crear contratos atípicos tomando como modelo uno

típico y dándole una conformación adecuada para llenar necesidades no iguales pero sí análogas o similares. Así sucede con el contrato alimentario, que es aquel con el cual se provee de lo que corresponde al mantenimiento de una persona según las necesidades de ella. Presenta cierta afinidad con la renta vitalicia.

Se comprende que un acto puede ser típico en un país, por estar estructurado por su ordenamiento jurídico y no serlo en otro país cuyo ordenamiento lo ignora.

1216. EL PRINCIPIO DE LA ATIPICIDAD; CAMPO EN QUE OPERA CON MAYOR EXTENSIÓN

Salvo las hipótesis precedentemente indicadas, en el campo de los actos patrimoniales entre vivos, sobre todo en los contratos de carácter patrimonial, reina el principio de la atipicidad, según el cual las partes pueden hasta crear actos jurídicos que no encuadren dentro de ninguno de los típicos disciplinados por el ordenamiento jurídico de un país. Naturalmente, el único límite, como siempre, es el respeto a las buenas costumbres y las leyes de orden público.

En virtud del principio de la atipicidad las partes pueden, desde luego, no sólo determinar libremente el contenido de los actos o contratos nominados o típicos (compraventa, arrendamiento, mutuo o préstamo de consumo), sino también crear nuevas figuras que no encajan en las típicas.

La creación de contratos innominados o atípicos totalmente nuevos se realiza generalmente juntando armónicamente elementos de diversos contratos típicos o modelando la figura atípica considerando elementos afines de una típica.

Ejemplo del primer caso lo tenemos en el leasing (*to léase* significa en inglés arrendar). Se trata de un contrato de naturaleza mixta o compleja, ya que participa del arrendamiento, de la opción de compraventa y de la promesa de venta. Presenta variedades, pero en la forma más usual y sencilla se traduce en que un financista compra al fabricante maquinarias, bienes de equipo o, en general, de capital y se los arrienda a quien va a usarlos en su actividad por determinado tiempo, estableciéndose que al final de éste, el usuario tendrá opción de comprar los bienes utilizados por los cuales pagó una renta de arrendamiento, sumas que le servirán como parte del precio si al final del leasing se decide a la compra en referencia. Entre nosotros está regulado el leasing habitacional (arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa) por la Ley No 19.281, de 27 de diciembre de 1993. Su reglamento aparece en el Diario Oficial de 25 de enero de 1996.

Ejemplo del segundo caso es el ya mencionado contrato alimentario que se modela adaptando elementos de la renta vitalicia.

1217. DEFINICIONES DE ACTO O NEGOCIO JURÍDICO

En la doctrina se registra una gran variedad de definiciones de acto o negocio jurídico. Por lo general, ellas no son contradictorias; se diferencian sobre todo en los caracteres que del concepto hacen resaltar; muchas ponen el acento en la estructura del acto negocial y otras en su función.

a) Una de las fórmulas más sencillas dice que el acto jurídico es la declaración de voluntad de una o más partes dirigida a un fin práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo.

La declaración de voluntad y el fin práctico a que ella se encamina serían los elementos básicos de todo acto negocial.

' Trimarchi, ob. cit., N° 98. p 143.

Algunos en lugar de declaración hablan de manifestación de voluntad. ¿Son expresiones equivalentes o sinónimas?. Un gran sector de la doctrina así lo considera; pero también otro afirma que en un sentido más preciso habría que entender por declaración de voluntad la exteriorización de esta dirigida o comunicada a personas determinadas en particular o indeterminadas en general." Por ejemplo, la voluntad exteriorizada tiene destinatarios determinados en particular en los contratos o en los testamentos, y tiene un destinatario indeterminado en general en la promesa de recompensa a cualquiera que descubra un remedio contra cierta enfermedad o encuentre un objeto perdido por su dueño. La manifestación de voluntad en su aceptación más restringida y precisa sería una exteriorización de voluntad que no tiene ningún destinatario directo. Ejemplo: la renuncia abdicativa, que exterioriza la voluntad de un sujeto de despojarse jurídicamente de una facultad o de un derecho, sin traspasar aquella o este a nadie, como sucede con el que después de leer un diario lo arroja a la calle. Por nuestra parte, creemos que la manifestación de voluntad en sentido estricto también puede darse en un hecho jurídico, voluntario, no negocia!, como en la ocupación a que antes aludimos. El que recoge y guarda para sí una concha marina que arrojan las olas, es indudable que al aprehender el objeto y guardarlo para sí manifiesta la voluntad de adquirir el derecho de propiedad sobre esa cosa de nadie. No podría verse aquí un acto jurídico, porque no hay una declaración de voluntad, sino una manifestación de ella vil sentido estricto.

El otro elemento básico del acto jurídico, según la concepción tradicional, es el fin práctico que el autor o los autores del acto persigue o persiguen. Este fin práctico que, cuando tiene carácter lícito es reconocido y protegido por el derecho objetivo, se traduce en un efecto jurídico. El efecto jurídico puede consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho subjetivo o, más ampliamente, de una relación o situación jurídica. Algunos observan que tal efecto también puede ser la confirmación o aclaración de una relación o situación preexistente dudosa o incierta (actos de confirmación o de declaración o fijación de certeza).

b) Otras definiciones más modernas hacen resaltar los caracteres vinculante, preceptivo y regulador de intereses del acto negocia l. Este sería la declaración o declaraciones de voluntad de uno o más sujetos que, dentro de los límites señalados a la autonomía privada, regulan por sí mismos, en forma vinculante y preceptiva, sus propios intereses jurídicos.

Aclaremos de inmediato algunos términos de la definición anterior.

Se dice que el poder de los sujetos de regular por sí mismos sus intereses jurídicos puede ejercerse dentro de los límites reconocidos a la autonomía privada que, como antes vimos, en algunos casos es amplio y en otros restringido hasta el punto de que el sujeto solo tiene libertad para celebrar o no un acto jurídico, quedando su regulación sometida a normas fijadas de antemano por la ley, como ocurre en los actos del Derecho de Familia, o aun por una dela partes, como sucede en los contratos de adhesión.

En estos casos extremos en que los sujetos aceptan celebrar un acto jurídico regulado de antemano, se considera que hacen suya dicha regulación. Precisemos que los mencionados contratos de adhesión son aquellos en que todas las cláusulas o las esenciales hállanse establecidas previamente por una de las partes, debiendo la otra limitarse a aceptarlas o rechazar la celebración del contrato. Ejemplos típicos: contratos de seguro, de suministros de agua, luz, gas, electricidad, servicios de teléfonos, de transporte, etc.

Al declarar su voluntad, un sujeto regula sus propios intereses en relación con los demás y establece un precepto emanado de la autonomía privada, con el cual autodisciplina de un modo vinculante la propia conducta. Por ejemplo, en el arrendamiento el arrendador se compromete a hacer gozar al arrendatario la cosa arrendada y autovincula así el propio comportamiento futuro respecto a la cosa.

La fuerza vinculante y preceptiva del acto jurídico aparece consagrada en nuestra legislación positiva respecto de una especie de éste, el contrato. Dispone el Código Civil que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (art. 1545).

1218. ¿LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL ACTO NEGOCIAL SURGEN DE ÉSTE O DE LA LEY?

Sabemos que los efectos jurídicos del acto negocial consisten en crear, modificar o extinguir un derecho subjetivo o, como dicen otros, una relación o situación jurídica. También puede ser efecto de un acto jurídico la confirmación o aclaración de una relación o situación jurídica preexistente dudosa o incierta.

Se ha discutido si los efectos jurídicos del acto negocial arrancan directamente de la ley o del acto mismo, es decir, de la voluntad de las partes que lo celebran. La cuestión tendría interés práctico en cuanto a la reglamentación de esos efectos.

Hoy prevalece la idea de que es el derecho objetivo, la ley, quien, a la voluntad de los individuos, enlaza el efecto de sus actos jurídicos. El derecho objetivo valúa el acto frente a sí considerándolo digno de protección, le conecta determinados efectos capaces de satisfacer el fin práctico buscado por las partes. Estas, mediante el acto, no crean los efectos, sino sólo ponen en movimiento una norma del derecho objetivo, y es ella la que atribuye o reconoce efectos jurídicos al acto.

1219. ENUMERACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL ACTO JURÍDICO SEGÚN LAS DIVERSAS TEORÍAS

Si juntáramos las características que la concepción tradicional y la teoría preceptiva señalan al acto o negocio jurídico, tendríamos:

- 1) Que él es una declaración o un conjunto de declaraciones de voluntad;
- 2) Que la voluntad de los declarantes persigue un fin práctico lícito;
- 3) Que este fin práctico se traduce en efectos jurídicos, que se atribuyen o reconocen por el ordenamiento jurídico a la voluntad de los declarantes;
- 4) Que con el acto los sujetos regulan sus propios intereses;
- 5) Que la regulación es preceptiva, o sea, impone normas que autonomía privada, y
- 6) Las declaraciones que envuelven los actos jurídicos son vinculantes, comprometen, auto obligan a los que las emiten.

1220. IMPORTANCIA DE LA CARACTERIZACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Determinar los caracteres del acto jurídico es de suma importancia. Porque si un hecho voluntario lícito no tiene una reglamentación especial y reúne los caracteres de ese acto, le serán aplicables los principios y normas generales de los actos jurídicos; en caso contrario, no.

1221. POSIBILIDAD DE APLICAR LAS NORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS A LOS DEMÁS HECHOS VOLUNTARIOS LÍCITOS

Los hechos lícitos y voluntarios en sentido estricto, por su gran número y diversidad, al revés de los hechos ilícitos y de los actos jurídicos, no cuentan con una teoría general. Se rigen sólo por las normas que a cada uno en particular le señala el ordenamiento legal. Si éste, en algún punto, no los regula, el vacío ¿cómo se llena? Aunque derechamente no cabe recurrir a los principios y normas de los actos jurídicos, el Código Civil portugués declara que a los hechos jurídicos lícitos que no sean negocios jurídicos, les son aplicables las disposiciones legales de éstos, en la medida que la analogía de las situaciones lo justifique (art. 295). Entre nosotros, ante la ausencia de una norma adecuada para un hecho lícito voluntario en sentido estricto, el juez, en un caso dado, podría sostener que la equidad aconseja el empleo de la analogía en referencia (C. de Procedimiento Civil, art. 170, No 5").

CAPITULO XL CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS 1222. DIVERSAS CLASIFICACIONES

Según sea el punto de vista a que se atienda es posible hacer diversas clasificaciones de los actos jurídicos: unilaterales y bilaterales, gratuitos y onerosos, de última voluntad y entre vivos, etc.

1223. ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES, BILATERALES Y PLURILATERALES

Según el número de partes que intervienen, los actos jurídicos se dividen en unilaterales, bilaterales y plurilaterales. El acto jurídico es unilateral cuando resulta de la declaración de voluntad de una sola parte; bilateral, si deriva de las declaraciones de voluntad de dos partes, y si de tres o más partes, plurilateral.

Hablamos de partes y no de personas. Porque una sola parte puede estar constituida por una o más personas, como lo dice el Código Civil (art. 1438) aludiendo al contrato, el más importante de los actos jurídicos.

¿Qué es parte?

Llámase parte la persona o las personas que constituyen un solo centro de intereses. Si cuatro personas son copropietarias de un fundo y lo venden conjuntamente a otro sujeto, los cuatro comuneros constituyen un solo centro de interés y, por su lado, el comprador constituye otro centro de interés. En consecuencia, aunque han intervenido cinco personas en este contrato, sólo ha habido dos partes y dicho acto es bilateral y no plurilateral. Un acto unilateral, como la renuncia a los derechos, puede resultar de las declaraciones de voluntad de dos o más personas, si encarnan un solo centro de intereses, como la renuncia conjunta de los varios condueños a la propiedad de la cosa común. Hay actos que pueden ser bilaterales o plurilaterales. Por ejemplo: una sociedad formada por dos socios es bilateral, y plurilateral si se forma por tres o más socios.

La unilateralidad, bilateralidad o plurilateralidad se relacionan con el número de partes que contribuyen a la formación del acto y no con el de las personas declarantes de voluntad para que el acto produzca efectos. Pensemos en el testamento, acto jurídico unilateral por excelencia. Su formación depende solamente de la declaración de voluntad del otorgante; pero para que el testamento produzca el efecto de transmitir los bienes del difunto, es necesario que el heredero acepte la herencia, requisito ajeno a la existencia misma del acto jurídico llamado testamento. Algunos dicen que la herencia se adquiere por el solo ministerio de la ley y que la aceptación del heredero significa la renuncia al derecho de repudiar.

Por último, tratándose de actos unilaterales, algunos prefieren hablar de *autores* y no de partes, considerando, tal vez, que cuando hay un solo declarante de voluntad no hay una "porción" del todo, sino un todo único. Sin embargo, si se atiende al concepto jurídico de parte (persona o personas que constituyen un solo centro de intereses) es indudablemente correcto referirse a

la parte de un acto unilateral.

1224. CONVENCION Y CONTRATO

Todo acto jurídico bilateral o plurilateral es una convención. Esta se define como el acuerdo de las voluntades de dos o más partes con el objeto sea de crear obligaciones, sea de modificar o extinguir otras preexistentes.

Cuando la convención crea obligaciones -según la doctrina seguida en nuestro país- toma el nombre específico de contrato. Contrato es, pues, la convención dirigida a crear obligaciones. Por ende, conforme a esta doctrina, todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato; no lo es cuando modifica o extingue una obligación establecida anteriormente. Por ejemplo, la compraventa es un contrato porque crea la obligación para el vendedor de dar una cosa y para el comprador la obligación de pagarla en dinero. Pero la tradición de la cosa y el pago del precio son convenciones, porque extinguen las respectivas obligaciones creadas por el contrato de compraventa.

En algunos otros países, como Italia, llaman contrato a lo que la doctrina imperante en Chile denomina convención, y dicen que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, modificar o extinguir una obligación, o en términos más generales, una relación jurídica.

El Código Civil hace sinónimos el contrato y la convención, y sin duda quiso significar que el contrato es un acto creador de obligaciones, ya que así lo dijo expresamente antes (art. 1437); pero su definición más mira a la obligación que al contrato. En efecto, el artículo 1438 dice: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

La fórmula transcrita parece tener en vista más que el contrato la obligación, porque justamente la obligación es el vínculo que pone a una de las partes (deudor) en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor de la otra (acreedor).

La obligación no puede ni debe confundirse con el contrato. Este último engendra la obligación. Es, junto al delito, el cuasidelito, el cuasicontrato y la ley, fuente de las obligaciones.

Digamos, por último, que hay legislaciones que consideran que la obligación o relación jurídica nacida del contrato debe ser patrimonial, con lo cual se sustraen de la materia de los contratos las relaciones jurídicas pura o principalmente personales. No es el criterio de nuestro Código Civil, como quiera que hasta al matrimonio califica de contrato (art. 102). Tal punto y muchos otros se analizan en la Teoría o Parte General de los Contratos.

1225. INTELIGENCIA DE LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE ACTOS Y CONTRATOS

En no pocas disposiciones el Código Civil habla de actos y contratos (artículos 253, 254, 411, 413, 1086, 1701, 1760, 2468, N° 2°). Veamos uno de esos textos. El artículo 1701 declara que "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad..."

Se sostiene que en todos los casos en que se alude a actos y contratos, el concepto de actos debe tomarse en el sentido restringido de actos unilaterales y el concepto de contratos en el amplio que lo hace sinónimo de convenciones o actos bilaterales, porque de esta manera quedan racionalmente englobados todos los actos jurídicos, unilaterales, bilaterales y plurilaterales.

La conclusión anterior ha servido para que se sostenga que en algunos casos en que el Código se refiere a los actos, esta última palabra debe tomarse no en su sentido propio y amplio, comprensivo de los actos unilaterales, bilaterales y plurilaterales, sino en el restringido, que solo alude a los actos unilaterales. Así, hay una discusión en torno a la norma según la cual son obligaciones naturales "las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida" (C. Civil, art. 1470 N° 3°).

Al estudiar la Teoría General de las Obligaciones se verá que, a juicio de ciertos intérpretes, en este caso la palabra actos debe interpretarse en sentido restringido, que denota sólo los actos jurídicos unilaterales; por el contrario, en opinión de otros, el vocablo cuestionado debe estimarse comprensivo tanto de los actos jurídicos unilaterales como de los bilaterales y plurilaterales.

1226. UNI Y BILATERALIDAD DE ACTOS Y CONTRATOS; DIFERENCIACIÓN

Todo contrato es un acto bilateral (o plurilateral) porque no puede formarse sin la concurrencia de las voluntades de dos partes. Pero el contrato, como tal, puede ser, a su vez, unilateral o bilateral. Es unilateral -dice el Código Civil- "cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente" (art. 1439).

Como se ve, la clasificación de los contratos en uni y bilaterales se hace atendiendo al número de partes que resultan obligadas, mientras que la clasificación de los actos considera el número de partes que intervienen para la formación de los mismos.

1227. ESPECIES DE ACTOS JURIDICOS UNILATERALES: COLECTIVOS Y COMPLEJOS

Entre los actos jurídicos unilaterales otorgados por varias personas que integran una parte única, la doctrina pone cía relieve los actos colectivos y los actos complejos.

Llámase acto colectivo el constituido por dos o más declaraciones de voluntad que, teniendo un mismo contenido y persiguiendo un mismo fin, se suman sin fundirse para formar la expresión de la voluntad colectiva. La manifestación de voluntad hacia el exterior es una sola: pero en el interior de la parte cada manifestación de voluntad permanece distinta y tutela el interés particular de la persona que la emite. Ejemplo: los acuerdos de la asamblea de los copropietarios de un edificio.

Una especie de acto colectivo es el llamado acto colegial, que se caracteriza por estar las declaraciones de voluntad dirigidas a formar la voluntad de un sujeto diverso, la persona jurídica. Ejemplo típico: la deliberación de la asamblea de una sociedad anónima.

Los actos colectivos están sometidos, por regla general, al principio de la mayoría, es decir, la voluntad colectiva queda determinada por el voto de la mayoría de los que tienen derecho a participar en la deliberación. Sin embargo, en asuntos de importancia grande suele exigirse el acuerdo de la unanimidad de los concurrentes a la deliberación; así, por ejemplo, requiere la unanimidad de los concurrentes el acuerdo de la asamblea de los copropietarios de un edificio que signifique imposición de gravámenes extraordinarios.

' Véanse: A. Alessandri R., De los contratos. Stgo., 1995; E. Barros B., Contratos. Stgo., 1991; R. Díez D., El contrato, Stgo., 1994.; J. López S. M., Los contratos. Stgo., 1986.

Acto complejo es el constituido por dos o más declaraciones de voluntad que, teniendo un mismo contenido y persiguiendo un mismo fin, se unen y funden en una sola manifestación para formar la expresión de una voluntad única y unitaria. En este caso, al revés de lo que sucede en el acto colectivo, las declaraciones se funden y, en la compenetración recíproca, pierden su individualidad, dando origen a una entidad distinta y unitaria. Ejemplo: la declaración concorde de varios comuneros de enajenar la cosa común.

Los actos complejos se subdividen en actos de complejidad igual y desigual, según que la contribución de la voluntad de cada declarante a la formación del acto sea, a los ojos de la ley, de importancia equivalente a la de los demás o no. En los casos de complejidad desigual se estima que la voluntad de uno de los declarantes tiene mayor importancia en la generación del acto que la de los otros declarantes. Ejemplo de complejidad igual es el caso de los guardadores conjuntos: todos ellos deben autorizar de consuno los actos y contratos

del pupilo; como la voluntad de ninguno de ellos puede prevalecer, en caso de discordia decide el juez (C. Civil, art. 41.3). Ejemplo de complejidad desigual hay en las capitulaciones matrimoniales del menor adulto aprobadas por la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio (C. Civil, art. 1721); dichas capitulaciones las celebra el menor adulto aunque su voluntad se integra con la de la persona o personas mencionadas; pero la voluntad del menor es la más importante en la formación de la convención.

Por cierto, la distinción entre actos colectivos y actos complejos no se ha hecho para el dudoso solaz de los juristas; tiene importancia práctica. El vicio de una de las declaraciones que se tunden determina que la declaración unitaria del acto complejo quede también viciada; y así, por ejemplo, si el curador del menor adulto aprobó constreñido por la fuerza las capitulaciones matrimoniales celebradas por éste, carecerá de validez la declaración del menor, porque ella está fundida con la del curador. En cambio, si la declaración de un socio de una asamblea de la sociedad anónima, emitida a través del voto, está viciada, el vicio no se propaga a la declaración colectiva: y ésta existe y es válida siempre que la mayoría requerida para el acuerdo subsista a pesar de que ese voto no se compute en el acuerdo.

1228. DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO Y LOS ACTOS COMPLEJOS Y COLECTIVOS

Aunque el contrato y los actos complejos y colectivos suponen la unión de varias voluntades, se diferencian por el modo y la eficacia de tal unión. "En el contrato hay dos sujetos, contrapuestos entre sí; en el acto complejo y en el colectivo hay varios sujetos que obran por la misma parte: en aquél hay la manifestación de varias voluntades que se entrecruzan, en éstos hay la manifestación de varias voluntades paralelas. El contrato produce un vínculo entre las voluntades de los contratantes, sin producir su unificación; los actos complejo y colectivo, por el contrario, implican unión de diversas voluntades de contenido igual y constituyen el medio para la formación de una voluntad colectiva. Del contrato derivan obligaciones para una parte con respecto a la otra; en cambio, en los actos complejo y colectivo los varios participantes no pretenden obligarse recíprocamente, sino que buscan producir respecto a terceros el único e igual efecto jurídico querido por todos: no se contraponen como partes, sino que forman, unidos entre sí, una sola parte.

El acto complejo y el colectivo no constituyen en sí un acto especial, sino una especial configuración de un acto jurídico; pueden constituir un acto jurídico unilateral, y pueden no ser otra cosa que simple elemento de un contrato.²

Los actos complejos y colectivos se rigen en gran parte por reglas distintas de las de los contratos.³

1229. ACTOS PATRIMONIALES Y ACTOS DE FAMILIA

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

Los actos de derecho de familia tienden a regular intereses ideales concernientes al acto o situación de las personas en el círculo de la familia. En ellos prevalecen sobre los intereses de los particulares los intereses superiores del núcleo familiar. Por eso el rol de la voluntad de los particulares en estos actos se reduce a constituir el determinado acto que se quiere celebrar, encargándose la ley de señalar los efectos. En el matrimonio, por ejemplo, los contrayentes se limitan a expresar su voluntad de tenerse por marido y mujer, y es la ley la que fija los derechos y obligaciones personales de los cónyuges, sin que estos puedan alterar tales consecuencias jurídicas.

Los actos jurídicos patrimoniales son aquellos que tienen por objeto crear, modificar o extinguir relaciones de carácter pecuniario.

1230. ACTOS PATRIMONIALES A TÍTULO GRATUITO Y A TÍTULO ONEROSO

Desde el punto de vista de la unidad o reciprocidad de las prestaciones, los actos

jurídicos patrimoniales pueden ser a título gratuito o a título oneroso. En los primeros, una de las partes procura a la otra una ventaja sin recibir de ella ninguna equivalente. Ejemplo típico: la donación. En los segundos cada parte recibe una ventaja a cambio de la que procura a la otra parte. Ejemplos: la compraventa, el arrendamiento, etc.

El acto a título oneroso implica enriquecimiento y empobrecimiento recíprocos; el acto a título gratuito produce enriquecimiento para una de las partes y empobrecimiento para la otra.

Nuestro Código Civil establece esta división tratándose de los contratos. Su artículo 1440 dice: "El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

1231. ACTOS ENTRE VIVOS Y ACTOS POR CAUSA DE MUERTE

Acto mortis causa es aquel en que el autor del acto regula, para después de sus días, el destino de todo o parte de su patrimonio o de algunos determinados elementos del mismo. En nuestro derecho positivo, el único ejemplo es el testamento, definido por el Código Civil patrio como "un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva" (art. 999).

Todos los actos que no son por causa de muerte, son entre vivos, aunque su eficacia se subordine a la muerte de una de las partes o de un tercero, como ocurre en algunas especies del seguro de vida.

Suele hablarse de actos de última voluntad. Tal concepto comprende los actos mortis causa en su sentido tradicional y, además, los actos que aunque suponen necesariamente la muerte de los autores, no se refieren al destino de sus bienes patrimoniales. Es el caso del que se limita a expresar en una escritura la voluntad de que sus restos sean incinerados o sepultados en el mar.

2. Coviello, obra citada, p. 346

3. A. Von Thur, Tratado de las obligaciones, tomo I.

1232. ACTOS SOLEMNES Y ACTOS NO SOLEMNES

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

Actos no solemnes son aquellos en que la voluntad o el consentimiento puede expresarse en cualquier forma; la ley no impone solemnidad alguna para considerar existente el acto.

Si un acto solemne, se celebra sin cumplir con la solemnidad prescrita por la ley, el acto es inexistente o nulo absolutamente (Código Civil, artículo 1682).

1233. 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. Así sucede con la compraventa de cosas muebles y con el arrendamiento, cuando se pacta que se harán por escrito.

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

Por su parte, el artículo 1921 expresa: "Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada; si intervienen arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa".

Un acto solemne por mandato de la ley no es lo mismo que uno que lo es

por voluntad de las partes: si en el primer caso faltan las solemnidades, el acto es inexistente o nulo absolutamente; en cambio, en el segundo caso, el acto puede producir efectos aun cuando no se cumplan las formalidades, si se ejecutan hechos que importen renuncia de éstas.

1234. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN

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

"El criterio para distinguir los actos de administración de los actos de disposición no lo da la ley, ni puede darlo de un modo preciso y riguroso el intérprete. A lo sumo se puede decir que no deben confundirse los actos que exceden de la administración con los actos de enajenación. Estos, ciertamente, en la mayor parte de los casos exceden de la administración, pero no siempre: así por ejemplo, la enajenación de frutos destinados a la venta no es posible dejar de considerarla como acto de buena administración. Parece por esto que más que a la naturaleza jurídica del acto, se debe mirar a su función económica, y reputar actos de disposición los que conciernen al valor capital del patrimonio, los que pueden importar, por lo mismo, pérdida o disminución, v actos de administración los que tienden a la conservación del patrimonio y no tocan más que a los productos, aun cuando consistan en una enajenación" (Coviello).

Más adelante veremos otro sentido de la expresión actos de disposición. Bueno es tenerlo presente para no caer en confusiones.

1235. ACTOS PUROS Y SIMPLES Y ACTOS SUJETOS A MODALIDADES

La expresión modalidades tiene un sentido amplio y otro restringido. En su acepción más amplia designa todas las maneras de ser, todas las variantes que los derechos son susceptibles de presentar y soportar; pero entre estas maneras de ser y estas variantes, hay dos especialmente frecuentes e importantes, que constituyen las modalidades por excelencia, las únicas que ordinariamente se consideran cuando se habla de modalidades: estas son el plazo o término y la condición:

También se incluye entre las modalidades el modo.

La condición es un hecho futuro e incierto del cual depende la existencia o la resolución de un derecho. Puede ser, por lo tanto, suspensiva o resolutoria.

El plazo es un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho. Puede ser, por lo tanto, suspensivo o extintivo.

El modo es la carga impuesta al beneficiario de un acto jurídico a título gratuito. El mismo nombre toma la cláusula accesoria en que se impone. Ejemplos de modo: te dono diez millones de pesos, pero deberás invertir la mitad en dotar a la escuela del pueblo de todos los elementos necesarios para su buen funcionamiento: te presto mi automóvil, pero sólo para que lo uses dentro del radio de la ciudad: te lego mi casa con la limitación de que no destruyas la estatua que se encuentra en el jardín de ella.

Queda en claro, pues, que las modalidades en general (plazo, condición y modo) son las estipulaciones o disposiciones insertadas en un acto jurídico para modificar los efectos que éste habría producido a no mediar aquéllas, sea desde el punto de vista de la existencia, ejercicio o extinción de los derechos que resultan del acto.

Acto jurídico puro v simple es aquel que en cuanto se perfecciona da nacimiento a un derecho, cuyo ejercicio puede ser inmediato y su duración indefinida. Sus efectos no están sujetos a alteración por circunstancia alguna ni cláusula particular. En otros términos, acto puro y simple es el que no está sujeto a

modalidades.

Acto sujeto a modalidades es aquel cuyos efectos dependen de circunstancias o cláusulas restrictivas, llámense plazo, condición o modo.

1236. ACTOS CAUSALES Y ACTOS ABSTRACTOS

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

Josserand, obra citada

1237. ACTOS PRINCIPALES Y ACTOS ACCESORIOS

Para definir los actos principales y los accesorios podemos adaptar los términos del artículo 1442 del Código Civil, que hace la distinción refiriéndola a los contratos. Y así cabe decir que el acto es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otro, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

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; pero no lo principal la suerte de lo accesorio".

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

1238. LOS ACTOS DEPENDIENTES

Llámanse actos jurídicos dependientes los que para existir o para producir sus efectos están subordinados a la existencia de otros, pero no para asegurar el cumplimiento de estos últimos. Ejemplo: las convenciones matrimoniales que se celebran antes del matrimonio; sólo valen si se celebra el matrimonio (C. Civil, arts. 1715 y 1716). 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 del arrendamiento y de la promesa de venta del local en que aquél funciona (pactada en una cláusula de la compraventa), pues debe reputársela subordinada a la existencia de la compraventa.¹

1239. ACTOS TÍPICOS O NOMINADOS Y ACTOS ATÍPICOS O INNOMINADOS

Aunque antes hicimos referencia a esta clasificación, por razones didácticas volvemos a decir algunas palabras sobre ella.

Actos jurídicos nominados o típicos son aquellos que están configurados por la ley, es decir, estructurados por ésta con caracteres peculiares: matrimonio, adopción, testamento, compraventa, arrendamiento, mandato, hipoteca. Innominados o atípicos son los actos jurídicos que no están configurados por la ley; ésta no les ha tratado su figura propia. Surgen como creación de los particulares cuando las necesidades e intereses de éstos no encuentran adecuado medio de expresión en los actos típicos.

De lo anterior se desprende que para calificar a un acto de nominado o innominado no se atiende a la circunstancia de que ese acto tenga un nombre o no.

s Corte de Valparaíso, 17 de octubre 1908. R., t. 7. sec. 1º, p. 222 (considerandos 13 y 14, p. 229)

Tampoco puede considerarse nominado un acto por el simple hecho de que la ley lo mencione o lo considere en algunas de sus disposiciones para determinados efectos; así, por ejemplo, una ley podría gravar con un impuesto especial el contrato de los futbolistas profesionales, y no por eso este contrato sería nominado, ya que la legislación chilena no lo disciplina como una figura jurídica especial.⁶ También son innominados en nuestro ordenamiento jurídico los contratos de talaje y muchos otros.

Como se comprenderá, un acto puede ser nominado en el ordenamiento jurídico de un país e innominado en el de otro. Por otra parte, un contrato innominado puede pasar a ser nominado si el legislador llega después a disciplinarlo especialmente, como ocurre entre nosotros con el contrato de edición, ahora regulado

en la Ley de Propiedad Intelectual, No 17.556, de 2 de octubre de 1970, y cuyo Reglamento fue aprobado por el decreto No 1.122, de 1971, del Ministerio de Educación Pública, e inserto en el Diario Oficial de 17 de junio de 1971. Otro ejemplo es el relativo al leasing habitacional, tipificado en Chile hace poco. Se trata de un contrato de arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, figura nueva creada con la amalgama de dichos contratos. Tal figura está regulada hoy por la Ley No 19.281, de 27 de diciembre de 1993, y cuyo Reglamento se publicó en el Diario Oficial de 17 de diciembre de 1995.'

Seguramente, muy pronto pasará a ser nominado el hoy innominado contrato de arrendamiento de vientre o de útero, que podría definirse como aquel por el cual una de las partes, una mujer, se compromete a permitir que se implante en su útero uno o más embriones ajenos, a cuidarlos y llevarlos en su seno hasta el parto y entregar la o las criaturas a sus padres genéticos, obligándose la otra parte, la llamada arrendataria, o un tercero, a pagar un precio por el servicio de gestación, a menos que éste sea gratuito. Nosotros preferiríamos llamar a esta especie de convención contrato de gestación, entre otras razones porque el servicio puede ser gratuito, y entonces ya no podría hablarse de arrendamiento, sino de comodato.⁸

6 Véanse: Juan Calderón B., Del contrato de futbolistas profesionales, Memoria de Licenciado, 1956; Jorge Sandoval R., Naturaleza jurídica del compromiso deportivo, Memoria de Licenciado, Santiago, 1957; Humberto Cuadra V., Régimen jurídico de los deportistas profesionales. Santiago, 1950, en Colección de Memorias de Licenciados, Derecho del Trabajo, volumen I, pp. 391 a 423; Eugenio Ramírez. El deporte ante el Derecho, Memoria de Licenciado, Santiago, 1940; Jean Loup, Les Sports et le Droit, París, 1930. Véase también Renfré Joyei.-Pouari, La responsabilité civile en matière des sports ou Québec et en Franco, Montreal, 1975.

Véase en general: Antonio Ortigara Solar, /;'/ (Entrada de Casino. Santiago. 1990, (214 págs.)

K Véanse: Paulina Salcedo, Arrendamiento de ftero, Stgo., 1996; Juan C.: Ciumucio, recreación asistida. Stgo.. 1997. págs. 190 a 204; Víctor Manuel Aviles, Derecho Obstétrico. Stgo., 1992 (225 págs.)

Los actos innominados, conforme al principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de las convenciones, tienen pleno valor, siempre, naturalmente, que se ajusten a las normas generales de los actos y declaraciones de voluntad y al orden público.⁹

1240. ACTOS RECEPTICIOS Y ACTOS NO RECEPTICIOS

Esta distinción de los actos o negocios jurídicos unilaterales no es formulada por los autores en términos uniformes, sino con cierta notable variación conceptual. Nosotros adoptaremos la posición que nos ha parecido más adecuada.

Actos jurídicos recepticios son aquellos en que la declaración de voluntad que encierran, para lograr eficacia, ha de dirigirse a un destinatario determinado, o sea, debe comunicarse o notificarse a éste.

Actos jurídicos no recepticios son aquellos en que la declaración de voluntad que encierran, logra su eficacia por el simple hecho de su emisión, sin que sea necesario comunicarla a nadie.

La propuesta de celebrar un contrato con determinada persona, el desahucio del arrendamiento de una casa sin plazo fijo, la rescisión de un contrato, son ejemplos de actos recepticios, aunque ninguna disposición legal concreta así lo declare. Pero es evidente que son actos recepticios, "puesto que trascienden a la esfera jurídica de otra persona, siendo necesario, por tanto, que lleguen a conocimiento de ella, y para esto, lo menos que puede exigirse, es que se le dirijan".¹⁰

Ejemplos de actos no recepticios son el testamento, la promesa pública de recompensa y la aceptación de una letra de cambio. "Estas declaraciones se perfeccionan y producen efecto tan pronto como la decisión se toma y adquiere cuerpo revelándose al mundo exterior en la forma legal prescrita, sin necesidad de que llegue a conocimiento de nadie; así, por ejemplo, el testamento produce efectos -muerto el causante-, aun cuando el heredero y demás interesados ignoren su existencia".¹¹

1241. ACTOS CONSTITUTIVOS. DECLARATIVOS Y TRASLATICIOS

a) Actos constitutivos son los que crean un derecho nuevo o una situación jurídica nueva. Ejemplos: el matrimonio, que crea el estado civil de casado; los contratos que hacen nacer obligaciones y crean la calidad de acreedor y deudor.

l) C. Suprema, 28 de diciembre 1921. R. t. 21, sec. 1", p. ,391. Entre otras cosas esta sentencia dice: "Deben calificarse de innominados los contratos no comprendidos en los que se hallan especialmente definidos por la ley y sujetos a sus reglas especiales... Dentro del principio de la libertad de las convenciones nada se opone al valor y eficacia de los contratos que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos".

i" Andrea Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones, traducción del alemán, tomo I, Madrid, 1934, párrafo 21, pp. 122-123.*

" *idem.*

b) Actos declarativos son los que no hacen nacer un derecho nuevo o una situación jurídica nueva, sino que se limitan a reconocer el derecho o la situación anterior, preexistente. Los actos declarativos "constatan", declaran, pues, situaciones o derechos existentes con anterioridad al acto que formula el reconocimiento o la declaración. Ejemplo típico en este sentido es el acto de partición, que pone fin a la comunidad: las partes indivisas que tenían los comuneros en la cosa común son sustituidas por partes divididas, pero sin que haya transferencia de estas partes de un comunero a otro; se reputa que éstos siempre han tenido, desde el nacimiento de la comunidad, la parte que por la partición se les adjudicó.

Se considera que la retroactividad, aunque no esencial o necesaria, es una consecuencia natural de los actos declarativos: éstos tienden a producir sus efectos desde el momento en que se originó la relación jurídica y no sólo desde que se "constató" o reconoció.

Hay algunos actos que se prestan a duda para calificarlos de constitutivos o de declarativos. Por ejemplo, se discute el carácter del reconocimiento de hijo natural en la legislación chilena vigente. Alessandri cree que se trata de un acto constitutivo; los efectos se producirían sólo a partir desde de la fecha en que el reconocimiento se efectúa. Por el contrario, Somarriva¹² y otros¹³ estiman que el acto es declarativo; sus efectos operarían desde el nacimiento del hijo reconocido como natural, retro trayéndose por tanto a esa fecha.

c) Los actos traslaticios o traslativos son los que transfieren a un nuevo titular un derecho ya existente. Ejemplos: la cesión de un crédito, la tradición de un derecho real. Advirtamos -adelantando ideas— que para que la tradición sea válida y opere la transferencia del derecho real, se requiere previamente un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta o donación (art. 675), es decir, un acto jurídico que dé posibilidad para traspasar el dominio, como el de venta, permuta o donación.

1242. ACTOS DE DECLARACIÓN DE CERTEZA O DE FIJACIÓN

Dentro del género de acto declarativo caben diversas especies. Todas ellas tienen de común la característica de que comprueban o "constatan" una situación jurídica preexistente, sin modificarla. Pero mientras algunos actos declarativos hacen esa comprobación respecto de situaciones que no presentan dudas para las partes, otros la hacen respecto de situaciones en que hay una incertidumbre subjetiva. Justamente, los actos declarativos que tienen por función eliminar dicha incertidumbre se llaman de fijación o de declaración de certeza. Mediante ellos "las partes quieren precisar, o sea, hacer cierta, fijar, la situación jurídica preexistente, determinando la existencia, el contenido y los límites de una relación dada, o bien la inexistencia de esta".¹⁴

" Ejemplo: las partes de una compraventa de mercaderías que se entregan por partidas periódicamente, después de la celebración del contrato y mientras se está cumpliendo el mismo, aclaran que en el precio está comprendido el valor del flete, o que no lo está.

Como los demás actos declarativos, el de fijación produce efecto retroactivo: la situación declarada cierta se considera existir y en la forma o del modo fijado desde el instante en que se constituyó la relación jurídica respectiva, y no sólo desde la fecha del acto aclaratorio.

El acto de declaración de certeza es bilateral: si la fijación se realizare unilateralmente, su valor no pasaría de un medio de prueba. Hace excepción el acto unilateral de reconocimiento de una servidumbre por el dueño del predio sirviente, que suple al título constitutivo de la servidumbre voluntaria (C. Civil, art. 883, inc. 1°).

¹² Somarriva, *Evolución del Código Civil Chileno, Santiago, 1955, N°111, p. 193.*
¹³ Lorenzo de la Maza y Hernán Larrain R., *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271. Santiago, 1953. N° 63, p. 122.*

14 Luigi Cariota Ferrara. *El Negocio Jurídico, traducción del italiano, Madrid, 1956, No 73. p. 235. Véase: Ángela Martínez T.. Los actos jurídicos de fijación o de declaración de certeza, Mem. de Licenciado. Santiago, 1962: es una buena síntesis del tema.*

El reconocimiento que deriva del acto de fijación no debe confundirse con la confesión: ésta se refiere a hechos y aquélla a relaciones jurídicas; la confesión es un simple medio de prueba. Se trata de una simple declaración de ciencia o verdad, que no crea vínculo jurídico alguno, al revés del reconocimiento que emana del acto de fijación, el cual establece un vínculo jurídico. Insistimos: la confesión no es un acto jurídico, pues no crea, modifica, regula ni extingue un derecho y, por el contrario, la declaración de voluntades dirigida a eliminar la incertidumbre respecto a una situación jurídica es un acto jurídico, como quiera que regula una situación de derecho preexistente.

Se discute si después de la celebración del acto de declaración de certeza es posible demostrar que la fijación o la aclaración no corresponde a la realidad; en otras palabras, ¿puede ser impugnado el acto de fijación por no haber concordancia entre la relación fijada y la preexistente?¹⁵ Según una opinión, la respuesta es negativa, porque las partes, más que aclarar la situación preexistente tal como era, buscan hacer segura la relación jurídica y debe, en consecuencia, estarles vedado entender ésta en una forma distinta de la fijada: una de las partes no podría, pues, pretender demostrar que ignoraba que la relación jurídica cuya certeza se declaró era en realidad distinta.¹⁶ La opinión contraria arguye que hay que distinguir si el acto de fijación produce una atribución patrimonial, es decir, el desplazamiento de un valor del patrimonio de una de las partes al de la otra: si no lo produce, el acto de fijación es válido, pues la simple función de fijar le sirve de causa; pero no sucede lo mismo si el acto de fijación produce una atribución patrimonial, ya que en este caso debe existir una causa justificadora propia de los actos con consecuencias patrimoniales, y si no la tiene, el acto de fijación es nulo por falta de causa, en cuanto atribuye un derecho patrimonial que no se tenía conforme a la realidad de la situación o relación fijada.

15 Se parte de la base de que la mencionada divergencia no ha sido deliberada, pues "cuando las partes están conscientes de la divergencia entre el contenido que dan a la relación que fijan y aquel que dicha relación tenía en realidad, y le dan intencionadamente vida, hay simulación relativa: el negocio de fijación es la máscara (negocio simulado) destinada a cubrir otro negocio (dissimulado), que será a título gratuito u oneroso, según que la parte a cuyo favor se produce la discordancia entre la relación real y la fijada, dé o no una contraprestación" (L. Cariota Ferrara, ob. cit., p. 244).

16 En este sentido: Emilio Betti. Teoría General del Negocio Jurídico, traducción del italiano, Madrid, s/f, p. 190.

En este caso, sólo sería válido si las partes se hubieran hecho recíprocas concesiones, no obstante la discordancia con la relación real preexistente: pero entonces el acto de fijación podría constituir una transacción. ¹⁷

Completando la definición de nuestro Código Civil (art. 2446), se dice que la transacción es un contrato en que las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. La opinión hoy triunfante sostiene que la transacción no es una especie de acto de fijación, porque el fin de ella no es la eliminación de una incertidumbre sobre la situación jurídica preexistente, sino eliminar o prevenir un litigio. ¹⁸ El albur del pleito no debe confundirse con la mencionada incertidumbre sobre la situación jurídica.

Y tampoco la partición de bienes sería un acto de fijación. La partición consiste en dividir el bien común en tantas partes o lotes cuantos comuneros haya, recibiendo cada uno de éstos la propiedad exclusiva de una de esas partes o lotes que se asignan en proporción a la cuota de cada comunero en la cosa común. Y aunque la partición es un acto declarativo en sentido amplio, no es un acto de fijación, porque no presupone una incertidumbre subjetiva acerca de la situación preexistente: los comuneros saben con exactitud cuáles son sus cuotas y únicamente no conocen las cosas o parte material de una cosa sobre la que recaerá el derecho singular de cada uno. ¹⁹

1243. ACTOS CONSENSÚALES Y ACTOS REALES

Actos consensuales son los que se perfeccionan por la simple manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos (compraventa de cosas muebles,

arrendamiento, mandato); actos reales son los que para perfeccionarse requieren la entrega de una cosa (contratos de comodato, mutuo y depósito).

1244. ACTOS DE EFICACIA REAL Y ACTOS DE EFICACIA OBLIGATORIA

Actos de eficacia real son aquellos cuyo efecto propio inmediato es el de constituir, transferir o extinguir un derecho real (tradición, renuncia abdicativa de un derecho real). Actos de eficacia obligatoria son aquellos cuyo efecto propio inmediato es dar nacimiento a relaciones obligatorias, es decir, a derechos personales u obligaciones.

17. En este sentido: L. Cariota Ferrara, ob. cit., pp. 243-244.

18. En este sentido: Domemco Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*. t. II, Torino, 1965. N° 956. pp. 691-692; L. Cariola Ferrara, ob. cit., pp. 2 47-248.

19 L. Cariola Ferrara, ob. cit., p. 255, nota "12. messineo afirma que la partición es un acto de declaración de certeza. Llega a esta conclusión como consecuencia del concepto que tiene de esta última figura, que es más amplio que el que le da la doctrina mayoritaria. En efecto, incluye entre las finalidades del acto de fijación la de determinar, concretamente, y con efecto retroactivo, la parte material que corresponde a cada uno de los titulares de la relación jurídica (Manual de Derecho Civil).' Comercial, traducción del italiano, t. II, Buenos Aires, 1954, p. 350).

En el Derecho chileno, todos los contratos son actos de eficacia puramente obligatoria; engendran obligaciones o derechos personales, y nunca por sí solos dan origen a derechos reales. En Francia y en Italia los contratos tienen eficacia real: sólo no la tienen —está de más decirlo— los contratos que por su propia naturaleza no pueden implicar sino relaciones personales, como el mandato, y aquellos que por disposición de la ley se limitan al engendro de obligaciones: según el Código Civil italiano la venta de cosa ajena produce el efecto de obligar al vendedor a procurar su adquisición para el comprador (art. 1478, inc. 1°). En Francia, no existe semejante precepto de excepción al efecto real de la compraventa, y la venta de cosa ajena es nula (art. 1599). El Código Civil chileno, como no da virtud traslativa de derechos reales a la compraventa, sino, lo mismo que a todos los contratos, eficacia puramente obligatoria, declara con lógica consecuente que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo (art. 1815).

1245. ACTOS DE ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL Y DE RECITACIÓN DE LAS RELACIONES

Los actos patrimoniales se subdividen en actos de atribución patrimonial y de regulación o reglamentación de las relaciones existentes. Actos de atribución patrimonial son los que tienden a un desplazamiento de derechos patrimoniales de un sujeto a otro (compraventa, por ejemplo). Actos de regulación o de reglamentación son los que, basándose en la situación jurídica existente, constatan y reglamentan las relaciones de las partes, sea dirimiendo conflictos de apreciación, dudas o litigios, actuales o eventuales, sobre su configuración: actos de fijación (que analizamos ya), transacción, compromiso y arbitraje.²⁰

1246. ACTOS DE DISPOSICIÓN Y ACTOS OBLIGATORIOS

Los actos patrimoniales también pueden clasificarse en actos de disposición y actos de obligación.

Actos de disposición son los que importan una inmediata disminución del patrimonio, y sus especies son la enajenación traslativa, la enajenación constitutiva y la renuncia abdicativa. La enajenación traslativa transfiere el mismo derecho de un sujeto a otro: tradición del dominio. La enajenación constitutiva crea un derecho nuevo que viene a limitar a uno existente de mayor contenido; por ejemplo, la constitución de un usufructo, que limita el dominio y que se realiza también por la tradición, al igual que la enajenación traslativa. Por fin, la renuncia abdicativa, verdadera renuncia, es la declaración unilateral del titular de un derecho subjetivo, dirigida a desprenderse de éste sin tras pasarlo a otro sujeto. También se incluyen entre los actos de disposición los de sucesión por causa de muerte, en virtud de los cuales se transmiten a otro u otros los derechos patrimoniales transmisibles de una persona al morir ésta.

20 Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico, traducción del italiano, Madrid, s/f. pp. 212-213.*

Los actos de obligación u obligatorios son los que no producen inmediatamente una pérdida del derecho sino que sólo dan lugar a una obligación, imponen una deuda al patrimonio del deudor; se dice que sólo preparan la pérdida del derecho.

1247. ACTOS JURÍDICOS VERDADEROS Y ACTOS JURÍDICOS SIMULADOS

Según que los actos jurídicos escondan o no algún fingimiento concertado a las partes, los actos jurídicos son simulados (fingidos) o verdaderos. Como se explicará al estudiar la simulación, ésta puede ser absoluta o relativa: es absoluta si las partes fingen celebrar un acto jurídico, sin que en realidad quieran celebrar ninguno; por ejemplo: el deudor se pone de acuerdo con un amigo y celebra una compraventa y le enajena a éste los bienes para sustraerlos a la acción del acreedor; pero en realidad ellos están contestes en no celebrar ningún acto. La simulación es relativa si las partes quieren celebrar un acto jurídico, pero diverso de aquel que celebran a los ojos del público; el acto ostensible se llama simulado y el que verdaderamente han querido celebrar, el que permanece encubierto u oculto, se llama disimulado. Ejemplos: se celebra una compraventa para ocultar una donación, o se indica en la compraventa un precio inferior al verdadero, para eludir impuestos.

1248-. ACTOS DIRECTOS Y ACTOS INDIRECTOS

Mejor que de actos directos e indirectos debe hablarse de procedimientos directos e indirectos para lograr el efecto jurídico perseguido por las partes. Si, por ejemplo, quiero donar un bien a un amigo, puedo hacerle lisa y llanamente la liberalidad (procedimiento directo) o bien, y por cualquier circunstancia,

puedo darle el bien en administración sin obligación de rendir cuenta y Con facultad de enajenar. Negocio jurídico indirecto es, pues, el acto jurídico que representa una vía indirecta, oblicua o transversal para alcanzar el efecto jurídico que las partes buscan. En verdad, no constituye una categoría jurídica. Se diferencia de los actos simulados porque la operación que lo constituye es real y visible, y no fingida.

Las figuras más importantes de actos indirectos, como se verá oportunamente, son los actos fiduciarios y los actos fraudulentos: aquéllos, como anotan los tratadistas, persiguen un fin económico fuera de la ley, y los últimos, contra la ley.

CAPITULO XLI

ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO ABSTRACTAMENTE CONSIDERADOS

1249. COSAS ESENCIALES, DE LA NATURALEZA Y ACCIDENTALES

Los elementos de los actos jurídicos, abstractamente considerados, son de tres especies: esenciales, naturales y accidentales,

a) Elementos o cosas esenciales de un acto son todos aquellos sin los cuales no produce efecto alguno o degenera en otro acto diferente (artículo 1444). Así, no habrá compraventa si no se estipula un precio; no habrá arrendamiento si no se establece una renta, etc.

La falta de una cosa esencial implica la falta del acto jurídico mismo que se pretende celebrar.

Entre los elementos esenciales hay algunos que deben figurar en toda clase de actos: son los elementos esenciales comunes (la voluntad, el objeto). Hay otros que sólo son indispensables para la existencia de ciertos actos, no siendo necesarios ni figurando para nada en la vida de los otros. Así, el precio es un requisito esencial en la compraventa, pero no existe en otros actos. Esta clase de elementos se llaman elementos esenciales especiales, y de ellos nos ocuparemos al tratar en particular de cada uno de los actos en que se presentan.

b) Cosas de la naturaleza de un acto jurídico son las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una declaración o cláusula especial (art. 1444). De manera que las partes nada necesitan declarar para que estos elementos formen parte del acto, ya que la ley dispone en lugar de las mismas partes; la voluntad de éstas sólo es necesaria para excluirlas.

Ejemplo de cosa de la naturaleza de un contrato es el saneamiento de la evicción y de los vicios ocultos de la cosa. Fricción 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. El saneamiento de la evicción impone al vendedor la obligación de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, es decir, en defenderlo de los terceros que pretendan tener sobre ésta derechos anteriores a la compra, y en 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 redhitorios; 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 en que el vendedor no será obligado a dicha garantía (artículos 1842 y 1852).

c) Cosas accidentales del acto son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de declaraciones o cláusulas especiales (artículo 1444). Tales son, por ejemplo, las condiciones, el plazo, el modo y todas las cláusulas especiales que las partes introducen en los actos jurídicos.

En otras palabras, cosas meramente accidentales son las que la ley no subentiende ni son necesarias para la existencia del acto, pero que las partes pueden agregar por medio de una estipulación expresa. Son cosas que no constituyen una consecuencia necesaria del acto. Y así como para eliminar de este las cosas que son de su naturaleza, las partes necesitan de una estipulación expresa, porque en el silencio de ellas la ley las subentiende, así también para incluir en un acto las cosas meramente accidentales, se precisa de una estipulación expresa de las partes, porque en el silencio de ellas la ley no las subentiende.

Los principales elementos accidentales son la condición, el plazo y el modo.

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 los efectos del acto, sin perjuicio de que puedan tener lugar antes de que se cumplan los elementos accidentales algunos efectos preliminares, según vimos al estudiar los derechos eventuales.

CAPITULO XLII

CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ

A. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN

1250. CONCEPTO

Son condiciones de existencia del acto jurídico aquellas sin las cuales no puede formarse, no puede nacer a la vicia del derecho. Son condiciones de validez aquellas que, si bien pueden faltar en el acto, su concurrencia le da una existencia sana.

La falta de alguna condición de validez no impide la existencia del acto, pero lo vicia y permite anularlo; la ausencia de alguna condición de existencia no permite vivir al acto, por la misma razón que es imposible a un ser humano vivir sin cabeza o sin corazón.

1250-a. ENUMERACIÓN

Las condiciones de existencia de los actos jurídicos son:

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

Las condiciones de validez son:

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

Véase mas adelante la nota 40 puesta al párrafo N°1343, en la sección dedicada al "Objeto".

1. LA VOLUNTAD GENERALIDADES

1251. CONCEPTO

La voluntad es el movimiento o cambio interior, psicológico, que determina a la acción. Es el libre querer interno de lograr un fin determinado por medio de la acción.'

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

Pero es de advertir que a menudo la palabra consentimiento es tomada de una manera general, como sinónimo de voluntad, o sea, se habla de consentimiento tanto para referirse a la única voluntad de los actos unilaterales como a las dos o más de los actos bilaterales y plurilaterales.²

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

1252. SERIEDAD

La voluntad es seria cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico. No reúnen esta condición, por ejemplo, la determinación que toma un niño o la que se hace en broma o sin ánimo de obligarse, como cuando dos personas se ponen de acuerdo para realizar un paseo.

1253. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

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

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

La voluntad es expresa cuando el contenido de nuestro propósito es revelado explícita y directamente sin la ayuda de circunstancias concurrentes. Ejemplo: la celebración de un contrato de compraventa por escritura pública.

La voluntad es tácita cuando el contenido de nuestro propósito no es revelado explícita y directamente, sino que se deduce de ciertas circunstancias concurrentes, de la conducta o comportamiento de una persona.

¹ Véanse los diversos conceptos de voluntad en *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía, de la sociedad francesa de filosofía, publicado por André Lalande, traducción castellana, t. II, Buenos Aires. 1953, pp. 1449 a 1451.*

² Véase: *francisco javier saavedra G., Teoría del Consentimiento, Editorial Cono Sur. Santiago, 1994 (519 págs.).*

Pero el comportamiento y los hechos de los cuales se deduce la voluntad deben ser concluyentes o unívocos, es decir, no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones. Ejemplo: si yo entro en una tienda y cojo un objeto pidiendo al empleado que lo envuelva, es indudable, a pesar de no haberlo dicho, que mi voluntad es comprar esa cosa.

Un caso de manifestación que puede ser expresa o tácita es el de la aceptación de una herencia (art. 1241). "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 a ejecutar, sino en su calidad de heredero". "Se entiende que alguien toma el título de heredero -explica el artículo 1242- cuando lo hace en escritura pública o

privada obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial". Los actos puramente conservativos y los de inspección y administración provisional urgente, no dan base para suponer por sí solos -ya que no son unívocos— la aceptación de la herencia por parte de las personas que los realizan (Código Civil, artículo 1243).

Algunos autores distinguen una tercera forma de declarar la voluntad, la presunta. Sería voluntad presunta la que la ley deduce o supone de ciertos hechos:

una determinada conducta del sujeto se considera en estos casos por la ley como una declaración de voluntad en determinado sentido. Así, por ejemplo, "la enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objetos de administración urgente, es acto de heredero, si no ha sido autorizado por el juez a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal" (.art. 1244). También sería voluntad presunta, no obstante que el Código habla de voluntad tácita, la remisión o condonación de la deuda que la ley desprende del hecho de que el acreedor entregue voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruya o cancele, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entiende que hubo ánimo de condonarla (art. 1054). Nuestro Código Civil comprende la declaración presunta dentro de la tácita.

"Todo aquel que realice un acto —dice Von Tuhr— del que pueda inferirse la existencia de una determinada voluntad o que dé liase para sentar una presunción jurídica en ese sentido, debe cuidarse, si no es ésa su intención, de dejar constancia de su verdadera voluntad, levantando protesta: es decir, notificando a la otra parte o a un tercero, o extendiéndola por escrito en un documento, su intención efectiva. Pero la protesta es ineficaz cuando no corresponde a la intención real del agente, es decir, cuando el juez llega a la conclusión de que la intención que lógicamente cabe deducir de la conducta existe a pesar de la negativa.

Cuando tiende a evitar que se dé por supuesta una renuncia o el reconocimiento de un derecho a favor de otra persona, la protesta recibe el nombre de reserva.

Hay numerosos casos en que la ley, remontándose sobre los límites de la presunción, ordena que los actos de una persona se interpreten, cualquiera que su intención sea. como declaración de voluntad en un determinado sentido, surtiendo los efectos consiguientes. En casos tales, se dice que la presunción es de derecho, irrefutable".

1254. EL SILENCIO COMO MANIFESTACION DE VOLUNTAD

El silencio, considerado en sí mismo, no es ni afirmación ni negación, y por eso no puede estimarse como manifestación de voluntad; pero hay casos excepcionales en el Derecho en que así se le estima. El artículo 2125 del Código Civil 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". Otro ejemplo en que el silencio constituye manifestación de voluntad, es el caso de la tácita reconducción, contemplado en el artículo 1956, inciso 3". que dice: "Con todo, si la cosa fuere raíz y el arrendatario con el beneplácito del 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...".

"Jurídicamente, el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad,

aun tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento en favor o en contra del contrato que se le propone, como si yo recibo durante cierto tiempo y sin protestar un diario al cual no me he suscrito, o una carta en la cual se me ofrece en venta un determinado objeto, la que no contesto. De ahí que, en concepto del señor Alessandri. no haya silencio en el caso de la tácita reconducción, contrariamente a lo que creen algunos autores, como Colin y Capitant, De Page, Planiol y Ripert. En este caso. dice el señor Alessandri. hay voluntad tácita derivada del pago de la renta por el arrendatario con el beneplácito del arrendador de un espacio de tiempo subsiguiente a la determinación del arriendo o de cualquier otro hecho igualmente inequívoco de su intención de perseverar en el arriendo (artículo 1956)".³

Si bien por regla general el silencio no es manifestación de voluntad, no es productor de efectos jurídicos: hay, como dijimos, casos excepcionales en que tiene significación dentro del Derecho.

Desde luego, cada vez que la ley dispone algo, salvo estipulación en contrario, el silencio de las partes envuelve aceptación de la regla legal.

Pero fuera de los casos contemplados en la ley. el silencio, según la opinión generalmente admitida, constituye una manifestación de voluntad cuando va acompañado de otras circunstancias que permitan considerarlo, sin ambigüedades, como expresión de la voluntad de la persona de que se trata. Esto es lo que se llama el silencio circunstanciado. "Tales circunstancias, que los jueces del fondo apreciarán soberanamente, por tratarse de una cuestión de interpretación de voluntad, pueden ser muchas y de muy diversa naturaleza".⁴

*1 arturo alrssonpri R., "Valor jurídico del silencio". revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXVIII (correspondiente al año 1941), primera parte, p. 133.
4 Ibídem. p. 137.*

"La existencia entre las partes de relaciones de negocios anteriores o de un contrato que está en ejecución es considerada por la jurisprudencia francesa como una circunstancia que autoriza para interpretar como aceptación el silencio del destinatario hacia su cliente habitual que le envía o le pide una mercadería o le hace un encargo comprendiólo en esas relaciones. Si. por ejemplo, el dueño de un restaurante de provincia escribe a su proveedor habitual, residente en Santiago, que cuenta con él para que le procure, como en otras ocasiones, tales y cuales artículos para las fiestas de Navidad, el silencio del proveedor constituye aceptación del pedido. Se estima asimismo que el silencio constituye aceptación cuando en la operación de que se trata el hecho de no protestar dentro de cierto tiempo se mira como aceptación según los usos y costumbres en vigor, y ello aunque no existan entre las partes relaciones de negocios anteriores".⁵

La jurisprudencia chilena en más de una ocasión ha atribuido valor al silencio circunstanciado."

"El silencio importa igualmente manifestación de voluntad si así lo han convenido las partes. Estas pueden estipular, por ejemplo, que un contrato de arrendamiento, de trabajo o de sociedad se entenderá prorrogado por períodos sucesivos si ninguna de ellas manifestare a su terminación el deseo de ponerle fin: la prórroga se producirá automáticamente por el silencio de los contratantes. Pueden convenir también que, en sus relaciones recíprocas, el silencio de una respecto de la oferta de la otra importará aceptación (Planiol y Ripert). Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes (artículo 1545).

"El silencio, por último, será fuente de obligaciones cuando su autor haya abusado de él, sea intencionalmente, sea por culpa o negligencia, y de ello se siguiere perjuicio a un tercero (Deniegue). Todo el que cause un daño a otro por dolo o culpa debe repararlo (artículo 2314). Pero entonces la obligación que engendra será delictual o cuasidelictual, según el caso. y no contractual. "Si, como dice Popesco Ramniceano. yo tengo el derecho de no contestar una

oferta que recibo, no tengo el de abusar de mi silencio, cuando callándome perjudico a sabiendas. Quedo entonces obligado, porque, al callarme, he podido agravar la situación de un tercero, cuando una sola palabra mía habría bastado para ilustrarlo de mis intenciones y evitarle daños inútiles". Luego, si guardo silencio con el propósito deliberado de dañar a otro. o sabiendo que al obrar así lo perjudico, o si mi silencio es imputable a culpa mía o a un ejercicio incorrecto de mi derecho, abuso de él, cometo un delito y cuasidelito que me obliga a reparar el daño que haya causado, y no cabe mejor reparación que obligarme a proceder como si realmente hubiera consentido, toda vez que la ley no ha señalado la forma de la reparación (Popesco Ramniceano).

Arturo Alessandri, "Valor jurídico del silencio", Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo XXXVIII, 1941. primera parte, P.137

" revista de Derecho y jurisprudencia, lomo XVIII. segunda parte, .sección primera, p. 405 tomo XXII. segunda parte, .sección primera, p. 797

Los artículos 368, 477 v 667 del Código de Comercio están inspirados en este criterio: el que tolera la inserción de su nombre en la razón social, el librado que no devuelve la letra sin aceptar el mismo día que le fue presentada para su aceptación, abusan de su silencio, pues. de hablar oportunamente, como lo haría un hombre de mediana prudencia, habrían evitado el perjuicio que irrogan con su actitud".-

"En resumen, en materia contractual el silencio solo importa manifestación de voluntad suficiente.

1° Cuando la ley le da este valor expresamente, como en el caso de los artículos 2125 y 2195 del Código Civil (mandato y comodato precario):

2° Cuando las partes así lo han convenido, v

3° Cuando las circunstancias que lo acompañan permiten atribuirle este carácter.

Fuera de allí, el silencio carece de eficacia para generar un contrato.

El silencio es también fuente de obligación cuando se ha abusado de él por dolo o negligencia y este abuso irroga un daño a terceros. Pero en este caso la responsabilidad de su autor será extracontractual y quedará regida por las reglas del título 35 del Libro IV del Código Civil".

Finalmente, para cerrar este estudio, podríamos enunciar la siguiente fórmula general: el silencio produce efectos jurídicos cuando quien calla pudiendo y debiendo hablar, no lo hace. En este caso se entiende que consiente la persona que guarda silencio: *quit tacet cum loqui potnit et dehuic*, consentiré videtur.

Algunos códigos recientes son restrictivos en cuanto al silencio como manifestación de voluntad. Por ejemplo, el Código Civil peruano de 1984 dice:

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan significado" (art. 142).

1255. DESACUERDO ENTRE LA VOLUNTAD Y LA DECLARACION; VOLUNTAD REAL Y VOLUNTAD DECLARADA

Cuando la declaración es la exteriorización fiel de la voluntad real o interna. ninguna dificultad surge. Pero cuando hay desacuerdo entre una v otra, esto es, entre la voluntad declarada y la voluntad real. aparece el problema. La discordancia que tratamos puede ser consciente o inconsciente. La discordancia conscientes la conocida por las partes, pues éstas la han buscado deliberadamente, mediante una declaración emitida sin la seriedad necesaria (como las declaraciones de propaganda, las hechas con fines de enseñanza, etc.). con reserva mental, con simulación. 1.a discordancia inconsciente es aquella de que las partes no se dan cuenta; surge cuando la declaración expresa una voluntad distinta de la que en realidad se tiene, y se llama error esencial. obstáculo, obstativo o impropia. Ejemplos: se emplea una palabra por otra, por desconocer su significado o porque éste es ambiguo (un extranjero emplea el sí. creyendo

que esa palabra significa no: en lugar de decir uso. una persona desconociendo el significado preciso del término jurídico, habla de usufructo): se declara dar a Fernando creyendo que se está frente a Hernán: se quiere regalar un objeto y se indica por distracción otro: el nuntius o mensajero transmite en forma inexacta la voluntad de una de las partes, etc. No debe confundirse el error obstativo con el error propio, llamado también error vicio, o error nulidad, que recae en la voluntad interna, al revés del primero c[ue recae en la declaración. El error vicio es un conocimiento falso que influye en la gestación de la voluntad interna, hace que ésta se forme patológicamente y que la persona declare precisamente lo que quiere, pero resulta que lo que quiere lo desea por haberse formado falsamente su querer: éste no habría existido de haber conocido la realidad exacta. Ejemplo: si yo quiero comprar unos candelabros de oro y por distracción señalo al vendedor unos de plata dorada, hay error obstativo; pero si conscientemente señalo estos últimos creyendo que son de oro. trátase del error vicio.

Más adelante se verá si hay importancia en distinguir ambos géneros de error.

1256. VOLUNTAD QUE DEBE PREPONDERAR CUANDO HAY DIVERGENCIA ENTRE LA INTERNA Y LA DECLARADA; TEORÍAS

Varias teorías tratan de determinar qué voluntad debe prevalecer cuando hay divergencia entre la interna y la declarada. Veremos las principales.

a) Teoría de la voluntad real. El abanderado de esta teoría es Savigny. Considera que la voluntad interna es el principal elemento del acto jurídico: la declaración no es más que el medio de revelar o exteriorizar aquélla. Luego, la voluntad interna debe prevalecer, porque lo que el Derecho protege es el querer del individuo. Para saber, pues, si el contrato se ha formado debe indagarse la voluntad real, el querer interno de los sujetos. Esta misma voluntad da la pauta para interpretar el acto.

Dicha solución, empero, atenta contra la seguridad de las relaciones jurídicas, porque éstas siempre estarían expuestas a ser destruidas por una hipotética divergencia surgida a posteriori. La buena fe desaparecería: el recelo de las partes se erigiría en sistema.

Diversos remedios se han propuesto para paliar los defectos de la teoría en examen: por ejemplo. Ihering enunció la teoría de la *culpa in contrahendo*, según la cual los contratantes deben poner diligencia no sólo en el cumplimiento de las relaciones jurídicas ya formadas, sino también respecto de las relaciones en gestación, de las que se están formando. Por consiguiente, si una parte da lugar a la conclusión de un contrato nulo. es responsable frente a la otra del interés contractual negativo.

Sin embargo, esta teoría es solo un remedio parcial e inadecuado para los múltiples inconvenientes que se derivan de dar una preponderancia absoluta a la voluntad interna en la formación e interpretación de los actos jurídicos.

b) Teoría de la declaración de voluntad. Surgió como una reacción violenta contra la teoría volitiva. Se basa en la mayor seguridad del tráfico jurídico y la buena fe de terceros. Autores alemanes la han prohiado: Rever. Kohler. Leonhard. A su tenor, la declaración de voluntad debe primar sobre la voluntad interna en caso de desacuerdo entre una y otra. porque aquélla determina la formación de los actos: el querer interno de los individuos no puede considerarse por el Derecho, va que sólo produce efectos jurídicos en la medida en que ha sido declarado.

El medio que los hombres tienen para comunicarse y entenderse es la palabra, y ésta debe tomarse en el sentido que normal y corrientemente se le atribuye. El que recibe una declaración, tiene, pues. derecho a creer que ella corresponde a la voluntad efectiva: de otro modo cualquiera contratación sería

incierta, la seguridad de las relaciones desaparecería, el comercio no sería posible. En consecuencia, de acuerdo con esta teoría, jamás puede impugnarse como nulo un acto jurídico so pretexto de que no se quiso lo que según la declaración aparece como querido, como expresión de la voluntad interna.

La teoría de la declaración si bien elimina los inconvenientes de la teoría volitiva, peca por el extremo opuesto: olvida el elemento interno y da eficacia a una mera apariencia de voluntad.

El Código Civil Alemán adopta una posición mixta; combina las dos teorías hasta aquí examinadas.

c) Teorías eclécticas. Estas teorías tratan de conciliar la teoría volitiva y la de la declaración. Merecen citarse dos: la de la confianza y la de la responsabilidad.

Según la primera, hay que atenerse a la declaración cuando el que la recibe tiene razón para creer que corresponde a la voluntad real del declarante. aunque en el hecho no exista esa supuesta congruencia; pero si sabe que ésta falta, su expectativa no merece protección alguna. De aquí que el acto simulado deba ser nulo.

La teoría de la responsabilidad dice que debe declararse nulo el acto cuando la declaración es disconforme con la voluntad sin culpa del declarante y sin que el mismo la conozca; y eme debe declararse válido en el caso inverso, "substituyéndose el elemento de la voluntad que falta por un elemento nuevo que la supla y que funcione excepcionalmente como constitutivo del acto: la responsabilidad". En efecto, dice Ruggiero, quien hace una declaración y sabe que es disconforme, disconformidad que obedece a imprudencia o a otra causa que le sea imputable, asume "una responsabilidad con respecto al destinatario, el cual tiene derecho a considerar la expresión conforme con la voluntad interna; la buena fe en la contratación y la seguridad de la palabra ajena exigen que sea protegido quien, dadas las circunstancias en que la declaración fue hecha, no tenía mayores motivos para dudar de su conformidad con el querer interno. De aquí precisamente esta limitación al principio: el acto no es válido cuando la otra parte conocía la discordancia o hubiera podido conocerla".

Teoría que acepta nuestro Código. Nuestro Código acepta la teoría de la voluntad. Así se desprende de diversas disposiciones suyas: el artículo 1445. que dice que para que una persona se obligue a otra por una declaración de voluntad se requiere eme consienta en esa declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio; el artículo 1560, que manifiesta que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", etc.

Pero la teoría de la voluntad no está tomada en todo su rigor, pues no se permite la prueba de una voluntad que difiere en absoluto de la voluntad declarada por escrito: tampoco son admisibles, respecto de terceros, las escrituras privadas que alteren lo pactado en escritura pública, ni 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 (artículo 17^").

1257. CARACTERES QUE DEBE REUNIR LA VOLUNTAD PARA SER JURIDICAMENTE EFICAZ

Para la completa eficacia jurídica de la voluntad se requiere que reúna los caracteres de consciente y no viciada. Puede haber ausencia total de voluntad y puede haber vicios que la afecten. En el primer caso, el acto no existe dentro del mundo jurídico: sólo existiría en el hecho. En el segundo caso. que estudiaremos al hablar de las condiciones de validez, el acto sería anulable.

1258. CAUSAS QUE SUPRIMEN LA VOLUNTAD

Hay ausencia total de voluntad por causas que suprimen a ésta cuando una de las partes sufre de demencia o está privada de razón, o cuando sufre un error esencial.

a) Demencia o privación de razón. Cuando el individuo es demente, enfermo mental o está privado de la razón, no puede tener voluntad porque sus condiciones fisiológicas se lo impiden; éstas no le permiten formarse un concepto cabal y completo del acto que pretende realizar.

Hállanse en este caso los dementes, los impúberes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, es decir, todos los absolutamente incapaces, de acuerdo con el artículo 1447 del Código Civil. Los actos jurídicos de estas personas adolecen de nulidad absoluta (art. 1682). Pero, en verdad, de acuerdo con los principios jurídicos puros, esos actos son más que nulos:

son inexistentes, ya que los absolutamente incapaces no tienen voluntad, y sin voluntad no puede concebirse acto jurídico alguno.

Todo lo dicho se aplica a cualquiera persona que por un motivo u otro se encuentre privada de su voluntad (hipnotizados, ebrios, víctimas de un ataque, sonámbulos).

b) Error esencial. Hay también ausencia total de voluntad cuando la persona o las personas que celebran un acto jurídico incurren en un error esencial. No se trata en este caso e individuos fisiológicamente ineptos para comprender el contenido y alcance de un acto: aquí las personas tienen todas las potencias psíquicas para poder apreciar el paso que dan, pero al manifestar su voluntad incurren en un error de tal magnitud que no pueden generar un acto jurídico.

Tratándose de los actos bilaterales o convencionales, el error obstáculo impide el acuerdo de voluntades, pues las partes no se entienden; como dice un autor, "cada una se ha engañado no sobre lo que ella quería, sino sobre lo que quería su contraparte; el error obstáculo es un "diálogo de sordos".

El error esencial (llamado también error obstativo, error obstáculo, porque impide la formación del acto) se presenta: a) cuando recae sobre la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra: b) cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, y c) cuando el error recae sobre la causa de la obligación.

Ejemplo relativo a la primera situación: Pedro entiende prestar una cosa a Juan y éste cree que se trata de una donación. Sabemos que en las convenciones las voluntades deben ser acordes: pues bien, es manifiesto que en el ejemplo propuesto las voluntades son divergentes, no pudiendo, por lo tanto, existir el acto; éste no adopta la forma del préstamo, ni la de la donación, ni ninguna otra, porque, en realidad, no existe.

Tampoco hay concurso de voluntades cuando el error recae sobre la identidad de la cosa específica sobre la que versa el acto o contrato, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender un caballo y el comprador entendiese comprar otro caballo.

El tercer caso de error obstáculo es el de error sobre la causa de la obligación. Ejemplos: una persona, creyéndose responsable de un daño, se obliga a repararlo; un individuo se compromete a dar una pensión mensual a un niño, en la falsa creencia de que es hijo ilegítimo suyo. etc.

Según el artículo 1453, el error esencial "vicia el consentimiento". Pero, en realidad, impide que se produzca el acuerdo de voluntades, y sin este acuerdo el acto no puede existir; de manera que dicho error produce la inexistencia del acto o contrato.

Los que piensan que la inexistencia no cabe dentro de nuestro Derecho, están divididos en cuanto a la clase de nulidad que aquí se da. Dentro de los principios, los antecedentes históricos y la sana razón, parece indudable que el acto en que hay error esencial adolece de nulidad absoluta:

pero la interpretación literal de los preceptos del Código (artículos 1453, 1454

y 1682), afirman algunos, mueve a creer que se trata de un caso de nulidad relativa.

En efecto, el artículo 1453 dice que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata. Y el artículo 1454 expresa que el error de hecho "vicia asimismo el consentimiento"... y se refiere a casos de error substancial que, conforme al artículo 1682, está sancionado con la nulidad relativa. El empleo de la expresión asimismo estaría manifestando que el error obstáculo del artículo 1453 vicia de la misma manera el acto que el error substancial del artículo 1454, que trae la nulidad relativa.

Todavía, si consideramos que la razón de la nulidad absoluta dice relación con el interés general o la moral, tendremos que concluir que el error obstáculo cae, desde este punto de vista, dentro de la nulidad relativa, porque su presencia perjudica sólo el interés privado de los individuos. No resultaría lógico aplicarle los principios de la nulidad absoluta. Así, ésta impide la ratificación o confirmación del acto nulo absolutamente, ¿y qué inconveniente habría para que, por ejemplo, si yo entiendo comprar un caballo y la otra parte venderme otro, haya confirmación de la venta por encontrar también de mi agrado este otro caballo? Ninguna perturbación hay aquí del interés social, el orden público o las buenas costumbres.

FORMACION Y PERFECCIONAMIENTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1259. PERFECCION Y EFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Son cosas distintas la formación o perfeccionamiento del acto jurídico y la eficacia del mismo.

Para determinar el momento en que se perfeccionan los actos jurídicos hay que distinguir entre actos unilaterales, recepticios y no recepticios, y contratos.

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

El perfeccionamiento o formación de los contratos, llamado también conclusión de los mismos, lo estudiaremos más adelante.

El concepto de perfeccionamiento no debe confundirse con el de eficacia, que es la aptitud del acto jurídico para producir sus efectos. La distinción es importante, porque no siempre los dos momentos, el de la perfección y el de la eficacia, coinciden; por ejemplo, el testamento se perfecciona en el momento mismo en que el testador lo otorga en la forma establecida por la ley, pero no produce sus efectos sino cuando el testador muere.

1259-a. PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS; DISTINCIÓN

Para determinar cómo se forman o perfeccionan los contratos es necesario distinguir entre los reales, solemnes y consensuales. Contrato real es aquel que se perfecciona por la entrega de la cosa.⁹ El contrato solemne se perfecciona al cumplirse las formalidades especiales a cuya observancia está sujeto y, consecuentemente, si no se forma, por cierto ningún efecto civil puede producir. El contrato consensual se perfecciona por el solo consentimiento de las partes (C.Civil, art. 1443).

9 El Código Civil en el artículo 1443 en lugar de entrega habla de tradición, porque toma esta última palabra en el amplio sentido de la primera, como lo hacen por lo demás muchos juristas y legislaciones. En el concepto amplio la tradición es precisamente definida como la entrega que un sujeto hace de una cosa (mueble o inmueble) a otro sujeto de manera de dejarla en poder de éste e implica el traspaso de la cosa de un sujeto (tradente, el que traspasa la cosa) a otro sujeto "accipiente" o recipiente, el que recibe la cosa). La doctrina chilena habla de tradición cuando la entrega de la cosa envuelve la constitución o la transferencia de un derecho real como ocurre en el contrato de prenda ordinaria o en el de mutuo o préstamo de consumo, y de entrega tanto cuando el traspaso importa la constitución o transferencia de un derecho real como cuando no importa esta constitución o traspaso de derecho real, sino el simple traspaso de la tenencia de la cosa.

1259-b. PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES: EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento de las partes, que basta por sí solo para la formación de los contratos consensuales, ha sido definido como el encuentro de dos declaraciones de voluntad que, emitidas por dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se funden.¹⁰ Se halla integrado por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación, La primera corresponde a la parte que toma la iniciativa para la negociación, y la segunda, a la parte que adhiere a esa iniciativa.

Hay consentimiento cuando las declaraciones de la oferta y de la aceptación se funden. En qué momento y en qué condiciones ocurre esto es lo que veremos en el curso de las explicaciones que siguen.

1260. REGLAMENTACIÓN DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DENTRO DE LA LEGISLACIÓN CHILENA

El Código Civil no se refiere al proceso de formación del consentimiento, sino a los caracteres que debe tener para su existencia y validez. El Código de Comercio, en cambio, en sus artículos 97 a 108, da normas minuciosas sobre dicho proceso. Y estas reglas se aplican también en materia civil porque a pesar de estar contenidas en un Código especial, son por su naturaleza generales y deben, por lo tanto, tener una aplicación general, de acuerdo con el principio que dice que el alcance de las disposiciones se determina por su propia naturaleza y no por la ubicación que tienen en determinado Código, y las reglas sobre la formación del consentimiento que establece nuestro Código de Comercio son de naturaleza general, y no especial o excepcional. De la misma manera lo entendió el Mensaje con que el Presidente de la República presentó el Proyecto de Código de Comercio al Congreso Nacional. Ese documento, que forma parte de la historia de la ley, expresa que en lo relativo a la formación del consentimiento el Código de Comercio viene a llenar "un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil".

Basta, pues, para aplicar las disposiciones del Código de Comercio sobre la formación del consentimiento en materia civil invocar la naturaleza general de las reglas correspondientes y la historia de la ley. La Corte de Temuco, en una ocasión, recurrió a la analogía y a la equidad, argumentos que también proceden, pero que resultan de menor entidad o fuerza ante los apuntados por nosotros.

10 En otro lugar ya hicimos presente que en idioma corriente la palabra se toma también en el de aquiescencia, condescender o aceptar. Así la toma el Código Civil en el artículo 1445. pues dice que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta m elidió acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

" Sentencia de 5 de agosto de 1934. revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIV. segunda parte, sección segunda, p. 28. En contra: C. de Santiago. 25 de agosto de 1948. R. t, XLVI, sec. 2-'. p. 48.

La Corte Suprema, en una ocasión,¹² declaró que "el Código de Comercio no es ley vigente para la formación del consentimiento en los contratos civiles, y si bien .sus disposiciones sobre la formación del consentimiento (artículos 97 a 106) contienen los principios aplicables a todos los contratos, la eventual trasgresión de los mismos no hace admisible la casación en el fondo, porque esta ha de fundarse no en la violación de principios sino en la de leyes".

La inconsistencia de la afirmación básica de la doctrina anterior sorprende y asombra. Con una redacción sibilina el Supremo Tribunal quiere decir que los artículos del Código de Comercio relativos a la formación del consentimiento sólo tienen el carácter de leyes tratándose de contratos mercantiles v que son meros principios respecto de los contratos civiles.

Ya transcribimos el alcance general que a esas disposiciones da el mensaje citado, y debe entenderse que con el mismo alcance las aprobaron los diputados y senadores, porque no hay constancia de lo contrario en las actas de los cuerpos legislativos. Por otra parte, la naturaleza general o especial de los preceptos jurídicos dimana de ellos mismos y no de su ubicación en una ley general o especial. La misma Corte Suprema ha extendido siempre la presunción de buena fe establecida en una norma sobre la posesión de bienes materiales (art. 707) al matrimonio putativo, porque considera que esa presunción es de carácter general. Más todavía, nadie duda que las normas del Código Civil relativas a la concesión por el Presidente de la República de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones privadas, son normas de derecho publico a pesar de encontrarse en un código de derecho privado, porque rigen relaciones entre un poder público v los particulares. Por último, ¿qué razón lógica hay para que un mismo contrato (como la compraventa de cosas muebles) que, según los casos, puede ser civil o mercantil, no se forme de la misma manera en ambos supuestos?

FORMACION DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

1261. LA OFERTA

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

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

La oferta puede ser verbal o escrita, expresa o tácita. La oferta expresa es la que explícita y directamente revela el deseo de contratar; la tácita es la que revela este deseo indirecta pero inequívocamente por la concurrencia de ciertas circunstancias. Ejemplos de ofertas tácitas: la circulación de vehículos de servicio público (ofrecen celebrar el contrato de transporte): los restaurantes automáticos: la exhibición en las vitrinas comerciales cíc mercaderías con el precio señalado: los aparatos que mediante la introducción de monedas proporcionan mercaderías: el ofrecimiento del pago de arrendamiento del mes subsiguiente al del vencimiento del contrato, etc.

12 Sentencia de 26 julio 1971, R. t. 68 .sec. 1º p. 217 (Considerando 1S. p. 221).

La oferta puede hacerse a persona determinada o indeterminada. Se hace a persona determinada cuando se dirige a un sujeto individualizado, sea o no conocido del oferente. Y se hace a persona indeterminada cuando va dirigida al público en general, y no a una persona en particular, y en términos tales que cualquiera puede aceptarla, y el que la acepte tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato. Ejemplos de ofertas indeterminadas: avisos de los diarios, carteles, prospectos, circulares, gritos de los vendedores ambulantes invitando a comprar sus mercancías. En general, todos los establecimientos abiertos al público que ofrecen sus mercancías o servicios mediante un precio señalado de antemano, hacen una oferta a personas indeterminadas, y cualquiera que la acepte tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato generado mediante la oferta y la aceptación.

La oferta de que aquí hablamos no debe confundirse con la promesa de celebrar un contrato, de la cual nos ocuparemos en su debido lugar. Esta última es un verdadero contrato de carácter peculiar.

1262. LAS OFERTAS INCOMPLETAS E INDETERMINADAS

Las ofertas incompletas, o sea, las que no determinan todas las condiciones del contrato propuesto, no son propiamente ofertas. Constituyen tan sólo invitaciones a formular ofertas o meras informaciones destinadas a orientar a los interesados y a provocar de su parte eventuales propuestas. A estas ofertas impropias se refiere el artículo 105 del Código de Comercio chileno, que dice:

Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace."

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

El inciso 1" se refiere a las ofertas incompletas que se dirigen al público en general, indeterminadamente, porque las ofertas incompletas que se dirigen a personas determinadas están consideradas en el inciso siguiente.

En un breve comentario de la disposición transcrita cabe decir que con razón el inciso 1" declara la no obligatoriedad de las pseudo ofertas u ciertas incompletas dirigidas a personas indeterminadas. Respecto al inciso 2" puede afirmarse que hasta leerlo para darse cuenta que es una norma de efecto práctico nulo. Por fin, el conjunto de ambos incisos deja en claro que el Código no ha reglamentado las verdaderas ofertas al público y, en todo caso, la disposición considera sólo las proposiciones de venta de mercaderías pero no las de compra y menos las de otros contratos.

Con razón se ha dicho que "en una eventual reforma legislativa el artículo 105 del Código de Comercio debería desaparecer sin dejar rastro, estableciéndose en su lugar un precepto como el del artículo 1336. del Código Civil italiano de 1942, que dispone: "La oferta al público, cuando contiene los extremos esenciales del contrato a cuya conclusión es encaminada, vale como propuesta. salvo que resulte diversamente de las circunstancias o de los usos". Esta fórmula fija las condiciones de validez de la oferta al público y permite diferenciarla nítidamente de las invitaciones a hacer ofertas y de las meras informaciones a que se dirigen los catálogos, circulares, avisos, etc.".13

1263. LA ACEPTACIÓN

La aceptación es el acto por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella. La persona que acepta la oferta se llama aceptante.

La aceptación, al igual que la oferta, puede ser expresa o tácita.

Ejemplos de aceptación tácita: el subir a un vehículo de locomoción colectiva importa aceptar la oferta de celebrar el contrato de transporte; el sentarse en un sillón de peluquería; el de realizar un acto relacionado con un encargo que se ha hecho, importa aceptar el contrato de mandato; el recibir por parte del arrendador, con posterioridad al término del arrendamiento, el pago de cualquier período subsiguiente a este término, implica aceptar tácitamente la renovación del contrato respectivo (tácita reconducción).

La aceptación, sea expresa o tácita, produce los mismos efectos, y tanto una como otra están sujetas a las mismas reglas (Código de Comercio, artículo 103).

La aceptación puede ser pura y simple o condicional. La aceptación es pura y simple cuando implica adhesión a la oferta en los mismos términos en que ésta ha sido formulada. En otras palabras, cuando es congruente con la oferta. Ejemplo: si alguien ofrece venderme, por determinado precio, 100 libros colocados en mi casa, y yo respondo "conforme", quiere decir que he aceptado expresa, pura y simplemente. La aceptación es condicional cuando contiene reserva o modificaciones que alteran los términos de la oferta. Cuando entre ésta y aquélla no hay concordancia absoluta, como -y siguiendo con el ejemplo anterior- si yo dijera acepto comprar los 100 libros que me ofrece al precio indicado, pero puestos en Antofagasta. pues quiero donárselos a un amigo residente en esa ciudad.

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

El mero silencio de la parte a quien se dirige la propuesta no importa aceptación, pero puede importarla si es circunstanciado. El Código Civil se refiere a uno de estos casos al decir que "las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación" (art. 2125). La circunstancia de que el destinatario sea una de dichas personas determina que su silencio se mire como aceptación.

1264. CIRCUNSTANCIAS Y CONDICIONES EN QUE DEBE DARSE LA ACEPTACIÓN PARA QUE FORME EL CONSENTIMIENTO

Estas circunstancias y condiciones son tres:

- a) La aceptación debe darse mientras la oferta esté vigente:
- b) La aceptación debe ser oportuna, y
- c) La aceptación debe ser pura y simple.

1265. a) VIGENCIA DE LA OFERTA

Si para que se genere el contrato es necesario el acuerdo de las voluntades de las partes, y si éste no se produce sino mediante una oferta seguida de aceptación, se comprende que para que nazca el acto bilateral preciso es que la aceptación tenga lugar mientras esté vigente la oferta.

La oferta puede dejar de estar vigente por dos causas: la retractación y la caducidad. Hay retractación cuando el proponente revoca la oferta o la deja sin efecto. Hay caducidad cuando el proponente muere o se incapacita legalmente. Tanto una como otra obstan a la formación del contrato si se producen antes de que se manifieste la aceptación. El artículo 101 del Código de Comercio dice: "Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente". En este punto nuestra legislación ha seguido la doctrina clásica, en cuya virtud el proponente no queda ligado por su oferta, salvo cuando expresamente ha fijado un plazo de espera. El mismo criterio sigue el C. Civil italiano de 1942 (art. 132S). Según otra doctrina, acogida por las legislaciones alemana y suiza, la oferta liga al oferente. La eficacia obligatoria de la propuesta impide la revocación de ésta. una vez que haya llegado a su destino, resultando, en consecuencia, inevitable la celebración del contrato, siempre y cuando que la aceptación llegue en momento oportuno. Dentro de esta doctrina, al revés de lo que ocurre en la clásica, es necesaria una declaración expresa para eliminarla obligatoriedad de la oferta, reservándose el proponente el derecho a revocarla entretanto que la aceptación se formule o llegue a su poder, y aun el derecho a decidir libremente respecto a la aceptación formulada (éstas son las llamadas en la práctica mercantil "ofertas sin compromiso")."

El criterio clásico de nuestra legislación no sólo se trasunta en el artículo 101 del Código de Comercio, ya copiado, sino también en el artículo 99 de ese mismo cuerpo legal, que expresa, en su primera parte, que el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación.

14 von TUHR. obra citada, tomo I. pp, 137 Y 138

Indemnizaciones a que puede dar lugar la retractación tempestiva de la oferta. El

derecho arbitrario que da nuestra ley al proponente para retractarse de la oferta en cualquier momento antes de ser aceptada, puede causar perjuicios al destinatario que, partiendo de lo que ocurre normalmente, ha tomado medidas en la creencia de que el contrato se celebrará. En este caso, en que la retractación es oportuna o tempestiva (entendiendo por tal la que se realiza después de emitida la oferta y antes de ser dada la aceptación), la ley impone al oferente la obligación de indemnizar los gastos que hubiere hecho la persona a quien fue encaminada la propuesta, como también los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente puede exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto (Código de Comercio, artículo 100).

La existencia de la obligación de indemnizar por parte del proponente que se retracta tempestivamente y el fundamento de esta responsabilidad han sido vivamente discutidos en la literatura de los países cuya legislación carece de un texto expreso como el nuestro que la consagre. En Chile, no cabe discusión: la ley ha impuesto esta responsabilidad por una razón de equidad. Según Alessandri, si alguna explicación pudiera darse de la situación que analizamos, dimanaría del abuso del derecho: el proponente puede retractarse, pero no debe irrogar daños al patrimonio ajeno: de lo contrario hay abuso del derecho y procede la indemnización. Para otros, se trata de un caso de responsabilidad precontractual o de culpa "in contrahendo". Sea como fuere, en nuestro derecho la responsabilidad del oferente que se retracta tempestivamente es legal, y debe indemnizar al destinatario, sin que importe mayormente el fundamento teórico de la responsabilidad. Y el proponente sólo puede liberarse de ésta, como dijimos, cumpliendo el contrato ofrecido.

1266. OFERTA QUE POR SÍ SOLA OBLIGA. DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD.

Hay en la legislación chilena casos excepcionales en que el proponente, por obra de su sola voluntad, no puede retractarse de la oferta por cierto tiempo, aun cuando no haya sido aceptada. El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación: pero no puede hacerlo si al formular la oferta se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume (Código de Comercio, artículo 99). Mientras no se produzca uno de estos dos extremos, el proponente no puede retractarse de la oferta y, si de hecho lo hiciere, producida la aceptación en los términos señalados por el solicitante, el contrato se forma, porque el proponente no puede retirar la oferta por disposición de la ley.

Este es un caso de declaración unilateral de voluntad existente entre nosotros desde el pasado siglo. El proponente queda obligado por obra de su sola voluntad, ya que el destinatario nada ha manifestado.

Ahora bien, como queda dicho, en la oferta con plazo el proponente queda obligado aunque se retracte. ¿Y si se incapacita legalmente o muere? ¿Están obligados los representantes o los herederos a llevar a cabo el contrato? Según Alessandri, no, porque el artículo 99 del Código de Comercio que obliga a celebrar el contrato a pesar de la retractación es de carácter excepcional, y su interpretación debe ser restrictiva. Así, pues, en los casos de incapacidad o de muerte del proponente, que son los casos de caducidad de la oferta, el contrato no se forma aunque la oferta haya sido con plazo. Y esta no formación del consentimiento no trae responsabilidad alguna para el oferente, pues el único caso contemplado por la ley en que el solicitante 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. Sin embargo, de acuerdo con otra manera de pensar, la oferta con compromiso de esperar respuesta por un tiempo determinado engendra la obligación de no

retractarse, y ella, como todas las obligaciones que no son personalísimas, pasa a los herederos y subsiste mientras el plazo esté pendiente. La norma que establece la caducidad de la oferta por muerte del proponente antes de la aceptación del destinatario (C. de Comercio, art. 101), debe interpretarse en armonía con la que reconoce el nacimiento de la obligación de no retractarse de la oferta cuando se ha fijado un plazo por el proponente para la celebración.¹⁵ Advirtamos que esta solución consecuente la consagra en forma expresa el Código Civil italiano, que declara que la propuesta emitida con la obligación de mantenerla por determinado tiempo, queda a firme si se muere o incapacita el proponente, "salvo que la naturaleza del asunto u otra circunstancia excluya la eficacia" de esa propuesta (art. 1529).

1267. EL CONTRATO DE OPCIÓN

La propuesta irrevocable mientras no se deseche o transcurra un determinado plazo no ha de confundirse con el llamado contrato o pacto de opción. Mientras la primera consiste en una declaración unilateral que vincula al proponente por un determinado tiempo, el segundo es un acto convencional, pues las partes acuerdan que una de ellas quede vinculada a su propia declaración y la otra tenga la facultad de aceptar o no dicha propuesta, según algunos, o de llevar a efecto o no el contrato, según otros.

En verdad, el llamado contrato de opción es sólo una cláusula que puede insertarse en cualquier contrato; pero tal cláusula tiene tanto relieve que parece dominar todo el contrato de que forma parte. Se define como el pacto por el cual se conviene en que una de las partes de un contrato definitivo tendrá, dentro de cierto plazo, la facultad de exigir o no el cumplimiento de una obligación contraída desde ya por la otra, importando la exigencia del cumplimiento la aceptación del contrato o la consumación del mismo. El significado alternativo de dicha exigencia corresponde a la distinta naturaleza que los diversos autores atribuyen al contrato de opción. Para algunos, se trata de un contrato de formación sucesiva, que sólo se forma íntegramente cuando el beneficiado con la opción ejercita su derecho: la única cláusula que tendría existencia inmediata sería aquella en que se conviene esperar el pronunciamiento del beneficiario. Para otros, el contrato en que interviene la opción existe íntegramente desde un comienzo, quedando sólo en suspenso los efectos de dicho contrato, o sea, la eficacia dependería del ejercicio del derecho de opción, pero la existencia del contrato sería anterior a ese ejercicio.

¹⁵ En este sentido: Enrique Rodríguez Rodríguez, *el contrato unilateral de promesa v la promesa como declaración unilateral de voluntad. Memoria de Licenciado. Santiago, 1959. p.55.*

Un ejemplo aclarará las ideas. Sabemos que usualmente se reservan localidades de teatro hasta determinada hora de un día dado. Según la primera de las doctrinas, el contrato entre la empresa teatral y el posible espectador se formaría cuando éste retira dichas entradas, porque sólo entonces acepta el contrato

para asistir al espectáculo público: antes sólo existiría el acuerdo por el cual la empresa se compromete a esperar la aceptación del posible espectador. Conforme a la segunda doctrina, el contrato estaría formado desde que se hizo la reserva de las localidades; al retirarse las entradas, el beneficiario de la opción sólo ejercitaría su derecho de dar eficacia al contrato.

Cualquiera de las dos concepciones anteriores puede ser aceptable; no así la que considera el pacto de opción como una especie de contrato unilateral de promesa,¹⁶ pues el primero constituye un contrato único y definitivo y el segundo supone, para lograr los fines de las partes, dos contratos distintos, el de promesa y el definitivo.

1268. b) OPORTUNIDAD DE LA ACEPTACIÓN

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

Los plazos que la ley señala para dar aceptación oportuna son diversos, según se trate de propuesta verbal o escrita.

"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" (Código de Comercio, artículo 97).

"La propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso" (Código de Comercio, artículo 97).

A vuelta de correo, según el Diccionario de la Academia Española, significa "por el correo inmediato, sin perder día". En consecuencia, determinar cuándo la propuesta se ha dado o no a vuelta de correo, depende de cada caso.' Habrá que determinar cuándo llegó la propuesta: las techas en que hay correos. etc. Todo esto cae bajo las facultades de los tribunales de la instancia.

"Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada" (Código de Comercio, artículo 98. inciso final).

Finalmente, si la oferta, sea verbal o escrita, es con plazo, la aceptación es oportuna si se da dentro del término señalado para el efecto por el proponente.

Si la aceptación se da oportunamente, dentro de los plazos señalados, aunque la aceptación llegue a conocimiento del proponente después del vencimiento del plazo, el contrato se forma, porque los plazos que la ley fija no son para que el oferente tenga conocimiento de la aceptación, sino para que la aceptación se dé. El artículo 101 del Código de Comercio dice que el contrato se forma cuando se da la aceptación y no cuando la aceptación llega a conocimiento del proponente. Los artículos 97 y 98 del mismo Código se refieren al otorgamiento de la aceptación y no al conocimiento de ella por el proponente.

Al aceptante corresponde probar la emisión de la aceptación y la llegada de ésta a poder del oferente (Corte de Apelaciones de Concepción. Gaceta de los Tribunales, de 1892, tomo II. sentencia 5.178, página 1008).

La aceptación no oportuna es ineficaz, extemporánea y no tiene la virtud de generar el contrato.

Salvo prueba en contrario, la aceptación se estima oportuna: al proponente corresponde probar que la aceptación es extemporánea (Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII. segunda parte, sección primera, página 755).

Efecto de la aceptación extemporánea. A pesar de la ineficacia de la aceptación extemporánea, la ley impone al proponente, por razones de equidad, una obligación legal en caso de producirse una aceptación inoportuna, ya que

no obstante los vencimientos de los plazos el destinatario de la oferta puede tener razones para creer en el persistimiento de la policitud. Dice el inciso final del artículo 98 del Código de Comercio: "En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de danos y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación".

Como se estima que la aceptación extemporánea importa una nueva oferta, hay acuerdo en la doctrina para estimar que este pronto aviso de que habla la ley debe darse en los mismos plazos señalados para otorgar la aceptación. "El 'pronto aviso' del proponente en el caso de aceptación extemporánea sólo es obligatorio cuando la oferta no lleva señalado plazo por el proponente. Y esto por dos razones: 1) porque la regla del artículo 98 trata de las ofertas que se hacen sin señalamiento de plazo, y 2) porque existiendo éste se indica claramente que la voluntad de contratar no se mantiene más allá del término, y un nuevo aviso carecería de objeto."

1269. C) LA ACEPTACIÓN DEBE SER PURA Y SIMPLE

Para que se genere el consentimiento el destinatario de la oferta debe aceptar ésta en todos sus puntos y en forma absoluta. De lo contrario el consentimiento no surge. Si el destinatario modifica la oferta, hay en realidad una nueva proposición que deberá aceptar íntegramente el primitivo proponente para que se forme el consentimiento.

Todas estas ideas están sintetizadas en los artículos 101 y 102 del Código de Comercio. Dice el primero: "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". Y el artículo 102 agrega: "La aceptación condicional será considerada como una propuesta".

El consentimiento en los autocontratos

1209-a. IDEAS GENERALES

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

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

El Código Civil alemán dispone que "salvo autorización en contrario, ningún representante puede celebrar en nombre del representado un acto jurídico consigo mismo, sea en su propio nombre, sea en calidad de representante de un tercero, a menos que este acto consista sólo en ejecutar una obligación" (art. 181).

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

De las normas citadas fluye claramente que el consentimiento puede ser prestado por una misma persona, actuando al mismo tiempo como vendedor y comprador, o como mutuante y mutuario. Hay, pues, un contrato consigo mismo o

autocontrato. en que el consentimiento se forma por la declaración de una sola parte que asume las calidades de ambas.

En otras disposiciones se prohíbe el contrato consigo mismo o se lo somete a restricciones (C. Civil, arts. 410. 412. 1HOO). Así. por ejemplo, una de esas disposiciones dice que "por regla general, ningún acto o contrato en crue directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos..., o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera. o por el juez en subsidio" (art. 412).

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

Entre nosotros, en general, el representante siempre procede con autorización del representado, salvo que la ley lo prohíba o restrinja, y cuando lo hace es por evitar los conflictos de intereses que puedan surgir entre representante y representado.

El consentimiento en los contratos de adhesión

1270. CONTRATOS DE LIBRE DISCUSION Y CONTRATOS DE ADHESIÓN

Por lo general, en los contratos cada parte contribuye a formar el consentimiento debatiendo las condiciones propuestas y las reglas que gobernarán sus relaciones. Pero hay contratos en que no hay margen a discusión alguna, pues una de las partes, el oferente, fija de antemano todas las condiciones del contrato; la otra parte sólo puede adherir a ellas o rechazarlas. Los primeros son los contratos de libre discusión, llamados "gré a gré" por los franceses; los segundos son los llamados contratos de adhesión, bautizados con este nombre, porcino el destinatario sólo puede aceptar lisa y llanamente la oferta preestablecida, adherir al contrato propuesto o rechazarlo. La libertad del destinatario de la oferta queda aquí limitada a la alternativa de aceptar o rechazar. Esta forma particular del consentimiento es llamada por los autores adhesión. Ejemplos de contratos de adhesión son los de transporte ferroviario, de transporte urbano, de seguro, de suscripción de acciones, de compraventa en almacenes a precio fijo, etc.

1271. MEDIOS DESTINADOS A GARANTIR LA LIBERTAD DE LOS ADHERENTES EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

En los contratos de adhesión la situación de cada parte no es la misma. El oferente establece la ley del contrato: su voluntad prevalece. De aquí pueden derivar serios peligros económicos y sociales, como cuando se trata de adquirir por el adherente un artículo de primera necesidad cuyo monopolio tiene el oferente. Diversos medios existen para salvaguardar los derechos del adherente, como los que se enumeran a continuación.

1) La reglamentación legislativa de las condiciones generales de estos contratos. Así, las leyes limitan las cláusulas de no responsabilidad en los contratos de transporte, etc. En nuestro país la Lev sobre protección de los derechos de los consumidores establece normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por esa misma ley (Ley N° 19.496, de -7 de marzo de 1997, arts 16 y 17).

2) La intervención del Estado o de la municipalidad en los contratos que se celebran con personas o agrupaciones que tienen concesiones públicas: aprobación por la autoridad pública de las tarifas ferroviarias, de locomoción colectiva. de los servicios de agua potable, de electricidad, de gas. etc.

1272. CARACTERES DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Las diferencias entre los contratos de adhesión y los que se forman por la libre discusión de las partes son bien acusadas. El contrato de adhesión presenta los siguientes caracteres.

"1) Estricto o rígido: el adherente en ellos nada puede cambiar, como quiera que se hallan establecidos bajo la fórmula de un contrato-tipo.

"2) Genérico impersonal, ya que van dirigidos al público, a todo el mundo.

"3) Durable, pues la oferta sobre la cual se fundan estos contratos se hace por cierto tiempo".18"19

1273. REGLAS GENERALES QUE SE APLICAN A LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Fuera de la peculiaridad que consiste en que el destinatario de la oferta sólo puede aceptar o rechazar las condiciones del contrato sin que le sea permitido discutir las, todas las demás reglas de los contratos de libre discusión les son aplicables: las de formación del consentimiento, de oferta y aceptación, de las formas de una y otra, del momento y lugar en que el contrato se genera, de los efectos que la aceptación produce, de la eficacia jurídica de la oferta, etc. Y no escapan a estas reglas generales, porque la ley no consagra excepción ni modificación algunas.

Finalmente, cabe decir que nuestro Código Civil, como la mayoría de los de otros países, no se ocupa de los contratos de adhesión. Sólo algunos de más reciente data los mencionan entre las normas dedicadas al consentimiento. Así, por ejemplo, el Código Civil peruano de 19⁴ dice que "el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar" (art. 1390).

Momento y lugar de la formación del consentimiento
1° Determinación del momento

1274. CONTRATOS ENTRE PRESENTES Y CONTRATOS ENTRE AUSENTES

Para determinar el momento y lugar en que se forma el consentimiento, preciso es distinguir entre estas dos especies de contratos.

Dos criterios existen para caracterizarlos: uno atiende a si ambas partes se encuentran reunidas en un mismo lugar, y el otro a si la aceptación puede ser conocida por el oferente inmediatamente de ser emitida o no.

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

Conforme al segundo criterio -que entre otros sustenta el señor Alessandri— contratos entre presentes son aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente de ser emitida; y contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo, más o menos largo, de ser formulada.

Digamos, finalmente, que todos los contratos pueden celebrarse entre ausentes. Sólo escapan a esta regla los que exigen la presencia simultánea de las partes, como el matrimonio, en que los contrayentes o sus representantes deben estar presentes. El artículo 15 de la Ley de Registro Civil dice: "El oficial del Registro Civil, presentes los testigos y delante de los contrayentes...".

1275. INTERÉS PRÁCTICO UF. LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO

Diversas consecuencias prácticas derivan de la determinación del momento en que se forma el consentimiento, tanto en lo que dice relación con las condiciones de validez como en lo que atañe a los efectos de los contratos.

1) Las condiciones de validez, especialmente la capacidad de las partes para contratar, se aprecian al tiempo de la formación del consentimiento.

2) Cuando hay cambio de legislación, el momento de la formación del consentimiento determina las leyes aplicables en el tiempo al contrato. Ese momento decide si deben aplicarse al acto las leyes antiguas o las nuevas. El artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes dice que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

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

4) El momento de la formación del consentimiento determina si hubo o no objeto ilícito. Así, por ejemplo, lo hay o no según que el contrato se celebre antes o después de la declaración de quiebra de uno de los contratantes.

5) La formación del consentimiento fija el punto de partida de la prescripción o de la caducidad de ciertas acciones. Así, según el artículo 1896. "la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años contados desde la fecha del contrato".

1276. MOMENTO EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ENTRE PRESENTES

Como en estos contratos la aceptación es conocida por el oferente al tiempo de ser emitida (como cuando le digo al proponente "acepto su oferta") o sin que medie un espacio de tiempo apreciable después de ser declarada (como cuando el destinatario mudo escribe su aceptación y se la muestra al proponente), no surge problema alguno para determinar el momento de la formación del consentimiento. Este se forma en el momento en que se da la aceptación. El artículo 97 del Código de Comercio se refiere al caso corriente del contrato entre presentes, a aquel en que las dos partes se encuentran reunidas y discuten una en presencia de la otra y la propuesta es hecha verbalmente. Dice esa norma:

"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". Pero no sólo cuando la propuesta es verbal y la aceptación es dada inmediatamente el contrato se perfecciona en el momento de ser emitida la última, sino en todo caso en que se estime que el contrato es entre presentes, porque al referirse la ley al caso más corriente de contratos entre presentes nos da la pauta para todos los demás de su misma especie.

1277. TEORÍAS QUE DETERMINAN EL MOMENTO EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ENTRE AUSENTES

Algunas legislaciones, como la francesa, nada dicen sobre el momento en que el consentimiento se forma. De ahí que los juristas hayan ideado diversas teorías para precisar ese momento. Por fortuna, en nuestra legislación el problema no se presenta, porque el Código de Comercio contiene normas expresas al respecto. Por esta razón sólo daremos una ligera idea sobre dichas teorías, que son las siguientes.

- 1) Teoría de la declaración o aceptación;
- 2) Teoría de la expedición;
- 3) Teoría de la información o del conocimiento, y
- 4) Teoría de la recepción.

1278. 1) TEORÍA DE LA ACEPTACIÓN

La teoría de la aceptación, declaración o agnición afirma que el consentimiento se perfecciona desde el momento en que el destinatario de la oferta da su aceptación, aunque ésta no sea conocida por el oferente. Y esto porque el consentimiento no se produce por el conocimiento recíproco de las voluntades de los declarantes, sino por el simple acuerdo de las voluntades exteriorizadas.

Pero se objeta a esta teoría que el criterio propuesto no es seguro y la formación del consentimiento y, por ende, del contrato, queda sujeta al arbitrio del aceptante. Así, la aceptación puede quedar en nada si antes de enviarse es rota la carta que la contiene. De ahí que se haya buscado una solución más segura en otra teoría, en la de la expedición.

1279. 2) TEORÍA DE LA EXPEDICIÓN

Los partidarios de esta teoría exigen cierta seguridad de irrevocabilidad de la declaración de aceptación: la expedición o envío de ésta señala el tiempo en que el consentimiento se forma. El contrato, pues, se formaría no en el momento en que la declaración de aceptación se formula, sino desde que el destinatario de la oferta se desprende de su manifestación de voluntad enviando la carta al solicitante, poniéndola en el buzón de correo, depositando el telegrama en la oficina respectiva o despachando al mensajero que ha de portar su respuesta.

Pero esta teoría, a decir verdad, no corrige el defecto de la anterior, pues la expedición por alguno de los medios indicados no hace desaparecer el carácter precario o la revocabilidad de la aceptación enviada al proponente, ya que según las Convenciones Postales Internacionales y las Ordenanzas de Correo es posible el retiro de las cartas depositadas en los buzones antes de ser despachadas, previa comprobación de que el que reclama la devolución es el autor de la carta.

Observemos que el moderno sistema de comunicación fax, además de su rapidez, ofrece mayor grado de seguridad, pues en los aparatos queda constancia del envío recíproco de las comunicaciones, salvo —claro está— que aquellos se descompongan o sufran maniobras extrañas.

1280. 3) TEORÍA DE LA INFORMACIÓN O DEL CONOCIMIENTO

De acuerdo con la teoría de la información el consentimiento existe sólo cuando el proponente ha recibido la aceptación y ha tomado conocimiento real y efectivo de ella. Y esto porque el concurso de voluntades exigido por la ley sólo se produce cuando cada parte sabe la determinación de la otra.

Pero se argumenta en contra diciendo que así como el proponente debe saber la conformidad del aceptante, este, a su vez, también debería saber la aprobación de aquél a la aceptación. Y así las cosas serían de nunca acabar. Además, ¿cómo podría formarse el consentimiento cuando interviene la aceptación tácita, que no importa exteriorización directa de voluntad sino ejecución de hechos de los cuales el proponente no tiene conocimiento? Todavía, se añade, el criterio de la información se presta a fraudes; bastaría al proponente con no tomar conocimiento de la correspondencia para dejar en suspenso y a su arbitrio la formación del contrato.

1281. 4) TEORÍA DE LA RECEPCIÓN

Esta teoría dice que 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.

Pero cabe decir, de acuerdo con los partidarios de la teoría anterior, que si es necesario que cada parte sepa lo que la otra quiere para que el consentimiento se forme, no se cumple con esta condición en la teoría de la recepción

por el solo hecho de que la correspondencia llegue y no se lea. Y si se afirma que el conocimiento real y efectivo de la aceptación no es necesario para la formación del consentimiento, no se divisa la razón de ser de las ficciones ideadas para la existencia de éste.

1282. LEGISLACIÓN CHILENA

En Chile todas las teorías anteriores sólo tienen un valor cultural jurídico, pues nuestra legislación consagra una solución expresa, acogiendo la teoría de la declaración o aceptación: dada la aceptación el acto queda perfecto aunque aquélla sea ignorada por el proponente. Así lo prueban varias disposiciones.

1) El artículo 99 del Código de Comercio, según el cual el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, y no entre el envío de la oferta y el envío de la aceptación, como habría dicho si se hubiese pronunciado por la teoría de la expedición.

2) El artículo 101 del mismo Código corrobora la conclusión anterior al decir: "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..." Basta, pues, manifestar la voluntad de aceptar. Más adelante el mismo artículo refuerza la idea del legislador, pues agrega: "...a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad del proponente". Se habla, como vemos, de antes de darse la aceptación y no de antes de enviarse ésta, como se habría dicho si se hubiera acogido la teoría de la expedición.

3) Todavía puede citarse el artículo 104 del Código de Comercio, que determina el lugar en que se entiende celebrado el contrato, lo cual ocurre en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada. Y esto es así porque en ese lugar se reputa dada la aceptación y perfeccionado el consentimiento.

1283. ¿CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHO?

Como entre nosotros hay disposiciones expresas que señalan el momento y lugar en que el contrato se ha perfeccionado, determinar ese momento y ese lugar es una cuestión de derecho. Y si los tribunales de fondo establecen que un contrato no se ha celebrado en el momento y en el lugar que indica la ley, sino en otro diverso, sin que las partes así lo hayan convenido, infringen la ley y dan base a un recurso de casación.

No ocurre lo mismo en Francia y en Bélgica, por ejemplo, en que hay carencia de ley al respecto. Los tribunales consideran que determinar el momento y lugar de la formación del consentimiento es una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, que los jueces del fondo son soberanos para conocer. Esos puntos escapan al control del Tribunal de Casación, siempre que no se hayan violado las leyes reguladoras de la prueba.

1284. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL SOBRE EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

La regla del artículo 101 no es de orden público y, por consiguiente, las partes pueden convenir que el contrato se estime perfecto en un momento distinto del señalado por la ley. En este caso se entraría a interpretar la voluntad de las partes.

También constituyen excepción al principio general los contratos reales y los solemnes, que se entienden celebrados en el momento de la entrega de la cosa y en el del cumplimiento de la solemnidad, respectivamente.

En materia de donaciones irrevocables nuestro Código Civil sigue la teoría de la información o del conocimiento, pues dispone que "mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada y notificada la aceptación al donante. podrá éste revocarla a su arbitrio" (art. 1412).

1285. CONTRATOS POR TELÉFONO

En cuanto al momento en que el contrato celebrado por teléfono se perfecciona, es un contrato entre presentes, ya que la propuesta es verbal y la aceptación llega a conocimiento del oferente inmediatamente de ser emitida. En consecuencia, a estos contratos se aplica el artículo 97 de nuestro Código de Comercio.

En cuanto al lugar, el contrato que nos ocupa es entre ausentes, ya que si las partes recurren al mencionado aparato mecánico para transmitir su voz es porque no se hallan en el mismo lugar. Por tanto, es aplicable, en este punto el artículo 104 del Código de Comercio, que dice: "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".

Todo lo dicho respecto de los contratos celebrados por teléfono se extiende a los que lo son por cualquier otro medio que permite llevar la voz instantáneamente a través de aparatos adecuados, de una persona a otra que se encuentra en lugar distinto, como sucede con la radio.

2° Lugar en que se perfecciona el consentimiento

1286. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE DETERMINAR EL LUGAR EN QUE SE PERFECCIONA EL CONSENTIMIENTO

El lugar en que se forma el consentimiento y, por lo tanto, el contrato, tiene diversas consecuencias prácticas:

- 1) Fija la competencia de los tribunales;
- 2) Determina la legislación de qué país es la aplicable, y
- 3) Los casos en que la voluntad de las partes pueden interpretarse por los usos o la costumbre, el lugar del perfeccionamiento es el que señala el uso o la costumbre que tiene cabida, ya que uno y otra varían de acuerdo con los países y aun con las regiones de un mismo país.

1287. TEORÍAS

Las mismas teorías que tratan de resolver el momento en que el consentimiento se perfecciona, reciben aplicación en cuanto al lugar. Y el problema surge solo en los contratos entre ausentes (llamados también por correspondencia) y cuando las partes nada han dispuesto.

Los contratos entre ausentes, llamados también por correspondencia, porque no hallándose presentes las partes, deben darse a conocer sus voluntades por cartas, telegramas, fax, correo electrónico (en que lo escrito se transmite de un computador a otro que se encuentra en distinto lugar o localidad), mensajeros u otro medio análogo.

Para la teoría de la declaración, el consentimiento se forma en el lugar en que la aceptación se dio, y para la teoría de la expedición, en el lugar desde el cual se envió la aceptación. En una palabra, el contrato se forma en el lugar del domicilio del aceptante. No ocurre lo mismo con las teorías de la recepción y del conocimiento, según las cuales el consentimiento se forma en el lugar del domicilio del oferente, donde éste recibe la aceptación o toma conocimiento de ella.

1288. LEGISLACIÓN CHILENA

Nuestra legislación se inclina por la teoría de la declaración o aceptación, pues el artículo 104 del Código de Comercio dispone: "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".

Contratos celebrados mediante intermediarios

1289. DISTINCIÓN

Para determinar el momento y lugar en que el consentimiento se perfecciona en los contratos celebrados por intermediarios, hay que distinguir según éstos invistan o no la representación de las partes.

1) Si los intermediarios son representantes de las partes es como si éstas mismas celebraran el acto, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1448 del Código Civil, que dice: "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 el mismo".

El contrato será, pues, entre presentes o entre ausentes según que las partes o el representante se encuentren reunidos o no al momento de manifestarse la aceptación. Los artículos 97 y siguientes del Código de Comercio se aplican tal como si el contrato fuera celebrado por los propios interesados.

2) Distinta es la situación, si el intermediario no inviste la representación de las partes, si es un mero corredor que se limita a acercar a éstas. En tal caso se aplica el artículo 106 del Código de Comercio, que dice. "El contrato propuesto por intermedio de corredor se tendrá por perfecto desde el momento en que los interesados aceptaren pura y simplemente la propuesta". El mismo principio cabe en lo que atañe al lugar si las partes se encuentran en sitios diversos: el consentimiento se entiende perfeccionado en el lugar de la residencia del aceptante.

Si interviene un mensajero para llevar la aceptación, el contrato es entre ausentes, pues resulta lo mismo que la aceptación se envíe por correo o telégrafo o por mensajero.

VICIOS DE LA VOLUNTAD

1290. ENUMERACIÓN

Los vicios de que puede adolecer la voluntad son: error, fuerza y dolo, según expresa el artículo 1451; pero, en determinados casos, especialmente contemplados, dicen algunos autores y profesores, puede agregarse otro: la lesión. Más adelante veremos si dentro de nuestro Derecho puede considerarse la lesión como vicio del consentimiento.

1291. TERMINOLOGÍA

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

Párrafo I

EL ERROR

1292. CONCEPTO

En lógica, se dice que el error "es la disconformidad del pensamiento con la realidad".

Puede definirse también como el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa: o, en otros términos, siguiendo la definición de Doñean, el error consiste en creer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero.

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

conoce, no tiene idea de ella.

Pero dentro del derecho esta distinción carece de importancia: el legislador equipara al ignorante con el que incurre en un error. La ignorancia, en el campo jurídico, queda comprendida dentro del concepto de error. Ya en la famosa Enciclopedia en la que D'Alembert y Diderot resumían los conocimientos del siglo XVIII se equipara en el campo jurídico la ignorancia al error (t. V, p. 911).

1293. ERROR DE DERECHO Y ERROR DE HECHO

Según que el error recaiga sobre una persona, cosa o hecho, o sobre la ley, es de hecho o de derecho.

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

1294. EFECTOS DEL ERROR DE DERECHO

Según el artículo 1452, "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento".

Esta disposición viene a ser una consecuencia del artículo 8º, que dice que nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia.

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

Guarda concordancia con el artículo 1452 el inciso 4º del 706, que expresa: "Pero el error en materia de efecto constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Mas, como nadie puede enriquecerse a costa ajena, el legislador admite un caso en que el error de derecho vicia el consentimiento: es el del artículo 229~:

"Se podrá repetir -dice- aun lo que se ha pagado por un error de derecho cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural". Por eso los romanos decían que el error de derecho daña cuando se trata de "lucro captando", mas no cuando se trata de "damno vitando", o sea, que el error de derecho vicia el consentimiento para beneficiarse, pero no lo vicia cuando se trata de evitar un mal mayor. El artículo 2299. congruente con el 2297, dispone: "Del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho". Y así. si alguien paga una contribución que ha sido suprimida, tiene derecho para repetir lo que haya pagado, es decir, puede pedir su devolución.

1295. DERECHO COMPARADO

Hay legislaciones que tienen otro criterio que la nuestra. Así el Código de las Obligaciones y los Contratos de la República Libanesa dispone que el error de derecho vicia el consentimiento. Otros Códigos, como el Civil italiano de 1942. declaran que el error de derecho vicia el consentimiento sólo cuando ha sido la razón única, o. al menos la principal del contrato (art. 1429.Nº 4).

1296. DIVERSAS CLASES DE ERROR DE HECHO Y SUS EFECTOS

Hemos visto ya el error esencial, que es el que recae sobre la naturaleza del acto o contrato o sobre la identidad específica de la cosa. Dicho error importa la ausencia total de voluntad e impide la formación del acto o contrato. Véase

nuestro numero 427, letra b).

Ahora vamos a estudiar otras clases de error, menos graves, que no obstan al nacimiento del acto. pero que lo vician y permiten su anulaci3n, por lo cual todas esas clases de error se llaman tambi3n, gen3ricamente, error nulidad. Tales son:

1" El error substancial:

2" El error sobre la persona cuando es ella determinante del acto o contrato:

3° El error sobre cualidades accidentales del objeto, pero que han sido determinantes para la celebraci3n del acto.

Al lado de estos errores hay otros que en nada influyen sobre el consentimiento (error indiferente): son los relativos a las cualidades accidentales del objeto y los que versan sobre la persona.

1297. 1° ERROR SUBSTANCIAL

Dice el art3culo 1454: "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, es diversa de lo que se cree: como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de alg3n otro metal semejante".

Substancia es la materia de que se compone el objeto sobre crue recae la obligaci3n.

Cualidades esenciales son las que dan al objeto una fisonom3a propia que lo distingue de los dem3s.

El ejemplo cl3sico de error substancial que ponen los autores es el mismo que dalia Pothier en su Tratado de las obligaciones y se refiere a la persona que compra unos candelabros de cobre plateado creyendo que son de plata pura. Tambi3n hay error sustancial si se cree que se compra lana animal y en verdad es sint3tica, o que se adquiere un caballo de carrera y el animal es de tiro.

El error substancial puede recaer no s3lo sobre la substancia de la cosa. sobre su composici3n, sino tambi3n sobre cualquiera otra cualidad que es determinante para celebrar el contrato, como la antigüedad o el valor art3stico de un objeto. Por eso el error substancial se define como el error que versa sobre cualquiera cualidad del objeto que mueve a las partes a contratar, de tal manera que si falta ella no habr3an consentido.

La calidad substancial y esencial debe buscarse no objetivamente, en la cosa misma, sino subjetivamente, en la apreciaci3n de las partes.

Como lo dice el art3culo 1454. el error substancial vicia la voluntad, produce la nulidad relativa del acto o contrato.

1298. 2° ERROR SOBRE LAS CUALIDADES ACCIDENTALES

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

Por regla general, el error sobre las cualidades accidentales no vicia el consentimiento. Y as3, por ejemplo, si yo compro cierto libro de edici3n uniforme, creyendo entre otras cosas, que es de papel "pluma" y resulta que es de papel corriente, este error no destruye mi consentimiento.

Pero si una cualidad accidental es el principal motivo que induce a una de las partes a contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte, y se produce error sobre dicha cualidad, tal error vicia el consentimiento (art3culo 1454, inciso 2"), porque se trata de una cualidad accidental que ha sido elevada a la categor3a de esencial y ha sido conocida de la otra parte.

Un ejemplo precisar3 las ideas: si pido en un almac3n una bombilla con filamentos de platino, porque 3sta proyecta mayor luz, y me dan una con filamentos de tungsteno, hay vicio del consentimiento: porque si bien la naturaleza del filamento es

una cualidad accidental de la bombilla, fue. sin embargo, el principal motivo que me indujo a contratar, y este motivo era conocido de la otra parte.

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

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

1299. 3° ERROR ACERCA DE LA PERSONA

Por regla general, el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento porque la persona es ordinariamente indiferente para los fines que se persiguen con el acto jurídico:

el autor de éste o uno de los autores lo habría realizado aun cuando no hubiera padecido de error. En efecto, ¿qué le importa al comerciante que vendió al contado su mercadería que el comprador haya sido un conocido genio o un desconocido mentecato? Lo único que le interesa es el pago del precio.

Hay actos unilaterales que se otorgan para favorecer a una persona determinada y también hay contratos que se celebran en consideración a una determinada persona, por lo que en ambos casos si se yerra sobre dicha persona y se favorece con el acto a persona distinta se contrata con otra de la que se tuvo en mente, la voluntad o el consentimiento están viciados y el respectivo acto o contrato es nulo. Veamos un ejemplo. Si el testador deja un legado a Pedro creyendo que éste en un naufragio salvó a su hija y resulta que el héroe fue una persona distinta, claro que el legado a Pedro no vale. porque el testador quiso premiar al salvador de su hija. Si hubiera sabido que no era Pedro, nada le habría dejado. Otro ejemplo. Si una persona, creyendo que Juan Carlos es director de la Biblioteca del Congreso Nacional, le dice que le dona a la Biblioteca que dirige los treinta y tres tomos de que consta el Derecho Civil del jurista belga Laurent. aceptándose la donación, y con posterioridad el donante se da cuenta que Juan Carlos es director de la Biblioteca de la Universidad de Chile y no de la que tuvo en mente, el consentimiento está viciado y el contrato es nulo.

Estos actos y contratos que se celebran considerando en forma esencial a una o más personas determinadas, reciben el nombre de intuitu personas. Refiriéndose al contrato de esta especie, Messineo dice que "es aquel en el cual la persona (en concreto) de uno de los dos contratantes (y a veces de ambos) es elemento esencial, en el sentido que un interés cualquiera ha inducido a uno de los contratantes a escoger como contraparte a una determinada persona por estar dotada de particulares o peculiares cualidades o aptitudes o de una particular pericia técnica".

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

Todo lo anterior, en relación con los contratos, aparece prescrito en el Código Civil, que dice: "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato. Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato".

Los actos o contratos intuitu personae más significativos son los que crean entre las partes relaciones personales: matrimonio, adopción, etc. El matrimonio es un caso típico en que la consideración de la persona de ambos contrayentes es determinante y esencial.

Dentro de los contratos patrimoniales, es intuitu personae la transacción, que la ley "presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige"; de modo que "si se cree, pues, transigir con una persona y

se transige con otra, podrá rescindirse la transacción" (artículo 2456). El mandato es también, por regla general, un contrato en que la persona del mandatario es causa determinante de su celebración. Lo mismo sucede tratándose de las sociedades colectivas o de responsabilidad limitada. En las donaciones irrevocables también la persona, la del donatario, es causa determinante del contrato.

Fuera del campo contractual, encontramos actos como las asignaciones testamentarias que se hacen considerando la persona. Por eso el artículo 1057 dice que "el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona".

1300. ERRORES "IRRELEVANTES"

Son los que no vician la voluntad ni anulan, por ende, el acto jurídico.

Así sucede, en primer lugar, en todos aquellos casos en que el interesado habría realizado el acto a pesar del error acerca de la persona o las cualidades accidentales del objeto, como ocurre en la mayor parte de los contratos a título oneroso (venta).

En segundo lugar, tampoco obsta a la validez del acto el error en cuanto a los motivos que han inducido a una persona a celebrarlo. Ejemplo: yo he comprado un portamonedas porque creí que había perdido el mío; después advierto que se trataba de una equivocación. La compra es válida. En efecto, los motivos que impulsan a un individuo a realizar un acto son exteriores a ese acto; solamente los conoce él y no habría seguridad en el comercio jurídico si se pudieran anular los actos libremente realizados so pretexto de que se han celebrado u otorgado por falsos motivos.²⁰ Pero esto de los motivos es más complicado y lo desmenuzaremos al estudiar la causa de los negocios jurídicos.

1301. BASTA EL ERROR DE UNA PARTE PARA QUE SE VICIE EL ACTO

No es necesario que ambas partes lo padezcan. Así lo prueba el ejemplo del artículo 1454, que dice: "...como si por alguna de las partes se supone...". Es suficiente, pues, que alguna de las partes incurra en el vicio de que se trata; no es necesario que ambas caigan en el error.

1302. RESUMEN

1° El error esencial, que implica la ausencia total de voluntad, hace que el acto jurídico sea inexistente; nuestro Código, según la opinión que ha predominado, lo considera sólo productor de nulidad absoluta.

2° El error substancial vicia la voluntad y produce la nulidad relativa del acto. Dentro del error substancial se comprende: a) el que recae sobre la substancia o cualidades esenciales de la cosa de que se trata; b) el que versa sobre una cualidad accidental de la cosa, pero que ha sido elevada a la categoría de cualidad esencial, porque ha sido el motivo determinante que una de las partes ha tenido en vista para contratar, y ese motivo ha sido conocido por la otra parte, y c) el error acerca de la persona, cuando esta persona ha sido el motivo determinante del acto.

3° Todos los demás errores son "irrelevantes", no afectan ni a la existencia ni a la validez del acto.

1303. EL ERROR COMÚN

El error individual autoriza en los casos que la ley señala, para pedir la nulidad o rescisión del acto por parte de la persona que lo padeció. En cambio, el error común, que es el compartido por un considerable número de personas, produce el efecto contrario: permite que el acto se considere válido a pesar de

no estar estrictamente ajustado a la ley.

Esto es lo que expresa la conocida máxima error communis facit iuris, la cual se entiende en el sentido de que el error común constituye derecho en cuanto impide que el acto ejecutado con violación de las normas legales sea anulado y privado de los efectos correspondientes.

El fundamento del error común lo constituye el interés social; hay conveniencia en fiarse de las apariencias compartidas por todos o por un considerable número de personas.

O colin y capitant, obra citada, tomo 1. p. 163.

Para que el error se pueda estimar común, debe reunir ciertos requisitos:

1) Debe ser compartido por todas o la mayoría de las personas en la localidad en que el acto se celebra:

2) Debe ser excusable, tener un justo motivo, como cuando se invoca un título colorado, es decir, un título con apariencias de legítimo. Es lo que sucede con el funcionario público ilegalmente nombrado por la autoridad competente. Ejemplo: es nombrado notario un extranjero o entra a ejercer las funciones de tal un individuo que no ha jurado o no ha rendido la fianza de rigor que determina la ley. En virtud del principio del error común, el acto que se otorgue ante dicha persona es válido, porque hay justos motivos para pensar que los funcionarios son legalmente nombrados, y

3) Debe padecerse el error de buena fe, porque es ésta la que ampara la ley y no la mala.

En nuestra legislación el error común no está consagrado en forma general; pero muchas disposiciones por él están inspiradas (Código Civil, artículos: 704. No 4; 1576, 1013, 2058).

Estos textos expuestos, ¿constituyen una excepción al derecho común o son el trasunto de un principio general no formulado por obvio?

Si lo que sucede es lo primero, el error común sólo procederá en los casos en que taxativamente la ley lo señala; si lo segundo, procederá siempre que concurren los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia universales, y que son los que nosotros vimos.

La mayoría de los autores se inclina por el último criterio; pero en el bien entendido de que los jueces deben aplicar cautamente el principio; deben acogerlo sólo en aquellos casos en que rechazarlo importaría una injusticia evidente o una iniquidad manifiesta.

Se ha resuelto que es válido el contrato celebrado por un curador nombrado judicialmente, aunque después se haya declarado nulo su nombramiento (C. Ap. Valdivia, 10 enero 1915, Gaceta de los tribunales, año 1918. 1º semestre, sentencia N° 227, p. 711).

Párrafo II

LA FUERZA O VIOLENCIA

1304. CONCEPTO

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

También se dice que fuerza o violencia es la coacción (imposición externa) de naturaleza física o moral para inducirla a tomar la determinación de celebrar un negocio jurídico.

Las definiciones señalan que la fuerza puede ser física o moral: la primera consiste en el empleo de procedimientos materiales de violencia: la segunda. en amenazas, o sea. en hacer saber a la víctima que si no consiente sufrirá un daño mayor.

1305. LA FUERZA COMO VICIO DE LA VOLUNTAD, ES LA FUERZA MORAL

La violencia física reduce a la víctima a un estado puramente pasivo. Por ejemplo: "si se fuerza a un hombre a firmar teniéndole la mano, no hay voluntad: a lo sumo existe una falsa apariencia de consentimiento, como en el caso en que se le falsifica la firma". Cuando se considera la fuerza como vicio de la voluntad no se trata sino de la fuerza moral, es decir, amenazas dirigidas contra un individuo para hacer que nazca en su espíritu un temor insuperable. El que es violentado moralmente, o sea, amenazado, puede optar entre varias determinaciones. Si elige la de ejecutar el acto que se le ordena, hay por su parte una declaración de voluntad, no aparente, sino real: pero tal voluntad está influida por el temor bajo cuyo imperio ha obrado. La ley debe venir en su auxilio y protegerlo contra las consecuencias perjudiciales del acto. Nuestro Derecho permite pedir al afectado la anulación de este acto.²¹

1306. CARACTERES QUE DEBE REUNIR LA FUERZA PARA QUE VICIE EL CONSENTIMIENTO

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

1" Debe ser injusta o ilegítima. La fuerza es injusta o ilegítima cuando el procedimiento o la amenaza de que se vale la persona que la ejerce, no son aceptados por la ley o el Derecho. Por eso la amenaza de ejercitar una acción judicial en contra de un deudor no constituye fuerza, porque en caso de llevarse a cabo, no habría sino el ejercicio de un derecho. Asimismo, tampoco existe fuerza si a un individuo que ha sustraído fondos ajenos se le amenaza con la denuncia judicial si no firma un reconocimiento de deuda por la cantidad malversada.

El requisito de que la fuerza debe ser injusta o ilegítima para viciar el consentimiento es el elemento cualitativo de la violencia, que no aparece sino en segundo plano, pero cuyo papel es importante y decisivo, va que el constreñimiento justo y legítimo no vicia la promesa dada bajo su influencia.²²

A decir verdad, escribe Jossierand.-y el Código Civil francés (como el chileno). no se pronuncia, al menos en forma expresa y general, sobre esta condición; pero su procedencia, sostenida por una tradición fuertemente asentada, es indiscutible. Ya los prudentes del Derecho Romano distinguían la fuerza legítima e ilegítima. También Pothier entraba en explicaciones al respecto.

²¹ *colin y capitant, obra citada, tomo 1. pp. 165 y 166.*

²² *Jossierand, obra citada, tomo I (París. 1939. p. 48)*

²¹ *Jossierand, obra citada, tomo II. p. 49.*

Por otra parte, nuestro Código Civil participa de esta concepción tradicional al decir que "el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento" (artículo 1465. inciso 2º). Y así, el temor en virtud del cual el descendiente obra con respecto al ascendiente para no desagradarlo, es perfectamente legítimo: no vicia el consentimiento si se halla inspirado en el solo temor reverencial, sin intervención alguna de amenazas o violencia materiales, que constituirían fuerza injusta.

2" La fuerza debe ser grave. La fuerza debe presentar cierta intensidad, cierta gravedad. Este es el elemento fundamental y cuantitativo. Y 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. Persona de sano juicio es la psíquicamente normal (artículo 1456).

En nuestra legislación la violencia o, mejor dicho, el temor que ella infiere. es un concepto sumamente relativo. No ocurría lo mismo en el Derecho Romano, que había adoptado un punto de referencia abstracto y objetivo: exigía que la violencia debía ser capaz de inspirar temor a un hombre de firme carácter

(hominem constatissimum). Más humano y justo es el criterio de nuestro Código, que es el mismo del Código francés; la intensidad del miedo es diversa en el hombre que en la mujer; en el niño que en el adulto: en el culto que en el ignorante.

(Claro que no debe exagerarse, al estilo de Neruda, la relatividad del concepto. El célebre Pablo decía que nada infunde más temor a los notarios que la amenaza de azotarlos con lirios y azucenas...)

Cerrado el paréntesis insistamos en que el nacimiento del temor y su intensidad dependen de la persona amenazada y de la que amenaza.

La fuerza, declara el artículo 1456. no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio... De lo cual se desprende que la amenaza debe ser verosímil, es decir, que ofrezca posibilidades de realizarse. No presentaría este carácter, por ejemplo, la amenaza que se hace a una persona de mandarla a la Luna en un vulgar aeroplano si no consiente en un contrato.

La fuerza es grave no sólo cuando infunde temor a una persona de verse ella misma expuesta a un mal. sino también su cónyuge o sus ascendientes o descendientes: "Se mira como una fuerza de este género -dice el artículo 1456- todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave".

El mal irreparable y grave puede recaer sobre la persona o los bienes.

Se ha preguntado si también hay vicio de fuerza en el caso de que el mal recaiga sobre una persona distinta de las enumeradas en el artículo 1456. como, por ejemplo, sobre la novia o sobre un hijo adoptivo del contratante. La respuesta es afirmativa: la enumeración del artículo 1456 tiene por objeto establecer una "presunción": en los casos allí señalados se presume que la fuerza ha infundido temor a la persona, atendidos su edad, sexo o condición. Pero ello no obsta para que haya otros casos en que pueda producirse el mismo resultado, y en estos casos no enumerados por la ley, el que alegue el vicio de fuerza será quien deba probar que el constreñimiento le produjo una impresión fuerte. Tratándose de las personas enumeradas en el artículo 1456. hasta comprobar que se amenazó en forma verosímil al contratante con exponer a un mal irreparable y grave a una de dichas personas, para que se reputa que la fuerza produjo una impresión fuerte. En cambio, si la amenaza versa sobre personas no enumeradas en el artículo 1456. el contratante deberá probar que le produjo una impresión fuerte.

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

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

3° Fuerza determinante. La fuerza debe ser determinante: empleada con el fin de obtener la declaración de voluntad: ésta debe ser el efecto de aquélla.

1307. PRUEBA

La fuerza puede probarse por todos los medios que franquea la ley. incluso testigos, ya que se trata de probar un simple hecho.

1308. ES INDIFFERENTE QUE LA FUERZA SEA EJERCIDA POR CUALQUIERA PERSONA

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado con ella: hasta que se haya empleado por cualquier persona con el fin de obtener el consentimiento (artículo 1457).

En cambio, en el dolo (que es toda maquinación fraudulenta destinada a engañar al autor de un acto jurídico), es menester que sea obra de una de la partes

para que vicie el consentimiento.

Dos razones explican esta diferencia:

a) Es mucho más difícil defenderse contra la violencia que contra el dolo; la víctima de la fuerza no puede substraerse a ella. mientras que la víctima del dolo podría con más prudencia y perspicacia descubrir las maniobras dolosas, y

b) La ley estima que de ordinario el que quiere presionar a otro para celebrar un contrato, se vale de un tercero.

1309. LA FUERZA Y LOS ESTADOS DE PELIGRO Y DE NECESIDAD PECUNIARIA

a) Estado de peligro es la situación objetiva que de un modo actual o inminente amenaza la vida u otros bienes propios o los de un tercero. Esta situación puede ser generada, al menos en forma inmediata, por la naturaleza, como un naufragio, un incendio, o por la acción humana, como el secuestro de una o más personas. En estas emergencias suelen celebrarse contratos que algunos llaman necesarios. El sujeto necesitado estipula con otro para que le salve la vida o sus bienes materiales o la vida o los bienes materiales de un pariente o un amigo. El ejemplo clásico es el del ocupante de una barca que, en medio de la mar tormentosa, está a punto de naufragar y ofrece a otro pagarle un precio si lo salva. Lo mismo acontece cuando un súbito incendio atrapa en un cuarto rodeado por las llamas a un niño o a un anciano y un familiar pacta con un valiente un precio para que entre en la casa y saque de ella a los que están a punto de morir quemados. Pero, según dijimos, el estado de peligro también puede originarse directamente por un hecho del hombre, que ninguna violencia ejerce sobre otro para que celebre un determinado contrato, sino que lo coloca en una situación objetiva de peligro, de la cual a veces no puede salir sino celebrando un contrato con un tercero que le permita conjurar el mal que lo amenaza a él o a algún tercero estrechamente vinculado con el mismo. Ejemplo típico es el secuestro de un hijo por cuya liberación se pide un subido rescate. Si el padre tiene el dinero, se limita a pagar (bajo influencia de violencia o fuerza moral) y el resto corre por cuenta de la policía. Pero si no tiene la suma requerida, el padre deberá pedir un préstamo, o vender sin dilación alguna cosa o hasta transigir rápidamente un litigio para obtener el precio de la vida del hijo. Todos esos contratos se celebran a causa del estado de peligro.

Algunas legislaciones modernas admiten como causal de rescisión del contrato pactado en el estado de peligro cuando hay grave perjuicio económico para el contratante angustiado y se trata de salvar la vida propia o ajena: otras también incluyen en la causal la salvación de bienes materiales.

Ejemplo en el primer sentido es el Código Civil italiano de 1942, cuyo artículo 1447 dice: "El contrato por medio del cual una parte ha asumido obligaciones bajo condiciones inicuas por la necesidad, conocida de la otra parte, de salvarse a sí misma o a otros del peligro actual de un daño grave a la persona, puede ser rescindido a petición de la parte que se ha obligado. El juez puede, al declarar la rescisión, según las circunstancias, asignar una compensación equitativa a la otra parte por la obra realizada".

La jurisprudencia italiana ha establecido: a) la disposición se refiere sólo a la salvación de las personas v no a la de las cosas: h) para que pueda operar la rescindibilidad del contrato es necesario que las condiciones en que éste se haya pactado sean inicuas: c) la existencia del peligro debe existir en el acto, al momento de la estipulación, para la persona del contratante mismo o la de un tercero, v d) el contrato celebrado con vicio del consentimiento determinado por el estado de peligro, sólo puede ser rescindido a petición de la parte que se ha obligado.^{2^}

El nuevo Código Civil boliviano, vigente desde el 2 de abril de 1976, inspirándose en el Código Civil italiano, amplía a la defensa de los bienes la posibilidad de rescindir

el contrato celebrado en estado de peligro; dice: "1. El contrato concluido en estado de peligro es rescindible a demanda de la parte perjudicada que, en la necesidad de salvarse o salvar a otras personas, o salvar sus bienes propios o los ajenos de un peligro actual o inminente, es explotada en forma inmoral por la otra parte que, conociendo ese estado de necesidad y peligro, se aprovecha de él para obtener la conclusión del contrato. II. El juez, al pronunciar la rescisión, reducirá la obligación asumida en estado de peligro y señalará a la otra parte una retribución equitativa acorde con la obra prestada" (artículo 560).

25 Cas.. 25 de julio de 1951. N°2147; 14 de julio 1954, N°2471; 26 de octubre de 1959. N°3077

b) Pasemos al estado de necesidad pecuniaria. No debe creerse que supone forzosamente un estado de pobreza: para su existencia, hasta que el sujeto en determinado tiempo carezca de los medios suficientes para resolver una situación que exige dinero. Incluso la dificultad económica puede estribar sólo en la carencia momentánea de fondos líquidos. El dicho estado de necesidad pecuniaria considérase en algunas legislaciones cuando la persona que sufre el apremio se ve obligada a celebrar un contrato oneroso y la otra parte, conociendo la situación, se aprovecha de ella para obtener ventajas desproporcionadas. La ley da al que recibe el perjuicio una acción general de rescisión por lesión enorme. Nótese que para que proceda la acción rescisoria debe haber por una de las partes un aprovechamiento del estado de necesidad pecuniaria de la otra. La desproporción ha de ser la resultante del estado de necesidad de una de las partes y el aprovechamiento del mismo por la otra para obtener ventajas. Es indiferente que el aprovechador haya tomado o no la iniciativa o haya hecho o no algún esfuerzo para que el contrato se pacte; basta, según la jurisprudencia y los autores italianos, que se haya dado cuenta que las condiciones contractuales son inicuas y que la contraparte las ha aceptado constreñida por el estado de necesidad en que se encuentran.

La jurisprudencia extranjera ha calificado de estado de necesidad pecuniaria la urgencia de una persona de liquidar bienes por el temor de que le sean confiscados o arrebatados por leyes o medidas oficiales de persecución racista o por saqueos privados movidos por hostigamientos del mismo carácter o de odios religiosos. Entra también en el mismo cuadro el imperativo de abandonar prontamente el país por las causas señaladas o de índole política. En todos estos casos surge objetivamente una necesidad pecuniaria para conjurar situaciones actuales o inminentes.

1310. INTERPRETACIÓN QUE ASIMILA A LA FUERZA LOS ESTADOS DE PELIGRO Y DE NECESIDAD; REFUTACION

Según una tesis, los estados de peligro y de necesidad pecuniaria callen en el vicio del consentimiento llamado fuerza.² Entre los sostenedores de tal posición descuella el profesor Carlos Ducci Claro. •w A su juicio, lo decisivo en la fuerza o violencia es el temor que nace en una persona y que la lleva a contratar. y este temor existe provenga de la acción humana o de un estado de peligro o de necesidad pecuniaria. Para refutar el aserto basta advertir que la rescisión por causa de lesión no se fundamenta en el temor, sino en los hechos objetivos de esos estados de los cuales, con conocimiento de causa, saca desproporcionada ventaja la contraparte del necesitado. Cuando hay fuerza, probada ésta por la parte violentada, el juez declara, sin más, la nulidad del contrato, haya o no ventajas en las estipulaciones en pro del que usó la violencia. En cambio, si en un estado de peligro o de necesidad pecuniaria la contraparte del afligido no saca ventajas que puedan, conforme a la ley estimarse injustificadas o excesivas, el juez no decretará la rescisión. Ahora bien, con la corriente en que milita Ducci Claro, debe llegarse a la conclusión de que como los estados de peligro y de necesidad representan una forma de violencia y temor,

habría que, sin más, probados dichos estados, declarar la rescisión, haya habido o no aprovechamiento de las circunstancias de la contraparte del necesitado. Esta conclusión absurda sirve para demostrar que la fuerza y los estados en cuestión son instituciones diversas que no pueden asimilarse.

Comprendiendo esto, y que la fuerza supone la acción de una de las partes o de un tercero para inducir a celebrar determinado contrato a la otra parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha dicho que "no constituye el vicio de fuerza en una transacción, la circunstancia de haberla aceptado una de las partes por hallarse escasa de recursos a la fecha de su celebración".²⁹

Las razones expuestas por nosotros, creemos que son más que suficientes para estimar inadmisibles equiparar la fuerza y los estados de peligro y de necesidad pecuniaria. Sin embargo, insistiremos en refutar los argumentos contrarios que se han extraído trabajosamente de algunos textos legales.

El profesor Ducci argumenta que el artículo 1457 de nuestro Código Civil se refiere exclusivamente al temor que puede provenir de un acto humano, aclarando la misma disposición que el que lo ejerce puede ser la contraparte o un tercero; pero no excluye la fuerza de otro origen. Sin embargo, en nuestra modesta opinión el artículo 1457 es un zapato chino. Rotunda y categóricamente dice: "Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado con ella; basta que se haya empleado por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento". Esta norma expresa las fuentes del temor del que lo sufre y determina que no es indispensable que la ejerza el que se aprovecha de ella, bastando que la emplee cualquiera persona con el fin de lograr el consentimiento de una de las partes. En consecuencia, presiones de otro origen que la acción humana no bastan para generar este vicio de la voluntad de una de las partes, y mucho menos situaciones objetivas como las de peligro y de la necesidad pecuniaria. Todo esto importa excluir temores de orígenes distintos de los puntualizados por la ley como vicios del consentimiento.

Con el objeto de probar que lo importante no es la acción humana para que el consentimiento se vicie por la fuerza, Ducci sostiene que "esto lo aclara el inciso 2° del artículo 1456 al disponer que 'excepcionalmente' el temor reverencial no vicia el consentimiento. Ahora bien -prosigue el mismo autor-, el temor reverencial no emana de actos de terceros, se genera en la conciencia individual, derivado de circunstancias internas independientes de la acción humana. Al excluir específicamente al temor reverencial, el precepto está indicando en forma clara, a contrario sensu, que un temor de las mismas características, pero que no sea reverencial, puede viciar el consentimiento". El uso del argumento a contrario sensu en este caso no cabe: parece mucho

más lógico inferir que otros temores análogos al reverencial tampoco bastan para viciar el consentimiento. Porque si la ley declara la insuficiencia de ese temor para viciar el consentimiento no es por establecer una 'excepción' a la norma de que la fuerza como vicio de la voluntad debe nacer de una acción humana, sino para confirmarla y evitar equívocos en el sentido de que dicho temor no constituye ese vicio justamente porque no es el resultado de la acción del otro contratante o de un tercero".

Termina el profesor Ducci expresando, con toda razón, que el derecho es una unidad coherente, y agrega: "El artículo 1007 del Código Civil dice que 'el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes'. No se circunscribe —explica el mismo autor- a la fuerza derivada de actos humanos, sino a la que se haya producido de cualquier modo".

29 C. Ap. de Valparaíso. 21 de enero de 1923. Revista, tomo 23, segunda parte, sec. la. p. 669 (considerando 13 de la sentencia de primera instancia reproducido por la de.,segunda).

Nuestra interpretación, también dentro de la unidad coherente del derecho, es distinta. El testamento es un acto unilateral, no tiene contraparte; entonces, con a frase en cuestión se quiere significar que tanto vicia la voluntad del testador la fuerza empleada en contra suya por el beneficiado con las disposiciones de última voluntad como la desplegada por cualquiera otra persona; por ejemplo, un sujeto que amenaza al testador con divulgar sus viejos pecadillos de juventud y los nuevos de su vejez, si no deja la cuarta de libre disposición a una hermana del amenazador.

En resumen, no pueden asimilarse a la fuerza los estados de peligro y de necesidad pecuniaria. Porque la primera resguarda sólo la libertad del consentimiento: los estados en referencia son causas de la acción rescisoria general por lesión que existe en algunas legislaciones extranjeras, y esta acción tiende a evitar que con ocasión de elidios estados personas inescrupulosas contraten en condiciones inicuas para el que los sufre. Por eso. si a pesar del estado de peligro o de necesidad pecuniaria el otro contratante no se aprovecha de ellos y las estipulaciones que conviene con el afligido no son inicuas, la acción rescisoria no puede prosperar. Como el contrato en que el consentimiento vicia-do por la fuerza, debe declararse nulo si lo pide el afectado, haya sufrido perjuicio o no en las respectivas prestaciones, tendríamos que al aceptar la asimilación que combatimos, cualquier contrato, hasta el más justo, pactado en estado de peligro o de necesidad pecuniaria, debería, a demanda del que sufrió el trance, declararse nulo. No es frecuente, pero a veces ocurre, que el amigo de un necesitado le compra un inmueble y le paga, con espíritu altruista, un precio más alto que el normal dentro del comercio. Si más tarde el hombre de los apuros por un golpe de fortuna rehace su patrimonio, podría, si le viene en gana y está dentro del plazo, recuperar la propiedad alegando el estado de necesidad como vicio de fuerza, vicio que para nada atiende a si hubo o no lesión patrimonial en el que lo sufrió. Así se llega al absurdo sin límites. No hay duda: la fuerza v los estados de que se habla son instituciones distintas, y así han sido reguladas en los ordenamientos extranjeros que contemplan todas las hipótesis.

1311. ¿PODRÍAN CONSIDERARSE LOS ESTADOS DE PELIGRO Y DE NECESIDAD PECUNIARIA COMO LAGUNAS DE LA LEY SI SUCEPTIBLES DE SER COLMADAS CON LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD?

Cabe preguntarse si los contratos celebrados en estado de necesidad constituyen una laguna de la legislación civil chilena v pueden, en consecuencia, juzgarse conforme a los principios de la equidad (C. de Procedimiento Civil, artículo 170, N° 5°). Desgraciadamente, la respuesta debe ser negativa, porque dichos estados se dan por supuestos en algunos contratos rescindibles por lesión. Llámase lesión en los contratos conmutativos el perjuicio que una de las partes sufre al pactar una prestación de valor considerablemente superior a la prestación de la otra parte. Esta desproporción tiene su origen en un error de apreciación o en la presión de las circunstancias de necesidad pecuniaria o el peligro existentes al celebrarse el contrato.

La lesión no es más que el síntoma externo que delata la circunstancia que la originó. En efecto, aunque la existencia de la lesión entre nosotros sólo se determina objetivamente por la desproporción de las ventajas que saca del contrato una de las partes respecto de la otra, está implícito que la desproporción se explica por la ligereza, la inexperiencia o, casi siempre, por el estado de necesidad de la parte lesionada. No podría, pues, afirmarse que los estados en cuestión y sus efectos han sido olvidados por el legislador civil patrio. ¿Quién acepta vender una casa cuyo valor comercial es de treinta millones de pesos en catorce? ¿Qué persona se allana voluntariamente a contratar un mutuo con

intereses mortíferos? ¿Quién vende una esmeralda o el cuadro de un pintor famoso por la cuarta parte de su valor real? Casi siempre una persona en estado de necesidad o peligro.

Ahora bien, según se sabe, nuestro legislador civil no formuló, al estilo de algunos códigos modernos, la acción rescisoria general por lesión, sino que señala casos determinados y taxativos que pueden rescindirse por esa causa: el intérprete no puede extenderlos a otros. Sin duda, el Código de Helio, monumento nacional, entre las múltiples reformas que exige, esta una que contemple dicha acción general.

Párrafo III

El Dolo

1312. DEFINICIONES Y CAMPO DE APLICACIÓN

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (Código Civil, artículo 44, inciso final).

También se dice que el dolo consiste en la voluntad deliberada y precisa de crear un hecho lesivo del orden jurídico y del derecho ajeno. Se aplica en tres campos diversos.

a) En la celebración de los actos y contratos. En este caso cuando es principal y obra de una de las partes vicia el consentimiento.

El dolo como vicio del consentimiento en los actos o negocios jurídicos consiste en el empleo, por una de las partes, de maquinaciones, trampas, artificios, mentiras o engaños, respecto de otra persona, con el fin de inducirla a consentir en un contrato que, a no mediar dichas maniobras, jamás habría celebrado.

b) En la ejecución de los contratos, en que el dolo 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. Esto es lo que algunos autores llaman fraude.

c) En los delitos civiles.

Pero cualquiera que sea 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.

1313. historia DEL DOLO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO: DERECHO ROMANO

En todas las legislaciones contemporáneas cuando una de las partes se vale del engaño para inducir a la otra a celebrar un contrato y ese engaño ha sido decisivo para consentir, se da al contratante engañado una acción para demandar la nulidad del contrato por estar viciado con el dolo su voluntad contractual.

Los romanos dejaron transcurrir siete siglos antes de resolverse a sancionar el dolo en los actos o negocios jurídicos. Pensaban que cada parte, en los contratos, debía ponerse en guardia ante las posibles trampas que puede hacerle la otra para determinarla a celebrar el negocio jurídico. Afirmaban que la ley no suele socorrer a los tontos: non stultis soleré socorrí (Digesto, libro 22, título 6, ley 9, fragmento 5). Sin embargo, se comprobó que a menudo hombres inteligentes eran víctimas de maquinaciones, artificios o mentiras capaces de inducirlos a celebrar un contrato que de no mediar las maniobras dolosas no habrían celebrado. Entonces, a fines de la República, se creó la acción de dolo y luego la excepción del mismo. No olvidemos que el período republicano abarca los años comprendidos entre el 510 y 30 antes de Cristo.

Marco Tulio Cicerón (106-43 antes de C.) narra un pintoresco v aleccionador caso de dolo. Cavo Canio, rico caballero de Roma. medianamente culto, fue a pasear a Siracusa. Ciustóle la ciudad y, en repetidas ocasiones, manifestó que ahí, en los alrededores, le gustaría comprar una casa de campo donde pudiese convidar a sus amigos v recrearse con libertad, sin que nadie lo molestase. Por todas partes se extendió esta voz. No la desoyó un banquero llamado

Pitio. Se acercó a Canio y le dijo: "Tengo una casa pero no para la venta. Vos, sin embargo, podéis disponer de ella como si fuera propia". Al mismo tiempo lo invitó a conocer la mansión. Aceptó Canio. Entre tanto Pitio se apresuró a llamar a unos pescadores, solicitándoles que en el río, frente a su casa, pescaran en el día siguiente, el de la arribada de Cayo Canio. Llegó éste a la hora señalada. Pitio le tenía una espléndida comida y, a la vista, una multitud de barcas. Cada uno de sus ocupantes corría a echar a los pies del dueño de casa todo lo que había pescado. Canio, maravillado con tantos peces y barcas, sonreía. Por su lado, Pitio comentó: "Estamos en presencia de toda la pesca de Siracusa". Y añadió que de su lieredad tomaban el agua para la ciudad, la cual mucho dependía de aquélla. Entusiasmado Canio rogó mil veces a Pitio que le vendiera la propiedad. El último, después de reiteradas negativas, accedió y fijó el precio a su gusto. Perfeccionado por escrito el contrato de compraventa, Canio llamó a sus amigos. Les pidió que lo visitasen al día siguiente. Temprano llegó el anfitrión a sus nuevos dominios. No vio ahora barca alguna. Extrañado, preguntó a un vecino qué ocurría. Respondió el interpelado: "Yo no sé si hoy es fiesta de los pescadores; pero aquí, señor, nadie viene a pescar y ayer, extrañado, me preguntaba qué habría atraído a los pescadores concurrentes". Empezó Canio a encolerizarse, comprendiendo el engaño de que había sido víctima. "Pero qué había de hacer -termina Cicerón- si mi compañero y amigo el pretor Aquilio Galo aún no había publicado las fórmulas sobre el dolo malo.³⁰

Del relato de Cicerón se desprende que las medidas contra el *dolus malus* se introdujeron en su época y que el autor de ellas fue el jurista y pretor Aquilius Gallus.

Las medidas contra el dolo en el Derecho Romano se reducían fundamentalmente a la acción de dolo, a la excepción de dolo y a la *in integrum restitutio* (restablecimiento al estado o situación anterior). La acción de dolo supone un contrato ya ejecutado y se dirige a obtener una indemnización en favor de la parte engañada. La excepción de dolo procede cuando el contrato no se ha cumplido aún y corresponde a la parte burlada, la cual pide que se la libere de ejecutar el contrato. La acción de restitución *in integrum* no se daba sólo tratándose del dolo sino en cierto número de casos para aniquilar los efectos de un contrato o de una operación jurídica válida en derecho civil, pero que el pretor, apoyado en su imperium, después de examinar los hechos resolvía que era equitativo no tomar en cuenta el acto jurídico tachado y remitir a las partes al estado primitivo, anterior al acto, considerándose que éste jamás ha existido.

Las medidas señaladas cabían únicamente cuando el autor del dolo era una de las partes del contrato. Si había dolo recíproco no podía reclamarse, pues entraba en juego la compensación. Cuando el dolo era de un tercero, contra él podía entablarse una acción para que indemnizara los daños sufridos: pero el contrato permanecía válido.

Por último, distinguíase entre dolo causante (*dolus calisam dans*) y dolo incidental (*dolus incidents*). El primero influía decisivamente en la celebración del contrato, a no mediar su existencia la operación jurídica de ninguna manera se habría realizado. El otro dolo, el incidental, si bien está presente en el contrato, éste se habría celebrado aun cuando se hubiera sabido la verdad cubierta por el engaño, pero se habría celebrado en otras condiciones. El dolo principal o causante faculta para ejercitar la acción o la excepción de dolo, anulando el contrato celebrado bajo su influjo. El dolo incidental sólo autoriza para reclamar la indemnización de daños y perjuicios.

³⁰ La narración de Cicerón se encuentra en el Capítulo XIV de su obra *Los oficios*. Nosotros tuvimos a la vista la edición de Espasa-Calpe (Colección Austral). Madrid, 1959, pp. 138-139.

1514. DOLO BUENO Y DOLO MALO

En el Derecho Romano y el Español se distinguía entre el dolo bueno (doliis honus) y el dolo malo (dolus malus).

Llámase dolo bueno la sagaz y astuta precaución con que cada uno suele defender su derecho, y evitar todo detrimento y perjuicio que le amenace por engaño de un tercero. Dentro de este concepto caben las lisonjas, los halagos y exageraciones con que una parte busca en los contratos el influir sobre la otra. Las fuentes romanas decían que es cosa natural en los contratos el rivalizar en las astucias.

El dolo malo es el que define y considera la ley. ya que el que se limita a halagar, lisonjear o exagerar la calidad de una cosa o un hecho, no tiene "la intención positiva" de inferir injuria a otro.

1315. DOLO POSITIVO Y DOLO NEGATIVO; RETICENCIA

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

Entre las abstenciones dolosas merece destacarse el silencio o reticencia. El silencio constituye dolo, en términos generales, cuando una persona calla estando obligada a hablar, sea por la ley, la costumbre o las circunstancias del caso y otra persona celebra un acto jurídico que no habría celebrado o lo habría celebrado en otras condiciones, si la primera hubiera hablado.

1316. DOLO PRINCIPAL Y DOLO INCIDENTAL

Dolo principal es el que determina o decide a una persona a celebrar el acto jurídico en que recae. A no mediar este dolo, la persona no habría celebrado el acto o contrato. Dolo incidental es el que no determina a una persona a celebrar el acto jurídico, pero sí a concluirlo en distintas condiciones de aquellas en las que lo habría concluido, generalmente menos onerosas, a no mediar el procedimiento torcido.

Hay dolo principal o determinante si una persona pide al vendedor unos candelabros de plata y éste le entrega, a sabiendas, unos de cobre plateado. Pero el dolo sería sólo incidental, si el cliente pide determinados candelabros y el vendedor, a fin de obtener mejor precio, asegurara que son de plata sin serlo.

1317. CUANDO EL DOLO VICIA EL CONSETIMIENTO Y LA VOLUNTAD

El dolo vicia el consentimiento cuando reúne copulativamente estos dos requisitos: ser obra de una de las partes y ser principal.

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

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

Esto por lo que a los actos bilaterales se refiere. El Código Civil no consagra una fórmula general del dolo vicio de la voluntad en los actos unilaterales: pero de diversas disposiciones se desprende que las maniobras artificiosas vician la voluntad cuando son principales, cuando a no mediar ellas el acto no se habría celebrado. Lógicamente, en los actos unilaterales no se puede hablar de "la otra parte" puesto que hay una sola: pero es indiferente que las maniobras dolosas sean obra del que se viene a beneficiar con el acto o de un tercero.

Citaremos algunas disposiciones del Código Civil que dejan en claro que el dolo para viciar la voluntad en los actos unilaterales sólo exige ser principal.

1) El N° 4° del artículo 968 declara que es indigno de suceder al difunto como heredero o legatario el que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del causante, o le impidió testar.

2) El artículo 1237. refiriéndose a las asignaciones, dice que ninguna persona tendrá derecho para que se rescinda su repudiación, a menos que la misma persona o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o sólo a repudiar.

3) El artículo 1782 expresa, en su inciso 2°, que una vez hecha la renuncia de los gananciales por parte de la mujer no podrá rescindirse, a menos de probarse que ésta o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por un justificable error del verdadero estado de los negocios sociales.

En síntesis, el dolo vicia la voluntad en los actos unilaterales, cuando es principal, y en los bilaterales cuando, además de esto, es obra de una de las partes. Queda en claro que el concepto de dolo principal es uno solo y que lo distinto son los requisitos del dolo como vicio de la voluntad en una y otra especie de actos.

1318. EL DOLO NO SE PRESUME SINO EN CASOS CALIFICADOS

El dolo, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, no se presume, porque la ley presume la buena fe de los contratantes y no la mala. Empero, hay casos calificados en que la ley lo supone, como en el previsto por el artículo 706 del poseedor que entra en posesión contra una disposición de la ley y que pretende justificarse invocando un error de derecho, pues "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario".

"El dolo pues, no se presume -dice el artículo 1459- sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse".

1319. EL DOLO NO PUEDE CONDONARSE O RENUNCIARSE ANTICIPADAMENTE

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

El dolo solo puede perdonarse una vez cometido o conocido por la otra parte. De otra manera sería corriente la inserción en los contratos de una cláusula liberatoria del dolo. Por eso el artículo 1465 dispone que la condonación del dolo futuro no vale.

1320. EL DOLO DE LOS REPRESENTANTES Y EL DOLO DE LOS INCAPACES

Veremos estos puntos al hablar de las nulidades.

1321. SANCIÓN DEL DOLO

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

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

No es necesario, porque la ley no lo exige, que los que se han aprovechado del dolo tengan conocimiento de éste, o que el acto jurídico del cual se reporta provecho diga relación con el dolo. Basta que el dolo se haya cometido por un tercero y sea fuente de lucro (Gaceta de los Tribunales, año 1881. N° 1.465. p. 850).

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

1321-a. ACCIÓN DEL DOLO: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA: PRESCRIPCIÓN

La acción de dolo corresponde a la parte inocente que ha sido víctima del engaño. y tiene como sujeto pasivo a la parte que ha empleado el dolo. Su objeto es que se declare la rescisión del acto jurídico.

El que ha sufrido el dolo puede hacer valer la rescisión del acto como acción o como excepción, según el caso.

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

El plazo para hacer valer la acción rescisoria es de cuatro años. contados desde el día de la celebración del acto o contrato (C. Civil, art. 1691 inciso 2"). Esta acción procede no sólo tratándose de los contratos, sino en los demás actos jurídicos: en las particiones (arts. 1351 y 1352), en la aceptación de la herencia (art. 1234). etc.

Por último advirtamos que en el matrimonio el dolo no está contemplado como vicio del consentimiento (Lev de M. Civil, art. 33).

1322. DOLO Y MALA FE

El dolo es una forma de la mala fe. Para determinar el concepto de ésta. preferible es aclarar su antítesis, la buena fe. Se distinguen dos especies: la buena fe objetiva y la subjetiva.

Buena fe objetiva o buena fe-lealtad es justamente el leal comportamiento que se tiene en las relaciones con los demás. A ella se refiere el Código Civil cuando prescribe que los contratos deben cumplirse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (art. 1546).

La buena fe subjetiva o buena fe-creencia es la convicción o creencia firme de que se actúa conforme a la ley cuando, en realidad, no es así por encontrarse la persona en un estado de ignorancia, o tener un erróneo conocimiento, creencia u opinión acerca de una determinada situación jurídica.

El Código considera la buena fe en sentido subjetivo o buena fe-creencia, entre otros casos, en la posesión, que es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, y dice, que "la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa (que se posee) por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario" (art. 706). Y así como el dolo no se presume, tampoco la mala fe. Textualmente el Código Civil declara que "la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse" (art. 707).

La disposición recién transcrita sobre la presunción de buena fe, aunque se encuentra ubicada en el título "De la posesión", se ha entendido que es una norma general; así lo revelan los términos amplios y comprensivos en que está redactada, y porque sería absurdo presumir la buena fe sólo en la posesión y no en otras instituciones, siempre que especial y formalmente la ley no establezca lo contrario.³¹

El carácter general o especial de una norma depende de su propia naturaleza y no de su ubicación en una ley o en un Código. La jurisprudencia ha aplicado la regla de la presunción de buena fe contenida en el artículo 707 del Código Civil hasta en materia de Derecho de Familia, concretamente en el matrimonio putativo.¹²

En consecuencia, la presunción de buena fe. en los términos en que está concebida en la mencionada disposición, se aplica no sólo tratándose de la buena fe en sentido subjetivo, sino también respecto de la buena fe en sentido objetivo, y cabe en todos los casos en que la ley no disponga lo contrario.

31 Véanse los tallos citados en el Repertorio de Legislación y jurisprudencia Chilenas. Código Civil, t. I, art. 122, tomo II, art.707
32 Id. cita anterior

1323. EL FRAUDE

Debe distinguirse el dolo del fraude. Este último ha sido definido como el malicioso y desleal obrar en perjuicio ajeno en el cual asoma, agravada, la figura de la mala fe en sentido objetivo. No es, sin embargo, una especie de dolo en el sentido de vicio del consentimiento y menos una forma de simulación.

Se trata de maniobras o actos realizados con la intención de herir los derechos o intereses ajenos.

Ejemplo de fraude es el del deudor que oculta bienes para escapar a la acción de los acreedores que pretenden pagarse con la venta de aquellos. Otro ejemplo es el de la persona que se presenta al juez, acompañada de testigos, para poner por escrito un testamento verbal que la favorece y que el difunto jamás otorgó, perjudicando con la maniobra al fisco al cual le correspondería la herencia por no tener el supuesto testador cónyuge sobreviviente ni parientes que lo pudieran suceder intestadamente.-^

LA LESIÓN

Los contratos *onerosos* son aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (artículo 1440). Ejemplo: la compraventa, el arrendamiento, etc.

Los contratos onerosos se subdividen en *conmutativos* y *aleatorios*. Los primeros son aquellos en que 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. Los segundos son los contratos en que el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1441).

En los contratos conmutativos la extensión de las prestaciones que se deben las partes es inmediatamente cierta y cada una de ellas puede apreciar desde luego el beneficio o la pérdida que le causa el contrato. En los contratos aleatorios, por el contrario, la prestación debida por una de las partes depende de un acontecimiento incierto que hace imposible dicha evaluación hasta que el acontecimiento se realice.

Ahora bien, la *lesión* es el perjuicio 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.

1324-a. FUNDAMENTO

La lesión, cuando reviste caracteres graves, cuando es enorme, reclama una sanción en nombre de la equidad que, conforme a la etimología de la palabra, consiste en la igualdad de trato. Los más débiles deben ser protegidos contra los más ávidos y astutos, para así nivelar las desigualdades.

¹¹ Véase: *JORGE MERA FIGUEROA, Fraude civil y Penal. Santiago, 1986. 299 págs.*

1325. ¿QUE CLASE. DE VICIO ES LA LESION DENTRO DE NUESTRO DERECHO?

Algunos autores y maestros consideran que la lesión, dentro de nuestro Derecho, es, como en otras legislaciones, un vicio subjetivo, un vicio del consentimiento, porque, afirman, quien sufre lesión con el acto que celebra o ejecuta es por presión de las circunstancias, como en el caso del préstamo con intereses usurarios o en el caso del que ofrece una gran suma de dinero para que le salven la vida; o por influencia de un mal cálculo que provoca error en su voluntad, como sucede con la compra de un terreno en el cual el comprador cree personalmente que hallará algún tesoro; o por influencia del ascendiente que ejerce la persona con quien se contrata, que más o menos inconscientemente la empuja a celebrar el acto desventajoso (situación especialmente contemplada en el Derecho inglés); o, en general, por cualquiera otra causa que se traduce en una presión de la voluntad que no entrañe jurídicamente error, dolo o fuerza.

Otros, por el contrario, creen que la lesión es, en nuestro Derecho, como en el francés, un simple vicio objetivo del acto, predominando el elemento material del perjuicio experimentado. De acuerdo con esta concepción, la lesión "funciona matemáticamente, mecánicamente, desde el momento que las condiciones requeridas por la ley se encuentran reunidas, y con abstracción de toda consideración derivada de la mentalidad de los contratantes, del fin perseguido por ellos".

Para aseverar que nuestra legislación considera la lesión como un vicio objetivo, se fundan en las razones siguientes.

1) La historia de la ley. En efecto, el Proyecto de 1853, en su artículo 1629 enumeraba la lesión entre los vicios del consentimiento; su posterior supresión estaría demostrando claramente la intención del legislador de no considerarla entre ellos.

2) La naturaleza de la sanción. La sanción de los vicios del consentimiento es la nulidad del acto; la sanción de la lesión, en cambio, es varia y tiende a evitar el perjuicio de la parte lesionada. Y cuando en la lesión se concede la acción rescisoria, como en la compraventa, no conduce necesariamente, como en los vicios del consentimiento, a la anulación del acto. pues la parte beneficiada con la lesión podría purgarla completando la prestación deficiente en la forma prevista por la ley.

La acción rescisoria de la lesión es, pues, de una naturaleza especial. Por eso la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que la acción rescisoria por lesión enorme no se rige por los artículos 1682 y siguientes del título XX. del libro IV del Código Civil, sino por las disposiciones del párrafo 13 del título XXIII del mismo libro, porque no nace de ningún vicio proveniente de la incapacidad de los contratantes, de error o de dolo (Gaceta, de 1879. sentencia 1925, p. 1346).

Por nuestra parte, también creemos que la lesión constituye en nuestro Derecho un vicio objetivo, ya que para sancionarlo basta con demostrar la desproporción de las prestaciones señaladas en la ley.

Sólo en la rescisión de la aceptación de una asignación hereditaria esto se altera, porque hay que demostrar: primero, que se sufrió lesión grave, y segundo, que esta lesión se produjo "a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptar la asignación". Y esto se explica por el carácter mismo de las asignaciones testamentarias, cuya aceptación significa, a veces, un riesgo en el resultado económico final, del cual no puede formarse idea la persona al ignorar esas disposiciones testamentarias. Por lo demás, como veremos más adelante, la lesión en la aceptación de asignaciones testamentarias no es un caso de lesión en sentido técnico.

1325-a. CASOS EN QUE LA LESION VICIA EL ACTO

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

1) Compraventa. "El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que se vende; y el comprador sufre a su vez lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato" (artículo 1889). No hay lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia (artículo 1891), ni en las compraventas y permutas de una concesión minera o de una cuota o una parte material de ella (Código de Minería de 1983, art. 170).

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

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

3) Aceptación de una asignación hereditaria. Según el artículo 1234. la aceptación puede rescindirse en el caso de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla. Se entiende por lesión grave, dice el último inciso del precepto, la que disminuye el valor total de la asignación en más de la mitad. El redactor afirma que éste no es un caso de lesión en 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.

4) Partición de bienes. "Las particiones -dice el artículo 1348- 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".

5) Mutuo. "El interés convencional -dice el Código Civil en el artículo 2206 (colocado en el título "Del mutuo")- no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial: salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente".

La Ley N° 18.010. de 27 de junio de 1981, sobre Operaciones de Crédito y Otras Obligaciones de Dinero, modificada por la Ley N° 19.28, de 4 de noviembre de 1997, señala que "interés comente es el interés promedio cobrado por los Bancos y las sociedades financieras establecidos en Chile en las operaciones que realicen en el país, con excepción de ciertas operaciones en que no existe límite de interés, que son las siguientes: a) las operaciones de crédito de dinero que se pacten con instituciones o empresas bancarias o financieras. extranjeras o internacionales; b) las que se pacten o expresen en moneda extranjera para operaciones de comercio exterior; c) las operaciones que el Banco Central de Chile efectúe con las instituciones financieras, y d) aquellas en que el deudor sea un banco o una sociedad financiera (arts. 5° y 6°). Corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras determinar las tasas de interés corriente... (art. 6° inc. I)",

No puede estipularse un interés que exceda en más de un cincuenta por

ciento al corriente que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional". (artículo 6º. inciso final).

Es importante subrayar que se aplica el interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieren al interés legal o al máximo bancario (art. 19).

6) La anticresis. El artículo 244:) establece para el contrato de anticresis una lesión análoga a la del mutuo: los intereses que estipularen las partes están sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso del mutuo.

7) Cláusula penal. "Cuando por el pacto principal —dice el artículo 1544- una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo de interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".

1326. SANCIÓN CONTRA LA LESION

Como ya quedó de manifiesto en nuestro Derecho, como en el trances, 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 (artículo 1890). En otras ocasiones la sanción de la lesión es la reducción de la estipulación lesiva a términos razonables, como sucede en el mutuo o 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 desproporción de las prestaciones.

1327. TENDENCIA DE LAS LEGISLACIONES MODERNAS EN CUANTO A LA LESIÓN

El Código Civil Alemán (artículo 138). el Código Federal Suizo de las Obligaciones (artículo 21) y otros modernos, han construido una teoría de la lesión que reposa en amplias bases, a la cual han dado una extensión considerable y al mismo tiempo un carácter subjetivo bastante pronunciado: todas las convenciones pueden caer a causa del desequilibrio lesivo, pero sólo cuando una de las partes ha explotado intencionalmente la necesidad, los apuros, la ligereza o inexperiencia del otro contratante. Si bien es cierto que la teoría de la lesión presenta al mismo tiempo un carácter subjetivo y económico (desproporción anormal, chocante, entre las prestaciones correspondientes), en estos países la intención de explotar es la base de la acción de nulidad o rescisión; la lesión es cuestión de móviles. Nótese que el carácter subjetivo de la lesión en estas legislaciones no dice relación con el hecho de sufrir la víctima una presión en la voluntad, lo que significaría un vicio del consentimiento, sino que se refiere a la intención de explotar de la parte que gana con la lesión.

Cabe observar que el Código Civil Alemán se coloca en un punto de vista que le es peculiar: para él el acto lesivo es un acto contrario a las buenas costumbres (artículo 138), de manera que es absolutamente nulo y no tan sólo rescindible o anulable.[^]

35. Jossierand, obra citada, tomo II, p. 62

1328. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EXCESIVA ONEROSIDAD

SOBREVIVIENTE

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

2. LA CAPACIDAD. Generalidades

1329. CONCEPTO

Para que el acto jurídico sea válido, no basta que haya sido *querido*; es preciso que se ejecute no sólo por persona dotada de voluntad, sino que es menester también que ésta tenga la *capacidad* requerida para realizar el acto de que se trata.

En el Derecho la *capacidad* se define como "la aptitud legal para adquirir derechos y ejercitarlos". De aquí se deduce que la capacidad es de dos clases:

de goce o capacidad jurídica y de ejercicio o de obrar.

Gozar de un derecho es estar investido de él, ser su titular; *ejercer* un derecho es ponerlo en práctica, realizar los actos jurídicos a que da opción.

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

Estudiaremos separadamente ambas incapacidades.

A) CAPACIDAD DE GOCE

1330. DEFINICIÓN

Capacidad de goce o jurídica es la aptitud legal para adquirir derechos.

1331. LA CAPACIDAD DE GOCE O JURÍDICA PUEDE CONCEBIRSE SIN LA CAPACIDAD DE EJERCICIO

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 hacerlo valer por sí mismo. En otros términos, hay personas que aunque poseen el goce de derechos civiles, no tienen su ejercicio. Son las que propiamente hablando, se llaman *incapaces*.³⁶

1332. EN PRINCIPIO, LA CAPACIDAD DE GOCE PERTENECE A TODOS LOS INDIVIDUOS

En el Derecho moderno, la capacidad de goce pertenece, en principio, a todos los individuos. Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, estado, y aun su nacionalidad, tiene el goce de los derechos civiles. Quitar a un individuo el goce de los derechos civiles, dicen Colin y Capitant, sería borrarlo del número de las personas; colocarlo en la situación del esclavo del mundo antiguo.³⁷

Las incapacidades de goce son, pues, *excepcionales*, y además *especiales* siempre, es decir, que no conciernen más que a uno o varios derechos determinados. No puede concebirse que una persona se halle privada de todos los derechos civiles.

1333. EJEMPLOS DE INCAPACIDAD DE GOCE

Existe una serie de incapacidades de goce relativamente a un derecho determinado que son más bien prohibiciones impuestas por la ley en atención a diversas razones. Así, los artículos 963 a 965 establecen algunas incapacidades para suceder, para adquirir derechos hereditarios. En su oportunidad las estudiaremos.

B) CAPACIDAD DE EJERCICIO

1334. DEFINICIÓN

Capacidad de ejercicio, llamada también capacidad de obrar, es la aptitud legal de una persona para ejercer por sí misma los derechos que le competen y sin el ministerio o la autorización de otra (artículo 1445, inciso 2).

1335. LA INCAPACIDAD DE EJERCICIO ES LA INCAPACIDAD PROPIAMENTE TAL

Cuando se habla de incapacidad en Derecho, debe entenderse la incapacidad de ejercicio, ya que incapacidad de goce general no existe.

1336. LA CAPACIDAD ES LA REGLA

Todo individuo, por el solo hecho de ser persona, tiene la capacidad de goce, esto es, la aptitud para adquirir derechos; pero para ejercitarlos es preciso que tenga discernimiento, vale decir, facultad para comprender el alcance de sus actos, y que no esté declarado incapaz por la ley.

En todos los casos, las incapacidades sólo existen cuando así lo declara expresamente la ley. De ahí que no sea necesario estudiar quiénes son capaces, porque la capacidad es la regla, sino quiénes son incapaces. El artículo 1446 dice que "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". Esta regla, formulada en nuestro Código como en el francés, en forma incidental, a propósito de las obligaciones y los contratos, es general y se aplica a todos los actos jurídicos.

36 COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo 1, p. 169.

37 Ibidem, P. 169.

250

1337. CLASES DE INCAPACIDAD DE EJERCICIO

La incapacidad puede ser absoluta o relativa. La primera impide ejecutar acto jurídico alguno; el incapaz absoluto no puede ejercitar el derecho bajo ningún respecto ni en circunstancia alguna. La incapacidad relativa permite la celebración de actos jurídicos; el relativamente incapaz puede ejercitar su derecho bajo determinados respectos y en ciertas circunstancias.

Las incapacidades absoluta y relativa son generales, porque se refieren a la generalidad de los actos.

1338. PERSONAS QUE SON ABSOLUTAMENTE INCAPACES;

NULIDAD ABSOLUTA DE SUS ACTOS

Son absolutamente incapaces:

- 1) Los dementes;**
- 2) Los impúberes, y**
- 3) Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.**

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

La incapacidad de los dementes e impúberes obedece a *causas j-sícas*; la ley se limita sólo a verificarla y a determinar su extensión; la incapacidad del sordomudo que no puede darse a entender por escrito radica en su falta de medios para expresar cabalmente la voluntad que lo anima.

Cabe observar que los dementes son incapaces aunque no estén bajo interdicción: basta que la persona esté privada de sus facultades mentales para que sea absolutamente incapaz.

De acuerdo con el artículo 1682, los actos y contratos de los absolutamente incapaces adolecen de nulidad absoluta. Pero en estricto Derecho, tales actos son inexistentes, por falta de voluntad, que es una de las condiciones de existencia de todo acto jurídico.

1339. PERSONAS RELATIVAMENTE INCAPACES

Son relativamente incapaces: los menores adultos y los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo (art. 1447, inciso 3').

1) *Los menores adultos.* La expresión "menores adultos" comprende al varón mayor de catorce años y a la mujer mayor de doce que no han cumplido

251

los veintiún años. Los actos de estas personas son válidos en ciertas circunstancias y cuando han sido ejecutados en conformidad a los requisitos que la ley exige; en otros términos, los actos de los menores adultos tienen valor y producen efectos cuando han sido ejecutados con la autorización de su representante legal, o bien, cuando se refieren al peculio profesional o industrial, dentro de los cuales los menores adultos gozan de amplias facultades.

2) *Los disipadores que se bailan bajo interdicción de administrar lo suyo.* De aquí se deduce que si el disipador no ha sido puesto bajo interdicción (prohibición), es plenamente capaz. Llámase disipador o pródigo al individuo que gasta habitualmente en forma desproporcionado a sus haberes y sin finalidad lógica alguna.

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

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

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

Al estudiar las tutelas y curatelas se analiza pormenorizadamente la situación jurídica del disipador.

1340. VALOR DE LOS ACTOS DE LOS RELATIVAMENTE INCAPACES

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

1341. CÓMO DEBE ACTUAR EL INCAPAZ

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

En el primer caso éste ejecuta el acto 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.

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

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

Son representantes legales de una persona el padre o la madre legítimos, el adoptante y su tutor o curador (artículo 43, reformado por la ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989).

254

La autorización mencionada para que el menor de dieciocho años púber pueda casarse se exige en

razón de su incapacidad relativa y no de una capacidad particular.

1341-b. LA LEGITIMACIÓN PARA EL NEGOCIO JURÍDICO Y LA APARIENCIA

En algunos casos la falta de legitimación para el acto o negocio jurídico no invalida a éste; así ocurre cuando procede aplicar el principio de la *apariencia*. A veces, el ordenamiento jurídico se ve en la necesidad de desentenderse de realidad jurídica para no entorpecer la circulación de los bienes y tutelar los derechos de los terceros que han tomado por jurídico un estado de hecho. Tal cede cuando por ciertas circunstancias el estado de hecho presenta visos de ser e induce a terceros a creer que lo es; entonces el ordenamiento jurídico conoce validez a la apariencia. Supóngase que un notario que ejerce pública el cargo fue mal nombrado por la autoridad respectiva. Ilógico sería obligar las personas que requieren los servicios de un notario indagar si fue bien o mal nombrado y, *en este último extremo, sancionar con la nulidad las actuaciones de ministro de fe*, perjudicando a los que requirieron su intervención en los jurídicos por un hecho de la autoridad en que a ellos ninguna culpa les cabe. En esta hipótesis y en algunas otras entra en juego la teoría de la apariencia.

Se ha definido la *apariencia* como un estado de hecho que no corresponde al estado de derecho, acompañado del convencimiento de los terceros que

- 1 estado de hecho corresponde a la realidad jurídica, convencimiento derivado de un error excusable y, por ende, exento de culpa.

La doctrina estima que, en general, es aplicable al principio de la apariencia cuando concurren los siguientes presupuestos: 1) un estado de hecho no correspondiente al estado de derecho; 2) el convencimiento de los terceros, derivado de un error excusable, que el estado de hecho corresponde a la realidad jurídica.

Una aplicación de esta teoría en el campo de la legitimación para el negocio jurídico la encontramos en la disposición del Código Civil que dice: "En general, das las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, que éste haya hecho en ejecución del mandato será *válido* y dará derecho a *de buena fe* contra el mandante. Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con *terceros de buena fe*; pero no podrá derecho a que el mandatario le indemnice. Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos, y en todos los casos en que no pareciera probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante" (art. 2173).

1342. LEGITIMACIÓN DE LOS CÓNYUGES PARA LA CELEBRACIÓN DE ACTOS RELACIONADOS CON LOS BIENES FAMILIARES

Según el Código Civil, el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles e guarnecen el hogar, podrán ser declarados *bienes familiares* por resolución judicial, a petición de uno de los cónyuges (art. 141, texto fijado por el . 28, N° 9, de la Ley No 19.335, de 23 de septiembre de 1994).

252

1341 -a. LEGITIMACIÓN PARA EL NEGOCIO O ACTO JURÍDICO; INCAPACIDAD PARTICULAR

Para celebrar válidamente un acto jurídico no basta que las partes tengan capacidad de ejercicio, por plena que ésta sea; es necesario, además, que posean *legitimación para el acto (o negocio) jurídico*. Consiste ella en la idoneidad de una persona para ser sujeto del acto que celebra. Están legitimados para el acto, por lo general, salvo excepciones, los titulares plenamente capaces del Derecho sobre que versa el acto, los mandatarios con poder suficiente de esos titulares, los representantes legales de los incapaces y los incapaces relativos cuando están autorizados para celebrar el acto por sí mismos, autorización concebida por sus representantes legales u otras personas señaladas por la ley.

Excepcionalmente, hay casos en que una persona no titular del derecho a que se refiere el acto puede ser sujeto de éste. Así, por ejemplo, vale la compraventa de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo (C. Civil, art. 1815). También, excepcionalmente, un incapaz relativo está legitimado para celebrar ciertos actos jurídicos sin autorización de nadie, como sucede con el varón de catorce años cumplidos y la mujer que ha cumplido doce, los cuales por sí solos están habilitados para otorgar testamento (C. Civil, art. 1005, N° 2, a contrario sensu).

Puede faltar la legitimación para el acto jurídico cuando una persona, aunque tenga plena capacidad de ejercicio, esté sometida a un impedimento legal a causa de su situación jurídica respecto a la persona con la cual celebre el acto o respecto al objeto de éste. Ejemplos: los- cónyuges no divorciados perpetuamente carecen de legitimación para celebrar entre sí el contrato de compraventa (C. Civil, art. 1796); el dueño de una cosa no está legitimado para enajenarla cuando ella está embargada por decreto judicial y el acreedor no consiente la enajenación o el juez no la autoriza (C. Civil, art. 1464, N° 3').

Son notorias las diferencias entre la capacidad de ejercicio y la legitimación para el negocio o acto

jurídico. Desde luego, la capacidad de ejercicio considera la aptitud intrínseca del sujeto; en cambio, la legitimación toma en cuenta la situación jurídica en que se hallan las partes entre sí o frente al objeto del acto. En seguida, la capacidad de ejercicio considera la idoneidad del sujeto para la generalidad o una serie de tipos de actos, idoneidad que se mensura en relación con un grado de desarrollo psíquico más o menos común; no sucede lo mismo con la legitimación, pues ella considera la idoneidad para un acto singular, idoneidad que se determina atendiendo a circunstancias particulares, diversas de caso en caso.

Nuestro Código Civil llama a la falta de legitimación *incapacidad particular*, refiriéndola a los casos en que la ley niega expresamente esa legitimación; al respecto dice: "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, inciso final). Llamamos la atención a que en esta forma la palabra *prohibición* no está empleada en el sentido de ley prohibitiva, sino en el más amplio de *impedimento* para que una persona realice un acto que, en principio, habría podido efectuar a no mediar tal prohibición.

Un ejemplo de negociación expresa de legitimación o de "incapacidad particular", como la llama el Código Civil, lo encontramos en la disposición

253

que declara nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo de familia (art. 1796). Las citadas personas no están legitimadas para celebrar entre ellas el contrato de compraventa y por eso se declara nulo éste. Otro ejemplo se halla en la disposición del Código que dice: "al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los jueces, abogados, procuradores o escribanos los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio; aunque la venta se haga en pública subasta" (C. Civil, art. 1798).

Hay casos en que la falta de legitimación o incapacidad particular no puede salvarse de ninguna manera, porque el impedimento para celebrar el acto entraña una ley prohibitiva y, como tal, su sanción es la nulidad absoluta. Es lo que ocurre en los casos a que se refieren los artículos 1796 y 1798 recién transcritos. En otras hipótesis la incapacidad particular no entraña una ley prohibitiva y, en consecuencia, puede salvarse cumpliendo los requisitos omitidos que legitiman al sujeto para celebrar el acto de que se trata. Así, el Código Civil establece que, por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge o cualquiera de los parientes que señala, o de alguno de sus socios de comercio, puede ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio (art. 412, inc. 1º); pues bien, si el tutor o curador celebra algunos de los actos o contratos referidos sin la autorización mencionada, la omisión puede salvarse obteniendo dicha autorización. El incumplimiento de la citada norma que declara la incapacidad particular del tutor o curador acarrearía la nulidad relativa del acto, saneable en la forma indicada. Agreguemos que tratándose de la compra o arriendo de los bienes raíces del pupilo el tutor o curador no puede celebrar esos actos ni siquiera con la predicha autorización, extendiéndose esta prohibición a su cónyuge, y a sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales (art. 412, inc. 2º). Hay aquí una ley prohibitiva, cuya sanción es la nulidad absoluta.

Algunos autores, como el profesor Alessandri³⁸ citan, entre los casos de incapacidad particular, el de los menores de dieciocho años que para casarse necesitan el consentimiento de un ascendiente, recibiendo una sanción si celebran el matrimonio o sin solicitar dicha autorización. A nuestro juicio, este caso no es de incapacidad particular, porque tal incapacidad consiste en privar a una persona de la idoneidad para celebrar un acto jurídico que sin la prohibición impuesta por la ley habría podido celebrar, y, salvo excepción señalada por la ley, ningún incapaz relativo, como es todo menor de dieciocho años púber, puede llevar a cabo por sí solo un acto jurídico sin la autorización de otra persona. Esta autorización es generalmente necesaria para que el incapaz relativo pueda celebrar cualquier acto jurídico por sí solo, salvo que, por excepción, como en el caso del otorgamiento del testamento, la ley lo faculte para actuar sin dicha autorización.

38 De los contratos, Santiago, 1995, pág. 59.

54

La autorización mencionada para que el menor de dieciocho años púber pueda casarse se exige en razón de su incapacidad relativa y no de una capacidad particular.

341-b. LA LEGITIMACIÓN PARA EL NEGOCIO JURÍDICO Y LA APARIENCIA

En algunos casos la falta de legitimación para el acto o negocio jurídico no pda a éste; así ocurre cuando procede aplicar el principio de la *apariencia*. A veces, el ordenamiento jurídico se ve en la necesidad de desentenderse de realidad jurídica para no entorpecer la circulación de los bienes y tutelar

los derechos de los terceros que han tomado por jurídico un estado de hecho. Tal cede cuando por ciertas circunstancias el estado de hecho presenta visos de ser e induce a terceros a creer que lo es; entonces el ordenamiento jurídico conoce validez a la apariencia. Supóngase que un notario que ejerce públicamente el cargo fue mal nombrado por la autoridad respectiva. Ilógico sería obligar las personas que requieren los servicios de un notario indagar si fue bien o mal nombrado y, *en este último extremo, sancionar con la nulidad las actuaciones de ministro de fe*, perjudicando a los que requirieron su intervención en los jurídicos por un hecho de la autoridad en que a ellos ninguna culpa les sabe. En esta hipótesis y en algunas otras entra en juego la teoría de la apariencia.

Se ha definido la *apariencia* como un estado de hecho que no corresponde al estado de derecho, acompañado del convencimiento de los terceros que

- 1 estado de hecho corresponde a la realidad jurídica, convencimiento derivado de un error excusable y, por ende, exento de culpa.

La doctrina estima que, en general, es aplicable al principio de la apariencia cuando concurren los siguientes presupuestos: 1) un estado de hecho no correspondiente al estado de derecho; 2) el convencimiento de los terceros, derivado de un error excusable, que el estado de hecho corresponde a la realidad jurídica.

Una aplicación de esta teoría en el campo de la legitimación para el negocio jurídico la encontramos en la disposición del Código Civil que dice: "En general, das las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, que éste haya hecho en ejecución del mandato será *válido* y dará derecho a *de buena fe* contra el mandante. Quedará asimismo obligado el mantenedor, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con *terceros de buena fe*; pero pondrá derecho a que el mandatario le indemnice. Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por críodicos, y en todos los casos en que no pareciera probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante" (art. 2173).

42. LEGITIMACIÓN DE LOS CÓNYUGES PARA LA CELEBRACIÓN DE ACTOS RELACIONADOS CON LOS BIENES FAMILIARES

Según el Código Civil, el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles e guarnece el hogar, podrán ser declarados *bienes familiares* por resolución judicial, a petición de uno de los cónyuges (art. 141, texto fijado por el . 28, N' 9, de la Ley No 19.335, de 23 de septiembre de 1994).

255

No se puede enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino concurriendo la voluntad de ambos cónyuges. Lo mismo rige para la celebración de contratos que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar (C. Civil, art. 142, texto fijado por la ley citada). De manera que si los bienes familiares son de propiedad de uno solo de los cónyuges, éste no puede realizar los mencionados actos sin la concurrencia del otro cónyuge, es decir, no está legitimado por sí solo para la celebración de tales actos.

Es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones anteriormente señaladas (C. Civil, art. 149, texto fijado por la ley citada).³⁹

1342-a. FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LOS INDÍGENAS RESPECTO DE ACTOS RELACIONADOS CON TIERRAS INDÍGENAS

Otro caso en que a personas plenamente capaces se les niega la legitimación para celebrar determinados actos se refiere a los indígenas. Estos, en cuanto a las tierras calificadas de indígenas por la ley en razón de exigirlo el interés nacional, no pueden ser enajenadas, gravadas ni adquiridas por prescripción sino entre comunidades o personas naturales indígenas de una misma etnia. No obstante pueden gravarlas, previa autorización de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Este gravamen no puede comprender la casa habitación de la familia indígena y el terreno necesario para la subsistencia de la misma (Ley No 19.253, de 5 de octubre de 1993, sobre protección y desarrollo de los indígenas, art. 13, inciso 1').

Las comunidades indígenas no pueden arrendar sus tierras indígenas, darlas en comodato ni cederlas a terceros en uso, goce o administración. Las personas naturales indígenas pueden realizar dichos actos por un plazo no superior a cinco años. En todo caso, dichas tierras, con la autorización de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, se pueden pennutar por tierras de no indígenas de sin-War valor comercial debidamente acreditado, las que han de considerarse tierras indígenas, desafectándose las primeras (Ley N' 19.253, art. 13, incisos 2' y 3').

Los actos y contratos celebrados respecto de tierras indígenas en contraración a las prohibiciones impuestas por la ley adolecen de nulidad absoluta (Ley N' 19.253, art. 13, inciso final).

**3. EL OBJETO
CONCEPCIONES
1343. ENUNCIACIÓN DE ELLAS**

Suele afirmarse que el objeto del acto o del contrato es confuso o inseguro en los códigos y en la doctrina. Dicen algunos que los actos y contratos no tienen efecto, sino efectos: crear, modificar, extinguir, aclarar, fijar o confirmar derechos

³⁹ Véanse: LESLIE TOMASELLO, *El Régimen de Participación en los Gananciales*, Santiago, 1995; CLAUDIA SCHMIDT H., *Nuevo Régimen Matrimonial*, Santiago, 1995, pp. 47 a 65; ENRIQUE CORRAL T., *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales*, Santiago, 1996.

256

o situaciones jurídicas. A juicio de otros, el objeto del acto se reduce, en última instancia, al objeto sobre que recae la prestación de una obligación, esto es, una cosa, material o inmaterial, o una conducta, es decir, un servicio, un hecho o una abstención. Nuestro Código sigue esta corriente; trata el objeto del acto o contrato como un elemento del acto o contrato y lo identifica con el objeto de la prestación. Dice: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas (tomada la palabra "cosa" en el amplio sentido de un ente, un algo) 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). Y ya antes había dicho que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario, entre otros requisitos, que recaiga sobre un objeto lícito (art. 1445, N° 3).

REQUISITOS

1344. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL OBJETO QUE RECAE SOBRE COSAS MATERIALES

El objeto que recae sobre cosa material debe ser real, comerciable y determinado. 1) *Real*, esto es, existir en la naturaleza actualmente o en el futuro. Por eso dice el artículo 1461 "que no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan". En otras palabras, el objeto es real cuando recae sobre cosas presentes o futuras.

Puede, pues, también ser objeto del acto una cosa que no existe, pero que se espera que exista. A este respecto hay que distinguir dos situaciones:

a) Si la cosa existe pero perece antes del contrato, no hay obligación, porque no tiene objeto. Por eso dice el artículo 1814: "La venta de una cosa que al tiempo del contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno", y

b) Si la cosa no existe al tiempo del contrato, pero se espera que exista, el contrato es válido, pudiendo revestir dos formas: según se venda la suerte o la cosa futura misma. En el segundo caso, esto es, cuando se vende una cosa que no existe, pero que se espera que exista, el contrato es condicional y se reputa celebrado bajo la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. Así, cuando una cooperativa agrícola vende a una industrial el trigo que coseche en sus campos a tanto el quintal, celebra un contrato condicional, sujeto a la condición de que coseche el trigo, de manera que si nada cosecha, la venta se reputa como no efectuada, por haber fallado la condición.

⁴⁰ La sistemática tradicional coloca al objeto, junto con las partes, la capacidad, la causa y las solemnidades, como elementos del acto jurídico.

Según otro criterio, elementos del acto jurídico sólo serían la forma, el contenido y la causa; el objeto, el sujeto y la situación de éste respecto al objeto serían circunstancias necesarias para la eficacia del acto, pero que no forman al mismo, sino que son externas a él, operan desde afuera, y reciben el nombre de presupuestos si su presencia es necesaria al momento en que el acto se realiza o alcanza vigor, y si su presencia sólo se precisa en un momento posterior, llámense en un sentido amplio condiciones.

Por fin, conforme a otro punto de vista los sujetos y el objeto - o no son elementos ni requisitos del acto jurídico sino simplemente "los términos entre los que y sobre los que el negocio se constituye; aunque necesarios para la existencia del negocio, los sujetos y el objeto no están dentro sino *fuera* del negocio mismo. Los elementos constitutivos o material de construcción del negocio son la voluntad, la forma y la causa del mismo".

Pero si lo que se vende no es una cosa futura sino la *suene* o la contingencia de que una cosa llegue a existir, el contrato es puro y simple. Así, si una empresa pesquera vende toda su pesca por un precio alzado, la venta es pura y simple, y el comprador hará un gran negocio si la pesca resulta abundante, o hará un negocio ruinoso si la pesca es pobre.

En caso de dudas acerca de si la venta es de cosa futura o de la suerte, se entiende que es de cosa futura (artículo 1813).

2) *Comerciable*. La mayoría de las cosas son comerciables, es decir, susceptibles de dominio o posesión privada. Por excepción no lo son algunas, en razón de su naturaleza misma (como las comunes a todos los hombres: la alta mar, el aire) a virtud de su destinación (como los bienes nacionales de uso público) o por consideraciones de orden público o de otra índole que el legislador señala. Las primeras son incomerciables absolutamente; las segundas, sólo relativamente, pues su uso exclusivo puede entregarse, en determinadas circunstancias, a ciertos particulares. Así, los bienes de uso público, como las playas, pueden darse en concesión aparticulares por la autoridad pública.

3) *Determinado*. La cosa sobre que versa el objeto debe ser determinada, a lo menos, en cuanto a su género (artículo 1461, inciso 1o, parte final). Género es la clase que tiene mayor extensión; se halla, pues, extensivamente encima de la especie. 41

Basta que la determinación se dé en cuanto al género, pero a un género *limitado*. Si se admitiera la determinación en cuanto a un género *ilimitado*, no podría decirse que hay una declaración seria de voluntad. Así, si sólo se dice que se debe un animal "sin establecerse si es asno, caballo o buey, podría entregarse cualquier animal, incluso una mosca". 42

La determinación genérica debe ir acompañada de una fijación cuantitativa; lo contrario también significaría la inexistencia de una declaración seria de voluntad. Pero la cantidad puede ser *incierto*, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla (artículo 1461, inciso 2).

El objeto puede ser *determinable*, esto es, susceptible de una determinación posterior. Así lo permite la ley, al referirse a la cantidad en el precepto recién citado. Los elementos para efectuar la determinación deben hallarse en el mismo acto o contrato, según se desprende de la letra de la disposición: "la cantidad puede ser incierta con tal que *el acto o contrato* fije reglas".

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

1345. REQUISITOS DEL OBJETO QUE RECAE SOBRE UN HECHO

La prestación de una obligación puede consistir en que el deudor ejecute algo o en que no ejecute algo. En ambos casos el objeto de la obligación, y por ende del acto, consiste en un hecho: positivo en uno, negativo en otro. Pero de cualquiera clase que sea, el hecho para poder ser objeto de una obligación debe reunir ciertos requisitos:

41 José FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, México.

42 VEiAsco, *El objeto ante la jurisprudencia*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1941, p. 27.

258

- 1) Debe ser *determinado*, porque de lo contrario no habría declaración seria de voluntad.
- 2) Debe ser *físicamente posible*. Es físicamente imposible el que es contra-

rio a la naturaleza (artículo 1461, inciso 3'). Pero para que se estime que hay imposibilidad física, debe ser ésta *absoluta*, es decir, el hecho a que se refiere debe ser irrealizable por todos, por cualquiera persona. Si la imposibilidad es *sdlo relativa*, o sea, si el hecho sólo es irrealizable para cierto individuo y no para otros, no hay imposibilidad y el acto y la obligación existen, porque el objeto también existe. Si el deudor no puede realizar el hecho a que se obligó, debe efectuar las prestaciones que reemplacen a la que específicamente, a la que en naturaleza no puede realizar. Pero no ocurre lo mismo si el hecho es absolutamente imposible, pues en tal caso no hay obligación alguna. Ya lo dice el adagio: "a lo imposible, nadie está obligado".

"La imposibilidad absoluta puede ser simplemente temporal. Si es quitada irremisiblemente a la prestación toda aptitud jurídica para constituir objeto de obligación contractual. Si es temporal produce este efecto solamente cuando la obligación deba cumplirse en seguida, no cuando esté concebida de

manera que deba cumplirse cuando y donde la prestación pactada se haga posible" .43

La imposibilidad es un concepto variable, pues lo que no es posible hoy puede serlo mañana; lo que no es posible aquí puede serlo allá. Piénsese en los viajes a la Luna, considerados imposibles ayer y hoy plenamente reales; en cierto cultivo agrícola imposible en algunos países por razón de clima y perfectamente natural en otros.

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

Un ejemplo de objeto ilícito es todo intento de clonación humana establecido en un acto jurídico, pues tal clonación atenta contra las normas bioéticas y, por ende de la moral

EL OBJETO LÍCITO

1346. DEFINICIONES

El acto jurídico para ser válido no sólo exige que el objeto sea posible, cierto y determinado y comerciable, sino también que sea *lícito*.

Los autores no están de acuerdo en lo que por tal debe entenderse. Somarriva piensa que objeto lícito es el que está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público. Para Alessandri el término lícito es en este caso sinónimo de comerciable. A juicio de don Luis Claro Solar 44 objeto lícito es el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara, El señor Eugenio Velasco Letelier, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sostiene en su Memoria de Prueba sobre *El objeto ante la*

43 CLARO So@, obra citada, tomo 11 (Santiago, 1937), p. 263, párrafo 862.

44 Obra citada, tomo XI (Santiago, 1937), p. 264.

259

jurisprudencia,⁽⁴⁵⁾ que el concepto verdadero y justo está en la definición que dice que objeto lícito es aquel que está conforme con la ley, o sea, que cumple con todas las cualidades por ella determinadas (en el art. 1461): realidad, comerciability, determinación y, además, si se trata de un hecho, posibilidad física y moral para realizarse. Y esta acepción, agrega, está en armonía con el significado que a la palabra lícito da el Diccionario de la Lengua. Pero -dice después el señor Velasco-, sólo en los artículos 1445, 1468 y 1682, el Código Civil da al objeto ilícito su verdadero significado, que es el que fluye de lo recién expresado. En otras disposiciones emplea dicho concepto impropia, como sucede en el caso del artículo 1462. Todavía, concluye el ex decano y autor de la memoria citada, hay disposiciones, como las de los artículos 1464 y 1466, en que el legislador no da al concepto de objeto ilícito su verdadera acepción, pues lo hace sinónimo de cosas in comerciables, en cuanto dichas disposiciones llevan vuelta, a más del significado verdadero, la idea de la causal de ilicitud a que aluden.

El profesor Avelino León Hurtado, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, entiende por objeto ilícito el que versa sobre cosas in comerciables o sobre hechos o contratos prohibidos por las leyes o sobre hechos contrarios a las buenas costumbres o al orden público .46 Cuando el objeto es indeterminado o físicamente imposible, el acto *carece de objeto*, y, por omitir un requisito de existencia, es nulo absolutamente (art. 1682).

Sea lo que fuere, señalando concretamente el legislador los casos de objeto ilícito, hay que tenerlos como tales aunque no respondan siempre a la noción doctrinariamente correcta o a una idea general y única.

Casos de objeto ilícito contemplados en el Código Civil

1. Actos contrarios al Derecho Público Chileno

1347. ENUNCIADO

"Hay un objeto ilícito -dice el artículo 1462- 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."

1348. CONCEPTO DE DERECHO PÚBLICO

El Derecho Público es el conjunto de normas que rigen la organización y la actividad del Estado y de los demás entes políticos menores (como el municipio) o las relaciones entre los particulares y estos organismos políticos en cuanto actúan en su calidad de poder político o soberano.

El Derecho Público comprende todas aquellas leyes que regulan la estructura y funcionamiento del Estado (Derecho Constitucional, Administrativo, Financiero) o la función de tutela o garantía que el Estado presta al orden

45 Editorial Nascimento (Santiago, 1941), pp. 41 y siguientes.

46 A. LEÓN H., *El objeto en los actos jurídicos*, Santiago, 1958, pp. 63-67.

260

jurídico, ya reprimiendo las violaciones más graves (Derecho Penal), ya ordenando las formas y modos de realizar la protección jurídica (Derecho Procesal).

1349. NECESIDAD DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL EN CUANTO A LA INFRACCIÓN PENAL

La infracción de la ley penal -norma de Derecho Público- importa objeto ilícito. Pero, para que pueda considerarse responsable de los actos penados por la ley a una persona, es necesario que así lo declare por sentencia firme el tribunal correspondiente, pues aunque los actos penados por la ley se reputan siempre voluntarios, ello es así sólo cuando no se establece en el proceso lo contrario. Por consiguiente, mientras ' esta declaración no exista no procede estimar que en el contrato hay objeto ilícito por haberse infringido una ley penal.⁴⁷

2. Derecho a suceder por causa de muerte a una persona viva

1350. ENUNCIADO

El derecho a 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 (artículo 1463, inciso 1°).

1351. EXTENSIÓN DE LA PROHIBICIÓN

La prohibición establecida es más extensa que lo que aparece de los términos del artículo 1463, que sólo menciona a los contratos, pues las asignaciones no pueden aceptarse o repudiarse sino una vez muerta la persona (artículos 956 y 1226), por manera que si en un testamento se deja una asignación a una persona, ésta no puede aceptarla en vida del declarante. Tal aceptación sería nula por objeto ilícito.

La prohibición comprende, pues, los actos unij y bilaterales.

La ley habla de donación o contrato, pero la donación es un contrato, ya que para su formación exige la aceptación del donatario (artículo 1386), por lo que hay que concluir que al hablar de donación o contrato, el legislador ha querido decir que el derecho de suceder a una persona viva no puede ser objeto de convención alguna, a título *gratuito* o a título *oneroso*.

En síntesis, el artículo 1463 se refiere a los actos a título gratuito y a los actos a título oneroso, y la prohibición, dentro del contexto de la ley, abarca los actos unilaterales y los bilaterales, refiriéndose la mencionada disposición en especial a estos últimos, llamados en la doctrina *pactos sobre sucesión futura*. Estos pueden definirse como las convenciones que tienen por objeto el derecho de suceder por causa de muerte, a título de heredero o de legatario, a una persona viva, sea ésta una de las partes o un tercero.

47 *Revista de Derecho y jurisprudencia*, t. 39, segunda parte, sección segunda, p. 27.

261

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

1352. FUNDAMENTOS

Tradicionalmente, desde el Derecho Romano, se ha venido dando como fundamento de la prohibición de los pactos sobre sucesión futura, la inmoralidad que encierran, porque se especula con la muerte de una persona, y la *peligrosidad* que envuelven, pues las partes, movidas por el interés, podrían precipitar o favorecer la ocurrencia de ese hecho.

Ciertos autores, empero, creen ver el fundamento de la prohibición en la posibilidad de la lesión por parte de los enajenantes, los cuales, ante la incertidumbre de los derechos, de su monto pecuniario, y la indeterminación del día en que van a suceder, a menudo prefieren vender sus derechos por un precio insignificante.

Sin embargo, otros insisten en el motivo tradicional, que también consideró Pothier, los redactores del Código Francés y la legislación de las Partidas.

Cuando estudiemos la sucesión por causa de muerte volveremos sobre este punto.

1353. EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

El inciso 2' del artículo 1463 dice que las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimarlo, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título *De las asignaciones forzosas*.

El artículo 1204, correspondiente a dicho título, contiene la excepción al principio, pues dice: "Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos, ...a un hijo legítimo o natural o a alguno de los descendientes legítimos de estos, que a la sazón era legitimarlo, no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniera a su promesa, el favorecido con ésta tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara.

"Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor."

3. Enajenación de las cosas enumeradas en el artículo 1464

1354. SENTIDO EN QUE SE EMPLEA LA PALABRA ENAJENACIÓN EN EL ARTÍCULO 1464

El artículo 1464 dice que hay un objeto ilícito en la enajenación de ciertas cosas y derechos que enumera.

262

Ahora bien, la palabra *enajenación* tiene dos sentidos. En el *amplio* 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, nuevo derecho que viene a limitar o gravar el suyo ya existente. En un sentido *restringido* y más propio, la *enajenación* es el acto por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona. En otros términos, la enajenación *strictu sensu* es el acto que hace salir de un patrimonio un derecho ya existente para que pase a formar parte de otro patrimonio diverso.

En la acepción amplia, tanto se enajena cuando se transfiere el donúo 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.

¿En qué sentido está tomada la palabra enajenación en el artículo 1464?

Una nota de Bello parece pronunciarse por la acepción amplia; pero ciertas disposiciones del Código indican que muchas veces el legislador tomó la palabra enajenación en su sentido restringido, pues separan la enajenación de los derechos que limitan o gravan el dominio. Así, el artículo 393 dice que "no será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarles con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta".

Otro ejemplo de la separación de los conceptos analizados puede verse en el artículo 1135.

Claro Solar estima que basta fijarse en las diversas clases de cosas a que el artículo 1464 se refiere para comprender que lo que se ha tenido presente en la disposición del inciso 1' es la enajenación propiamente dicha, es la palabra en su sentido restringido. 48

Alessandri y Somarriva piensan lo contrario. También la jurisprudencia actual se inclina por

considerar que la palabra enajenación está empleada en el artículo 1464 en su acepción *amplia* 49

1355. ENAJENACIÓN VOLUNTARIA Y ENAJENACIÓN FORZADA

Otro punto que da lugar a división de opiniones es el relativo a si el artículo 1464 se refiere sólo a las enajenaciones voluntarias o también a las forzadas.

Como los dos primeros números del artículo 1464 aluden a cosas inenajenables e intransferibles o intransmisibles, no es posible que se presente el caso de una enajenación forzada con respecto a ellos. Y siendo así, el problema no surge. Lo contrario ocurre tratándose de los Nos 3 y 4, por lo cual al estudiar estas disposiciones analizaremos la cuestión enunciada.

48 *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XI, p. 268, párrafo 869.

49 Corte Suprema, 18 de junio de 1919, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo X-VII, segunda parte, sección primera, p. 207; Corte Suprema, 30 de diciembre de 1904, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo II, segunda parte, sección primera, p. 286; Corte de Talca, 23 de agosto de 1927, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXVIII, segunda parte, sección segunda, p. 1.

263

1356. ADJUDICACIÓN

un derecho Generalmente las cosas pertenecen a un solo dueño; pero hay casos en que pertenecen a varios: entonces se habla de *comunidad*. Esta es la relación o el 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.

Por diversas razones, como las dificultades a que da origen, la ley no favorece la comunidad, sino que, al contrario, facilita los medios para su terminación.

Una de las maneras de poner fin al estado de indivisión es la *partición*, o sea, la separación, división y repartimiento que se hace de la cosa común entre las personas a quienes pertenece. El acto por el cual el derecho que cada comunero tenía en la totalidad de la cosa o del conjunto de cosas se singulariza o determina en forma exclusiva con respecto a un bien, se llama *adjudicación*.

Cabe preguntarse si la adjudicación constituye enajenación. ¿Puede decirse que si dos hermanos o que heredaron en conjunto de su padre dos casas deciden que uno se quede con la casa A y el otro con la casa B, puede decirse, repetimos, que cada uno enajenó al otro, respectivamente, la casa con la que no se quedó?

La jurisprudencia actual responde negativamente: de diversas disposiciones (artículos 718, 1344 y 2417) aparece que la *adjudicación no importa enajenación*, pues es simplemente *declarativo* de dominio y no traslativo.

Por consiguiente, la adjudicación de alguno de los bienes señalados en el artículo 1464, no *adolece de objeto ilícito*.⁵⁰

1357. LA VENTA NO ES ENAJENACIÓN

De la definición misma (artículo 1793), 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.

1358. ¿HAY OBJETO ILÍCITO EN LA VENTA DE LAS COSAS QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 1464?

Algunos, como Alessandri y Somarriva y la mayor parte de las sentencias de nuestros tribunales⁽⁵¹⁾ responden afirmativamente. Y la razón está, no en el

⁵⁰ Corte Suprema, *Gaceta de los Tribunales*, 1887, NI 1.198, pág. 705; Corte Suprema, *Gaceta de los Tribunales*, 1903, N° 1.604, pág. 1122; Corte Suprema, 23 de abril de 1904, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo II, segunda parte, sección primera, pág. 395; *Gaceta de los Tribunales*, 1932, tomo II, N° 125, pág. 486, etc.

⁵¹ Corte Suprema, 19 de diciembre de 1931, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo =X, segunda parte, sección primera, p. 273; Corte de Talca, 5 de diciembre de 1935, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXMV, segunda parte, sección segunda, p. 33;

artículo 1464, dentro del cual la palabra enajenación no comprende a la venta, sino en la referencia implícita que el artículo 1810 hace al artículo 1464. En efecto, el artículo 1810 dice "Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, *cuya enajenación no esté prohibida*".

Pero otros no aceptan esta interpretación, y hacen un distingo. 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 artículo 1464 sólo sería prohibitivo en las disposiciones de sus dos primeros números, que dicen que hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio y en la de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. Y en estos números el artículo 1464 sería prohibitivo porque no permite, según se deduce de sus propios términos, enajenar en forma alguna esas cosas o derechos. Pero en los Nos 3 y 4 del artículo 1464 no sería prohibitivo, porque permite, bajo ciertas condiciones, la enajenación de las cosas que ahí señala. Dicen esos preceptos del artículo 1464: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: 3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; 4. De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio". Como se ve, bajo la apariencia prohibitiva hay sólo una ley imperativa, puesto que esas cosas o especies señaladas en los Nos 3 y 4 del artículo 1464 pueden enajenarse si el juez lo autoriza o el acreedor consiente en ello, según los casos.

En consecuencia, la remisión del artículo 1810 al artículo 1464 sería sólo parcial; relativa a los primeros números de éste, pero no a los dos últimos.

Todavía, agregan los sostenedores de la 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 desde luego, a sabiendas 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. En cambio, tratándose de los dos primeros números del artículo 1464, la prohibición de la venta de las cosas y derechos por ellos contemplados se justifica: nada se obtendría con celebrar el contrato desde que las cosas intransferibles y los derechos personalísimos jamás pueden transferirse.

La doctrina que analizamos es sostenida por el señor Velasco, en su obra ya citada⁵¹ y por la Corte de Valdivia.⁵³ Y se agrega en pro de ella que si el vendedor oculta la calidad litigiosa o de embargada que tiene la cosa, el

Corte Suprema, sentencia de 1920, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIX, segunda parte, sección primera, p. 333; Corte de Santiago, 21 de agosto de 1939, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XX)UX (editado en 1942), segunda parte, sección primera, p. 37.

52 Páginas 87 y siguientes, párrafos 150 y siguientes.

53 *Gaceta de los Tribunales*, tomo II, N° 1.013, p. 226; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XM, segunda parte, sección primera, p. 273.

comprador podría pedir la nulidad de la venta por dolo negativo, por reticencia del vendedor. Así, pues, esta solución en todo caso resguarda al comprador.

Sintetizando esta opinión, habría objeto ilícito en la venta de las cosas intransferibles y de los derechos personalísimos (artículo 1464, N° 1 y 2 en relación con el artículo 1810); pero no lo habría en la venta de las cosas embargadas o litigiosas (artículo 1464, N° 3 y 4 en relación con el artículo 1810).

a) Enajenación de las cosas intransferibles

1359. ENUNCIADO

Dice el artículo 1464: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1. 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, como el alta mar; los bienes nacionales de uso público, las calles, las plazas).

1360. IMPERFECCIÓN DEL N° 1 DEL ARTICULO 1464

De acuerdo con el artículo 1461 las cosas presentes o futuras pueden ser objeto de una declaración de voluntad, "pero es menester que las unas y las otras sean transferibles".

Este artículo, a juicio de Claro Solar⁵⁴ está en contradicción con el N° 1 del artículo 1464, porque

de acuerdo con aquél, si la declaración de voluntad tecae sobre una cosa intransferible, ella no tiene objeto ilícito, sino que lisa y llanamente carece de objeto; en cambio el artículo 1464 expresa que la declaración de voluntad tiene objeto, aunque ilícito. El señor Claro concluye que el artículo 1461 es el que está en lo cierto.

El señor VelaSCO55 también critica el No 1 del artículo 1464, y lo considera innecesario porque repite la misma idea del artículo 1461, pero no lo encuentra contradictorio con éste, ya que de los términos del artículo 1461 aparece que las cosas intransferibles hacen que el objeto sea ilícito -como también lo dice el artículo 1464-, pero no que sea inexistente. El artículo 1461 considera la transferibilidad como requisito de objetos que existen, de cosas que existen o se espera que existan.

Una y otra interpretaciones tienen importancia para los que estiman que la inexistencia cabe dentro de nuestro Código Civil, pues si la transferibilidad se mira como requisito necesario para que el objeto exista, quiere decir que si la cosa no es transferible, no hay objeto, y si no hay objeto, no hay acto jurídico, *sino inexistencia 1 . UrTdica*. En cambio, si la transferibilidad de la cosa es sólo condición del objeto lícito, quiere decir que si la cosa es intransferible el objeto es ilícito y el acto nulo absolutamente (artículo 1682). Para los que piensan que la inexistencia jurídica no es una sanción contemplada por nuestro Código Civil y que los requisitos de existencia de los actos se sancionan con la nulidad abso-

54 *Obra citada, tomo M, pp. 269 y 270, párrafo 870.*

55 *Obra citada, p. 93.*

266

luta, lo mismo que los requisitos exigidos para el valor de los actos en consideración a la naturaleza de ellos, el problema carece de relieve práctico, pues cualquiera interpretación lleva a idéntica sanción.

b) Enajenación de los derechos personalísimos

1361. ENUNCIADO

En conformidad al No 2 del artículo 1464 hay un objeto ilícito en la enajenación "*de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona*", es decir, de los derechos personalísimos, como son los derechos de uso y habitación (artículo 819), el de alimentos (artículo 334), el que nace del pacto de retroventa (artículo 1884).

1362. Crítica REFUTACIÓN

El señor VelaSCO(56) afirma que los derechos personalísimos, por ser intransferibles, no son cosas transferibles y, en consecuencia, caben dentro del N° 1 del artículo 1464. El No 2 del artículo 1464 estaría, pues, de más.

Nosotros pensamos lo contrario. Nuestro Código Civil, al igual que el Derecho Romano, considera cosas intransferibles las no susceptibles de propiedad o posesión privada. En efecto, los romanos hacían la distinción entre cosas intransferibles y cosas inalienables, distinción que precisa muy bien hoy en día el autor Ferrara en su *Trattato di Diritto Civile Italiano* (tomo I, No 162), que dice: "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 al 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 itnpedida o limitada, sea en interés general, sea en

interés de determinadas personas especialmente protegidas o por razones particulares".

Es verdad que con el tiempo muchos hicieron comprender el término inalienable dentro de la palabra inenajenable, corriente que el señor Bello no compartió, como lo prueba el hecho de tratar de unas cosas y otras en dos números separados. Por lo demás, hoy los autores, al hablar del objeto ilícito se muestran partidarios de la vuelta a la concepción romana de las cosas inenajenables (Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo VI, traducción castellana, La Habana, 1940, No 224, pp. 306 a 308).

Resulta claro, pues, que don Andrés Bello ninguna redundancia cometió al consignar el No 2 del artículo 1464, pues estaba con los que consideraban que no eran una misma cosa la inenajenabilidad y la inalienabilidad.

Insistiendo sobre la inalienabilidad, hagamos presente que doctrinariamente las cosas inalienables se definen como aquellas que la ley no permite, al

56 *Obra citada*, pp. 93 y 94.

267

sujeto que las goza, transferir a ningún otro sujeto, o si lo permite es sólo a sujetos que reúnan los requisitos que ella señala. En el primer caso la *inalienabilidad es absoluta*; en el segundo, *relativa*.

El Código Civil contempla la inalienabilidad absoluta al prescribir que hay un objeto ilícito en la enajenación de los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona (art. 1464 N° 2). Ejemplo típico es el derecho real de uso.

Ejemplos de cosas relativamente inalienables son los órganos y tejidos humanos destinados al trasplante, los cuales sólo pueden transferirse, a título gratuito, a las personas que los requieran para su salud. La Ley N° 19.451, de 10 de abril de 1996, sobre trasplantes y donaciones de órganos, establece medidas para que los fines humanitarios que persigue se cumplan y se eviten hechos indignos dirigidos a un comercio deleznable.

También los estupefacientes representan cosas relativamente inalienables, pues sólo pueden producirlos y comercializarlos las personas que cuenten con la autorización competente y para fines médicos. Una ley especial sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Ley N° 19.366, texto refundido fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1995, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 18 de octubre del mismo año 1995).

De lo expuesto resulta que todas las cosas que están fuera del comercio son inalienables, pero que no todas las cosas inalienables, son inenajenables.

c) Enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial

1363. ENUNCIADO

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

1364. SENTIDO EN QUE ESTÁ TOMADA LA PALABRA EMBARGO

En nuestra legislación la palabra embargo no está definida. Pero de diversas disposiciones (Código Civil: artículos 1618, 2465, 2466; Código de Procedimiento Civil: artículos 443 a 458, 479 a 482, 500, 501, etc.; Reglamento del Conservador de Bienes Raíces: artículos 53 N° 3 y 59), se desprende que nuestro derecho positivo considera por lo general el embargo como una institución propia del juicio ejecutivo, que podría definirse diciendo que consiste en la aprehensión compulsiva, 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.

Pero hay una acepción más amplia que, según la doctrina uniforme, es la que el artículo 1464 considera. Desde este punto de vista quedan comprendidos dentro del término embargo, el embargo propiamente tal y otras institucio-

268

nes que persiguen el mismo fin de asegurar el resultado del juicio: medidas precautorias de prohibición de enajenar y gravar bienes, de secuestro, retención y, en el sentir de la mayoría de los autores, la prohibición judicial de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados.

Todas estas medidas "paralizan la libertad de disposición del propietario o poseedor y retiran momentáneamente de la circulación las cosas a que se refieren"; evitan que el acreedor se vea burlado en sus derechos, o al menos embarazado en la ejecución forzada que de éstos puede exigir al deudor.

Con respecto a todas las medidas enunciadas hay unanimidad entre los autores para considerarlas incluidas dentro del embargo a que se refiere el artículo 1464, menos en lo que atañe a la *prohibición judicial de celebrar actos y contratos respecto de determinados bienes*. En este punto el señor Velasco disiente de los demás autores.

"En efecto -dice-, el artículo 1464 regla la *enajenación* de las cosas que señala, determinando que en ella hay objeto ilícito. Y si es indiscutible que muchos y muy importantes contratos -la compraventa y el arrendamiento, por ejemplo-, no constituyen enajenación, no vemos cómo la prohibición de celebrarlos que pueda dictar un juez, debe regirse por este artículo".

"Si se prohíbe judicialmente -como en ciertos fallos se ha declarado-@57 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 No 3 del artículo 1464, porque éste se refiere exclusivamente a la *enajenación* y el arrendamiento está muy lejos de constituirla; ni podría tampoco afirmarse que la hay de acuerdo con el artículo 1466, puesto que esta disposición alude a los contratos prohibidos *por las leyes*, y no por las autoridades judiciales".

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

"Finalmente -dice el señor Velasco- creemos que tampoco podría recurrirse a la alegación hecha para apoyar la asimilación de las medidas precautorias en general, al N° 3 del artículo 1464, de que las cosas sobre que ellas recaen quedan fuera del comercio, al igual que las embargadas; porque si bien es cierto que puede considerarse que la prohibición de celebrar algunos actos o contratos excluye relativamente del comercio a los bienes afectados, también lo es que no hay que olvidar que el artículo 1464 impide la *enajenación* de las cosas que coloca fuera del comercio y no la celebración de otros actos que no significan enajenación".

El señor Velasco termina su crítica diciendo que, si se aplican estrictamente los textos legales, hay que llegar a la conclusión de que la prohibición judicial

57 Gaceta de los Tribunales, 1875, No 2.348, p. 1066; Gaceta de los Tribunales, 1884, N° 996, p. 629.

269

de celebrar actos y contratos sobre determinados bienes, carece de sanción si es violada. Pero, agrega, como dejar en la impunidad actos tan trascendentales va, si no contra la letra, contra el espíritu del legislador, hay que recurrir a la siguiente argumentación para asimilar la prohibición estudiada al No 3° el artículo 1464.

El artículo 296 del Código de Procedimiento Civil dice: "La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio".

"Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el No 4 del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos".

De este último inciso puede deducirse que el artículo 296 del Código de Procedimiento "modifica los N°s 3 y 4 del artículo 1464 del Código Civil en el sentido de que, tratándose de prohibiciones judiciales

de celebrar actos o contratos, esos números son aplicables a la infracción de tales prohibiciones *aun cuando no haya enajenación*, prohibiciones que adolecen entonces de objeto *úCito*,l.58

1365. PUBLICIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR LAS COSAS EMBARGADAS

El artículo 1464, al prohibir la enajenación de las cosas embargadas, sólo cautelo el derecho del acreedor, pero olvidó a los terceros que, ignorantes de la prohibición, pueden ser inducidos a contratar con el deudor la enajenación de dichas cosas.

Pocos meses después que comenzó a regir el Código Civil se dictó el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces (24 de junio de 1857), y dispuso que la prohibición que nos afana sólo es un título que *puede* inscribirse. No pudo establecer la *obligatoriedad* de la inscripción porque habría sido agregar un requisito que la ley -el Código- no había exigido, cosa que un reglamento no puede hacer.

Pero la publicidad necesaria para precaver a los terceros de buena fe la contempló, más tarde, el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 297 dice: "Cuando la prohibición (de celebrar actos o contratos) recaiga sobre *bienes raíces* se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros. Cuando verse sobre cosas *muebles*, sólo producirá efecto respecto de terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable del fraude, si ha procedido a sabiendas".

Y el artículo 453, del mismo Código, colocado en el título del juicio ejecutivo, a su vez, expresa: "Si el embargo recae sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no producirá efecto alguno legal respecto de terceros sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio en donde estén situados los inmuebles. El ministro de fe que practique el

58 VELASCO@ obra citada, pp. 101 a 103.

270

embargo, requerirá inmediatamente su inscripción y firmará con el conservador respectivo y retirará la diligencia en el plazo de veinticuatro horas".

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

Por lo que toca a *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, les es oponible desde la fecha en que se inscribe en el Registro de Prohibiciones e Interdicciones del Conservador de Bienes Raíces donde esté situado ese inmueble. 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.

1366. ENAJENACIÓN VOLUNTARIA Y ENAJENACIÓN FORZADA

¿Hay objeto ilícito tanto en la enajenación voluntaria como en la forzada de las cosas embargadas?

Claro Solar dice que la ley se refiere "no a la enajenación forzada, en pública subasta, de las cosas embargadas por decreto judicial, sino a la enajenación que el deudor demandado pudiera realizar privadamente, a pesar de existir el decreto de embargo".59

Somarriva y Velasco,60 por el contrario, piensan que el N° 3 del artículo 1464 se aplica tanto a la enajenación voluntaria como a la forzada que se hace por ministerio de la justicia, porque:

1) La ley no distingue y, por consiguiente, no puede el intérprete distinguir, incluyendo en el término sólo a una y excluyendo a otra, y

2) La única manera de lograr el fin perseguido por la ley (evitar que el derecho que un acreedor ha puesto ya en ejercicio sea burlado o dificultado en su satisfacción, mediante la enajenación que de sus bienes pueda hacer el deudor), está en sancionar todas las enajenaciones que el deudor pueda hacer de los bienes embargados, sean ellas judiciales o voluntarias. De no ser así el propósito del legislador quedaría en muchos casos sin cumplirse.

59 Obra citada, tomo)U, pp. 272 y 273, párrafo 874.

60 Obra citada, pp. 114 y 115, párrafos 208.

271

La jurisprudencia también se halla dividida sobre la cuestión que se trata: hay sentencias que no aplican el N° 3 del artículo 1464, a las enajenaciones forzadas⁶¹ y otras que lo aplican a toda clase de enajenación.⁶²

Hoy día, se afirma, parece indiscutible la primera solución y por ende no adolece de objeto ilícito y es válida la ejecución forzada que se realice en otro juicio. Tal conclusión deriva de la modificación introducida por la ley No 7.760, de 5 de febrero de 1944, al art. 528 del C. de Procedimiento Civil. 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 artículo 528 y, en general, mediante el procedimiento de las tercerías.⁶³

La jurisprudencia última sostiene la misma tesis. Así, por ejemplo, dice: "Decretado un embargo en una ejecución y trabado éste sobre un bien del deudor, nada impide que otros *acreedores* traben un nuevo embargo sobre el mismo bien; es legalmente permitida la realización de él en cualquiera de las ejecuciones que llegue primero a la etapa de venta, sin perjuicio de que los demás acreedores hagan uso de los derechos que les confieren los artículos 527, 528 y 529 del Código de Procedimiento Civil."⁶⁴

1367. PROHIBICIONES DE ENAJENAR VOLUNTARIAS O CONVENCIONALES

Sabemos que se acepta considerar incluidos entre los bienes embargados por decreto judicial los bienes sobre los cuales pesa una prohibición *judicial* de enajenar. Pero, cabe preguntarse, las prohibiciones de enajenar que *convienen las paces* en un contrato o las que una persona se impone *voluntariamente* para con otra, ¿quedan comprendidas en el N° 3 del artículo 1464?

Partiendo de la base que la cláusula de no enajenar es sólo por cierto tiempo, determinado por un plazo o una condición,⁶⁵ hay que concluir que la violación de dicha cláusula no acarrea la nulidad ni tiene objeto ilícito. Porque si bien es cierto que el concepto de embargo se considera comprensivo de otras medidas que paralizan momentáneamente la circulación de los bienes a que se refieren, también es verdad que esas medidas deben ser impuestas *por decreto judicial*, como claramente lo dice la letra del N° 3 del artículo 1464.

⁶¹ *Gaceta de los Tribunales*, 1903, N° 1 - 1 10, p. i 161; *Gaceta de los Tribunales*, 1916, tomo I, N° 109, P. 360; *Gaceta de los Tribunales*, 1917, tomo II, N° 309, p. 997, etc. ⁶² *Gaceta de los Tribunales*, 1867, N° 485, p. 200; *Gaceta de los Tribunales*, 1915, tomo 11, N° 345, P. 854; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XVIII, segunda parte, sección primera, p. 207. ⁶³ AVELINO LEÓN H., *El objeto de los actos jurídicos*, Santiago, 1958, N° 78, pp. 139-142. ⁶⁴ Corte Suprema, 26 abril 1951, *R. de D. y J.*, tomo 48, segunda parte, sec. I, p. 107. ⁶⁵ Partimos de esta base porque estamos con los que creen que las cláusulas de no enajenar sólo son válidas cuando no son absolutas y definitivas, al contrario de lo que piensan algunos sosteniendo que en todo caso son válidas, y al contrario, también, de los que estiman que en todo caso son nulas.

272

La violación de dicha cláusula traerá la sanción que resulte de la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual, ya que se trata de incumplimiento de las obligaciones contractuales.⁶⁶

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.⁶⁷

d) Medios de enajenar válidamente las cosas embargadas

1368. ENUNCIADO

El artículo 1464 dice en su N° 3 que hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial *a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello*.

De manera que la misma ley señala los medios para enajenar válidamente la cosa embargada: la autorización del juez-o el consentimiento del acreedor.

1369. 1) AUTORIZACIÓN DEL JUEZ

El juez que debe dar la autorización es *el mismo que decretó la prohibición o embargo*⁶⁸ ya que es él el que, por los antecedentes del juicio, puede medir exactamente las proyecciones de la enajenación con relación a las seguridades con que debe contar el acreedor para la satisfacción de su crédito.

De aquí se deduce que si una cosa ha sido embargada o prohibida su enajenación por varios jueces, la autorización deben darla todos; de lo contrario subsistirá el objeto ilícito en la enajenación.

El juez debe dar la autorización *con conocimiento de causa*, o sea, tomando en consideración los antecedentes que motivaron dicha prohibición .⁶⁹

1370. 2) CONSENIMIENTO DEL ACREEDOR

Si se considera que el embargo está establecido en beneficio exclusivo del acreedor, es lógico que su consentimiento sacuda a la enajenación del objeto ilícito.

⁶⁶ Este principio está aceptado por nuestra Corte Suprema en una sentencia publicada en la *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XIII, segunda parte, sección primera, p. 429. ⁶⁷ VELASCO, obra citada, pp. 125 y 126, párrafo 227.

⁶⁸ Corte Suprema, 4 de octubre de 1913, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XII, segunda parte, sección primera, p. 80; Corte Suprema, 18 de junio de 1919, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XVII, segunda parte, sección primera, p. 207.

⁶⁹ C. Talca, 14 enero 1913. *Gaceta de los Tribunales*, año 1913, I^o- semestre, NO 44, p. 144;

C. Suprema, 18 mayo 1954, *R. de D. yj.*, tomo 51, segunda parte, sec. I^a p. 171.

273

Si son varios los acreedores, todos deben consentir en la enajenación.⁷⁰ Como la ley no distingue, el consentimiento puede manifestarse *expresa o tácitamente*. Habría esta última clase de consentimiento, por ejemplo, si el comprador es el propio acreedor embargante art. 71 o si el acreedor que tiene embargo pendiente toma conocimiento del remate a efectuarse en otro juicio ejecutivo y no aduce oposición .⁷²

1371. LA AUTORIZACIÓN DEL JUEZ O EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR

DEBEN SER PREVIOS A LA ENAJENACIÓN

Así se desprende de la letra misma de la ley, y si así no fuera, la autorización o el consentimiento posterior a la enajenación no validaría el acto, ya que la sanción del objeto ilícito es la nulidad absoluta, que no admite la ratificación o confirmación ulterior como medio de sanear el acto.

e) Enajenación de las cosas litigiosas

1372. ENUNCIADO

Hay un objeto ilícito en la enajenación de las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio (artículo 1464, 40).

1373. COSAS LITIGIOSAS

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

Para estos efectos, la cosa debe considerarse litigioso desde el momento en que se contesta la demanda o se da por contestada. Y esto porque puede decirse que se litiga sólo desde que está trabada la litis, lo cual ocurre una vez contestada la demanda.

1374. RAZÓN DE LA PROHIBICIÓN

La prohibición de enajenar la cosas litigiosas sin permiso del juez que conoce en el litigio obedece a la misma razón que la que se refiere a las cosas embargadas por decreto judicial: evitar la burla del posible derecho del demandante o dificultarle.

70 Gaceta de los Mbunales, 1876, No 782, p. 387.

71 Gaceta de los Tribunales, 1913, tomo 11, N° 44, p. 144.

72 Corte Suprema, 6 de enero de 1920, Revista de Derebo yjurúprudencia, tomo XVIII, segunda parte, sección primera, p. 405; Corte Suprema, 17 de diciembre de 1923, Revista de Derebo yjurisprudencia, tomo =I, segunda parte, sección primera, p. 797.

274

1375. REQUISITOS AGREGADOS POR EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL PARA QUE LAS COSAS LITIGIOSAS SE CONSIDEREN COMPRENDIDAS EN EL No 4 DEL ARTICULO 1464

Como dijimos al tratar el N° 3 del artículo 1464, el Código de Procedimiento Civil estableció ciertos requisitos de publicidad para salvaguardar a los terceros de buena fe. En efecto, en el inciso 2° de su artículo 296 dispone: "Para que los objetos que son materias del juicio se consideren comprendidos en el No 4 del artículo 1464 del Código Civil será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos". Y en su artículo 297 agrega: "Cuando la prohibición recaiga sobre *bienes raíces* se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros. Cuando verse sobre *cosas muebles*, sólo producirá efecto respecto de los 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".

En síntesis, de acuerdo con la legislación vigente podría decirse que hoy en día para que una cosa litigioso constituya objeto ilícito de una enajenación, se requiere que el tribunal que conoce en el litigio decrete prohibición de enajenar con respecto a ella y que se cumpla la medida de publicidad correspondiente.

1376. DIFERENCIAS ENTRE LOS NOs 3 y 4 DEL ARTICULO 1464

Las cosas del N° 3 son ajenas al juicio mismo y la prohibición sobre ellas sólo se dicta cuando se trata de un demandado cuyas facultades no ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio. Las cosas del No 4, en cambio, son objeto directo de la litis.

1377. EL NO 4 DEL ARTICULO 1464 DEL CÓDIGO CIVIL HUELGA

Siendo necesario actualmente que el juez decrete prohibición para que las cosas litigiosas se consideren comprendidas en el No 4 del artículo 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 del artículo 1464

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

1378. ENAJENACIÓN VÁLIDA DE LAS COSAS LITIGIOSAS

Las cosas litigiosas pueden enajenarse válidamente cuando el juez que conoce en el litigio da su permiso (última parte del No 4 del artículo 1464).

Eri este punto nos remitimos a lo dicho sobre la autorización del juez respecto de la enajenación de las cosas embargadas.

1379. DISPOSICIONES ESPECIALES DE LA LEY GENERAL DE BANCOS
La Ley General de Bancos dice en su artículo 101:

275

"Los subastadores de propiedades en juicios regidos por el procedimiento que señala esta ley, no estarán obligados a respetar los arrendamientos que las afecten, salvo que éstos hayan sido otorgados por escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces respectivo con antelación a la hipoteca del banco o autorizados por éste.

"En las enajenaciones que se efectúen en estos juicios, no tendrá aplicación lo dispuesto en los NOs 3 y 4 del artículo 1464 del Código Civil, y el juez decretará sin más trámite la cancelación de las interdicciones o prohibiciones que afecten al predio enajenado, aun cuando hubieran sido decretadas por otros tribunales.

"En estos casos, los saldos que resultaron después de pagada la institución y los demás acreedores hipotecarios, quedarán depositados a la orden del juez de la causa para responder de las interdicciones y prohibiciones decretadas por otros tribunales, y que hubiesen sido canceladas en virtud de lo dispuesto en el inciso anterior".

1380. DERECHOS LITIGIOSOS

No hay que confundir las cosas litigiosas con los derechos litigiosos. Estos son los que se debaten o discuten en un juicio; son cosas *incorporases*, mientras que las cosas litigiosas son *corporales*.

El que enajena un derecho litigioso no enajena la cosa misma, sino "el evento incierto de la litis" (artículo 1911).

La cesión de los derechos litigiosos, que está especialmente reglamentada en nuestro Código Civil (en los artículos 1911 a 1914), sólo puede hacerse por el demandante, según se desprende de los artículos 1912 y 1913.⁷³ El demandado, como tal, no puede hacer esa cesión, salvo cuando entabla reconvencción, pues entonces asume la calidad de actor o demandantes

La cesión o enajenación de derechos litigiosos no necesita, para ser válida, de la autorización del juez.

4. Actos contratos a la moral

1381. ENUNCIADO

Bajo el título del epígrafe los autores agrupan dos casos que en nuestra legislación constituyen objeto ilícito: la condonación del dolo futuro (artículo 1465) y la venta de ciertos libros prohibidos y de objetos considerados inmorales (artículo 1460).

1382. 1) CONDONACIÓN DEL DOLO FUTURO

La condonación del dolo futuro no vale (última parte del artículo 1465), porque perdonar anticipadamente los actos colosos que pueda cometer una parte sería sancionar una inmoralidad y proteger la mala fe.

⁷³ Corte de Valdivia, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo MUX, segunda parte, sección primera, p. 273.

⁷⁴ VELASCO@ obra citada, p. 132, párrafo 243.

276

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 (artículo 1465, primera parte).

De todo lo anterior se deduce que el dolo sólo puede condenarse después de cometido, nunca antes, y que el perdón debe ser expreso.

1383. 2) VENTA DE CIERTOS LIBROS PROHIBIDOS
Y DE OBJETOS CONSIDERADOS INMORALES

Hay también objeto ilícito en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa (artículo 1466).

La razón de orden público y moral de esta disposición hace superfluo cualquier comentario.

Los hechos que mencionamos pueden constituir, además, delitos sancionados por la ley penal (artículos 373 y 374 del respectivo Código). Y en tal caso habría objeto ilícito por dos capítulos: por la infracción de la ley civil y por la violación de la ley penal.

La Ley sobre Abusos de Publicidad pena el abuso de la libertad de imprenta, mediante la cual, a veces, se comenten ultrajes a las buenas costumbres y atentados al orden público.

En este terreno imperan los criterios elásticos y cambiantes de la moral y la estética. Por ejemplo, para algunos, las obras del Marqués de Sade no son sino una complacencia en el 'mal y en la perversión; a juicio de otros, hay en *ellas toda una filosofía y una angustia de lo existencia] digna de análisis*. Uno de los juzgados del crimen de Santiago tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, con motivo de la denuncia de la internación de los libros de ese autor llamados *justíne y La Filosoji-a en el Tocador*. El agente general de aduanas de la época estimó simplemente que se trataba de escritos pornográficos. El importador de la mercadería, velando por la cultura... presentó informes de pensadores y escritores que compararon al Marqués con Nietzsche, Rimbaud y Baudelaire. El juez declaró en su sentencia que Sade "es un escritor que reflejó en sus libros la corrupción imperante en su época y que se adelantó en dos siglos al tiempo en que le correspondió vivir. Además, ensayistas, críticos y hombres dedicados a las letras lo califican como un visionario, un clásico de todos los tiempos, afirmando que sus obras ocupan un lugar en la literatura universal. Tales antecedentes conducen al tribunal a estimar que las obras de ese autor, si bien discutidas y cuestionadas en otros tiempos, pueden ser leídas, sin perjuicio de la opinión que cada uno sustente en definitiva sobre su calidad literaria. Por consiguiente, la internación al país de los libros del Marqués de Sade no constituye un ultraje a las buenas costumbres y debe ser permitida".⁷⁵ En el tomo I de esta obra tratamos con cierta extensión este caso y comparamos las conclusiones de la sentencia chilena con una contraria francesa.

75 Sentencia del 9º juzgado del Crimen de Santiago, 26 septiembre 1969, R. de D. yj., t. 66, sec. 4a@ p. 259.

277

5. Deudas contraídas en juegos de azar

1384. ENUNCIADO

Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar (artículo 1466).

Pueden definirse los juegos de azar como aquellos en que no interviene la destreza, la fuerza o el ingenio, sino la casualidad: juegos de naipes, tómbolas, loterías, rifas.

En la prohibición del artículo 1466 deben comprenderse también las *apuestas* relacionadas con los juegos de azar, según se desprende del artículo 2259 del Código Civil.

1385. RAZÓN DE LA PROHIBICIÓN

El juego de azar, *comofuente 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.

1386. JUEGOS DE AZAR PERMITIDOS POR LA LEY

Hay juegos de azar que la ley permite a fin de atender con su producto necesidades de la Beneficencia o de interés general: Lotería e a Universi Concepción, Polla Chilena de Beneficencia, carreras de caballos (Ley N° 4.566, de 27 de marzo de 1929, sobre Hipódromos), juegos del Casino Municipal de Viña del Mar.

Las deudas contraídas en estos juegos de azar permitidos por las leyes ¿adolecen de objeto ilícito o no? Algunos concluyen que sí, porque dichas leyes sólo derogan las normas *penales* que prohíben los juegos de suerte, envite o azar que se practican en casas especialmente destinadas al efecto; pero no importan derogación del artículo 1466 del Código Civil "que sólo impone una sanción susceptible de hacerse efectiva de particular a particular y que no obsta, por consiguiente, a la realización en público de los juegos de azar".⁷⁶ Según otros, esta opinión debe rechazarse. Porque si bien es exacto que la "liberación expresa de las sanciones penales no puede extenderse por analogía al terreno civil, hay otras

circunstancias que sacuden del objeto ilícito a los juegos de azar y las apuestas, permitidos, bajo determinadas condiciones, por las leyes excepcionales. Desde luego, la autorización que esas leyes contienen implica, para los casos regulados, una derogación tácita de la prohibición general y común. En seguida, si hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, no lo hay, evidentemente y "a contrario sensu", en los contratos autorizados y regulados por éstas. Y, por último, sería absurdo pensar que las subvenciones que dichas leyes excepcionales acuerdan a diversos institutos de bien público lo hacen sobre la base de contratos civilmente nulos. En conclusión,

76 VELASCO@ obra citada, pp. 138 y 139.

278

los juegos y las apuestas autorizados y regulados por leyes de excepción son contratos con objeto ilícito, plenamente válidos y generan obligaciones perfectas, civiles.⁷⁷

1387. TRANSACCIONES SOBRE ACCIONES Y BONOS

Las transacciones de acciones de sociedades anónimas y bonos que se efectúan a plazo en nuestras Bolsas de Comercio no pueden considerarse como juego o apuesta.⁷⁸ En consecuencia, no adolecen de objeto ilícito.

6. Actos prohibidos por la ley

1388. ENUNCIADO Y CRÍTICA DE LA DISPOSICIÓN LEGAL

La parte final del artículo 1466 dice que hay objeto ilícito generalmente en todo

Se ha criticado esta disposición porque en muchos casos el objeto de un contrato prohibido por la ley, la cosa o el hecho sobre que recae la obligación que engendra el acto o contrato, nada de ilícito tiene. Así, el artículo 1798 prohíbe al empleado público comprar los bienes que se vendan por su ministerio, y si la compraventa se efectuara, no podría afirmarse que la cosa vendida y el precio, en sí mismos, son ilícitos. Lo que ocurre es que la ley prohíbe el contrato por las circunstancias en que se celebra. Y en verdad lo que hay es una falta de legitimación para el negocio según lo explica la doctrina moderna, como oportunamente hicimos presente al diferenciar dicha legitimación de la capacidad de ejercicio.

Se dice, por otra parte, que la ley, para ser más exacta, "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" .⁷⁹

Bibliografía

BETN, *Teoría general del negocio jurídico*, traduc. del italiano, Madrid, sin fecha.

CARROTTA FERRARA, *El negocio jurídico*, traduc. del italiano, Madrid, 1955.

CASATI, *Corso di Diritto Civile sul Contratto*, Bologna, 1961.

AVELINO LEÓN HURTADO, *El objeto en los actos jurídicos*, Santiago, 1958.

VELASCO, *El objeto ante la jurisprudencia*, Santiago, 1941.

⁷⁷ ANTONIO VODANOVIC H., *Derecho de obligaciones*, t. 1, Santiago, 1970, p. 61. En el mismo sentido: AVELINO LEÓN H., obra citada, NO 54, p. 95.

⁷⁸ CLAUDIO SOLU@ obra citada, tomo XI, pp. 293 y siguientes.

⁷⁹ VELASCO@ obra citada, pp. 15 y 47.

279

4. LA CAUSA

Exposición general

1389. LA CAUSA COMO ELEMENTO DEL ACTO JURÍDICO

Todo acto consciente de los seres racionales se ejecuta en procura de un fin, cuya *consideración anticipada* es causa del obrar. Esto, lógico y obvio, nadie lo discute. Pero, ¿es necesario que la causa de los actos jurídicos, el fin que mueve a realizarlos, se erija en un requisito de validez de los mismos? Un acto puede encontrar su fundamento en varias causas. ¿Cuál de ellas ha de estimarse elemento constitutivo del acto jurídico, trayendo su falta o ilicitud la nulidad de éste?

Las interrogantes planteadas y muchas más, que envuelven otros tantos problemas, son objeto de la teoría de la causa. De inmediato comenzamos su exposición.

1390. DIFICULTADES Y OSCURIDAD DE LA MATERIA

La causa, como elemento formativo de los actos o negocios jurídicos, es materia llena de sombras e imprevisiones. Ningún autor deja de consignarlo. Uno de ellos, español de tomo y lomo, advierte: "El concepto de causa dentro de la teoría del contrato (y del acto o negocio jurídico en general) es, seguramente, uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender de la doctrina y técnica del Derecho Civil. justa y merecida es la fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. No es sólo su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aun cuando a primera vista otra cosa pueda creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino al o que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa".⁸⁰

En verdad, los toques de alerta sobre la falta de claridad, el confusionismo y hasta las contradicciones de que está sembrada la teoría de la causa, no deben amilanar a los estudiantes, sino impulsarlos a una mayor concentración del espíritu y a una reflexión conceptual profunda, muy necesaria en la profesión de abogado. Tal esfuerzo dará la satisfacción de lograr al menos la comprensión general del tema. Por lo demás, hay infinidad de asuntos más difíciles de captar que la causa de los actos jurídicos o de las obligaciones. Por ejemplo, las correspondencias de las metáforas del gran poeta simbolista Stéphane Mallarmé. Según los críticos franceses el autor de *La siesta de un*

80 Luis DIEZ PicAzo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. primero, Madrid, 1979, N° 151, p. 145.

280

fauno "a laissé des poésies énigmatiques". Sí, bastante más enigmáticas que la teoría de la causa...

1391. NOCIONES PREVIAS BÁSICAS SOBRE LA CAUSA Y LOS MOTIVOS

Los autores clásicos solían comenzar sus explicaciones advirtiendo que el objeto, la causa y el motivo de la obligación son tres cosas que no pueden ni deben confundirse. Referían esos elementos no al acto o contrato sino a la obligación.

El objeto de la obligación es en esencia el beneficio que el deudor debe procurar al acreedor, es lo que se debe; aquello que el acreedor puede exigir al deudor.

La causa es el fin inmediato y directo que se propone alcanzar una persona al obligarse. Así como el objeto es lo que se debe (*quid debetur*), la causa es la razón, el porqué se debe (*cur debetur*). Se habla de *causa final* porque es la consideración anticipada del fin la que mueve a obligarse. En el contrato de compraventa la causa de la obligación del vendedor (entregar la cosa) es la obligación del comprador (pagar el precio), y así recíprocamente.

Ejemplo tradicional para distinguir el objeto de la causa de la obligación: Me obligo a pagar cien mil pesos que he recibido prestados. El objeto son los cien mil pesos, y la causa es el haberlos recibido.

Motivo o móvil, llamado también *causa impulsiva u ocasional*, es el fin mediato, lejano, que se propone una persona al obligarse; es la razón personal, a menudo secreta, que mueve a una persona a contraer la obligación.

Mientras la causa final es siempre la misma tratándose de idéntico tipo de actos, el motivo o causa impulsivo es variable hasta el infinito según sean las personas que celebran el acto o contrato. En efecto, sea Mustafá, Peter o Ciriaco las partes en un contrato de compraventa, la causa será siempre invariablemente la misma: para el vendedor, la obligación del comprador (pago del precio), y para este último la de aquél (entrega de la cosa). Pero el motivo, móvil, causa impulsivo u ocasional varía. Puede que Mustafá haya vendido una cosa para con el precio recibido hacer un viaje a La Meca, Peter para dar a préstamo con interés la suma obtenida y Ciriaco para comprarse un tractor.

Pero también se habla de la causa del acto o negocio jurídico y se dice que es el fin típico y constante

de éste, cualquiera que sea el sujeto concreto que se valga del acto y cualesquiera que sean sus móviles individuales. Más adelante explicaremos el sentido unitario de la causa, incluso en los contratos bilaterales.

Los motivos del acto son los fines individuales y concretos que se busca lograr, no con los efectos mismos del acto, sino a través de ellos. Uno puede comprar una casa para revenderla, otro para usarla como habitación y un tercero, algo sinvergüenza, para dedicarla a garito clandestino. Se trata de la misma causa impulsivo u ocasional vista al hablar del motivo o móvil de la obligación.

1392. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TEORÍA DE LA CAUSA

a) *Derecho Romano*. Los romanos jamás desarrollaron una teoría de la causa final. Y se explica. Sus actos o negocios jurídicos tenían carácter formalista.

281

Cumplida la solemnidad o el rito de un acto, éste quedaba perfecto. Nada importaba la causa. Sin embargo, los jurisconsultos romanos conocieron todos los múltiples significados que hoy damos a la palabra *causa* y los aplicaron en casos particulares y específicos. Hasta puede verse un germen embrionario de la causa final en los contratos innominados o atípicos. Una ley del *Digesto*, cuyo tenor proviene de las obras de Ulpiano, dice: "En cambio, cuando no existe ninguna causa, no puede constituirse obligación alguna basándose en la convención; así, pues, el simple pacto no engendra acción, sino excepción" (Libro 2, título 14, ley 7, párrafo o fragmento 5).

b) La teoría de la causa final comenzó a ser bosquejada por los *canonistas de la Edad Media*. Ellos determinaron que si en los contratos no formales el deudor no cumplía la obligación nacida del simple acuerdo de voluntades, incurría en una falta y debía ser obligado en conciencia a respetar su compromiso siempre que la otra parte estuviera llana a cumplir el suyo. El Derecho Canónico desprendió la noción de causa de la obligación, pero se detuvo en los contratos *sinalagmáticos*, o sea, en aquellos que producen obligaciones para ambas partes, y estableció que la obligación de una de ellas debe tener por causa la obligación de la otra. De esta manera quedó formulado el principio de la conexión de las obligaciones recíprocas. El Derecho Canónico, además, velando por la moralidad de las relaciones jurídicas, facultó al juez para indagar los móviles que habían impulsado a las partes a celebrar un contrato.

e) En el siglo XVII aparece *jean Domat* (1 625-1697), jurista francés que muchos tienen por creador de la teoría de la causa que, según se afirma, habría resultado de una interpretación errónea del Derecho Romano. En muy breves términos la expone en su obra *Las leyes civiles en su orden natural*. Aplicándola a los contratos, distingue tres hipótesis: 1) en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, la causa de cada obligación es la obligación recíproca de la otra parte; 2) en los contratos reales, o sea, aquellos que se perfeccionan por la entrega de la cosa a que se refieren, la causa de la obligación es precisamente dicha entrega, y 3) en los contratos a título gratuito, es decir aquellos que sólo tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, hállese la causa de la obligación del donante en los motivos que lo han llevado a mostrarse liberal, generoso. Uno de estos motivos podría ser algún servicio que le hubiere prestado el donatario, o la consideración de cualquier otro mérito de éste o, en fin, el solo placer de practicar el bien. Y "este motivo -dice literalmente Domat- hace las veces de causa (pues propiamente hablando no es causa, de parte de aquel que recibe y no da nada" (*Loís Civiles...* part. I, Libro 1, título 1, sección 1, números 5 y ss.).

d) En el siglo XVIII, *Roberto José Potbier* (1 699-1 772), padre espiritual del Código Civil francés, desarrolla, en sustancia, las ideas de Jean Domat en su *Tratado de las Obligaciones*, aparecido en 1761. De ahí pasaron, con mayor o menor variación, al *Código Civil francés*, que no definió la causa, y a los Códigos posteriores que en él se inspiraron, entre otros el chileno.

Este último señala como requisito de validez de los actos y declaraciones de voluntad, la causa lícita. Y tuvo la audacia de definir la causa (arts. 1445 y 1467). Sus normas, al igual que las de la mayoría de los códigos extranjeros, se

282

prestan, en diversos aspectos, a interpretaciones contradictorias y esforzadas. Oportunamente nos ocuparemos de ellas.

1393. UTILIDAD O INUTILIDAD DE LA CAUSA COMO ELEMENTO DEL ACTO JURÍDICO

0 DE LA OBLIGACIÓN; POSICIÓN DE LAS LEGISLACIONES

Uno de los puntos debatidos en torno a la causa como elemento de formación del acto jurídico o de la

obligación gira en torno a su utilidad práctica. Para muchos es un concepto fundamental y necesario; lo contrario piensan otros. Hay autores que ponen apasionamiento extremo en la querrela. Un ex profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile⁸¹ estudioso e inteligente, pero algo exagerado, asustaba a sus alumnos antes de entrar en la materia, diciendo que en el curso de las explicaciones presenciarían "una batalla campal"... entre causalistas y anticausalistas. Las legislaciones positivas se agrupan en dos frentes. Unas, como la francesa, chilena e italiana, regulan la causa de que se trata; otras no: Códigos Civiles alemán, suizo, etíope. Estos últimos consideran inútil exigir en la formación de los actos jurídicos y de las obligaciones la causa final. ⁸²

1394. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA EXIGENCIA DE LA CAUSA Y DE SU LICITUD

En nuestro Derecho reina el principio de la autonomía de la voluntad, o sea, los particulares pueden, en principio, obligarse como les plazca y sin necesidad de recurrir a los actos jurídicos nominados, que son tipos de actos o contratos estructurados de antemano por el legislador. La aplicación lisa y llana de este principio envuelve dos peligros graves, que la ley trata de conjurar mediante la exigencia de la causa.

Desde luego, la autonomía de la voluntad individual forzaría a estimar obligatoria cualquiera declaración de voluntad por el solo hecho de su existencia. De este modo los actos jurídicos y las obligaciones podrían emplearse con cualquier designio, bueno, malo o perverso. Los abusos de los particulares entre sí y respecto de la sociedad quedarían indemnes. Buscando evitar este riesgo, las legislaciones causalistas introducen el requisito de la causa. Piensan ellas que los actos jurídicos y las obligaciones son medios que la ley instituye o reconoce para que los individuos puedan llenar determinados fines,

por lo que si éstos no se dan, dichos actos y obligaciones pierden su razón de ser.

La aplicación irrestricta de la autonomía de la voluntad haría considerar válidas declaraciones emitidas para dar origen a relaciones ilícitas o continuarlas. Con el objeto de suprimir este peligro, se requiere la licitud del fin, la causa lícita, y de este modo se evita que los actos jurídicos y las obligaciones se eli-

⁸¹ HUBERTO PINTO ROGERS, *Curso básico de Derecho Civil*, tomo IV, volumen 1, Santiago, 1972, N° 99, p. 198.

⁸² Las páginas que siguen relativas a la causa y a los actos abstractos representan en gran parte un trabajo de colaboración de don Washington del Solar Ojeda.
283

gan en medio para realizar y obtener algo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

La misión de la causa es, pues, conjurar los riesgos anotados. Por cierto, las legislaciones que no mencionan la causa al disciplinar la formación de los actos jurídicos o las obligaciones, no quedan abandonadas a esos peligros; los salvan con otros medios técnicos que no es del caso analizar aquí.

1395. LA CAUSA COMO ELEMENTO DEL ACTO JURÍDICO; CONCEPCIONES OBJETIVA Y SUBJETIVA

Se discute si la causa es elemento del acto jurídico o de la obligación. Pues bien, dentro de la corriente que estima lo primero hay dos concepciones: una objetiva y otra subjetiva.

1396. a) CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA CAUSA FINAL DEL ACTO JURÍDICO

Según esta concepción, la causa no es un dato subjetivo que se encuentra en la mente del autor o las partes que celebran el acto, sino uno objetivo, un elemento que pertenece al acto mismo, y se define como el fin típico inmanente de éste, o la función práctico-social del acto jurídico, reconocida por el Derecho. La función práctica del acto se califica de social porque está destinada a satisfacer exigencias sociales, necesidades que crea la convivencia de los hombres. Por ejemplo, la función de cambio es la causa de todos los actos jurídicos onerosos; la razón de ellos es producir un cambio entre prestación y contraprestación: a través de la entrega, cambio de la cosa por el precio (compraventa), una cosa por otra (permuta) o el uso de una cosa por el precio o renta (arrendamiento). Causa de la donación es la función de producir un enriquecimiento para el donatario. Causa del testamento es la función de éste de realizar una destinación de los propios bienes para después de la muerte.⁸³

La causa objetiva y los motivos. Dentro de la concepción objetiva, la causa, se diferencia inconfundiblemente de los *motivos*, que son representaciones psíquicas, subjetivas, variables en cada caso frente a un mismo tipo de acto. Los motivos son las razones o consideraciones individuales que

influyen en las personas para determinarlas a perseguir el fin práctico inherente al tipo de acto que ejecutan. Si se toma como ejemplo la compraventa para marcar la diferencia entre el acto objetivo y los motivos (razones o consideraciones subjetivas) se verá que el motivo es siempre, a través de la entrega, el cobro de dinero por una cosa determinada; los motivos, por el contrario, varían según las circunstancias de cada caso concreto: en alguna compraventa el vendedor se verá inducido a deshacerse de la cosa para costearse un viaje, en otra, para regalar el dinero, etc., y, por su lado, algún comprador querrá obtener la cosa para revenderla con ganancia, otro, para conservarla por haber pertenecido a un

133 LUIGI CARIOTA FERRO, *El negocio jurídico*, traducción del italiano de Manuel Albaladejo, Madrid, 1956, números 52 y 120, pp. 157 y 487, respectivamente; ANDREA TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1960, párrafo 117, p. 163.

284

deudo querido. Y no faltará el poeta dispuesto a escribir una crónica "con el único propósito de comprar (con los derechos que le paguen) un anillo para su amiga, anillo que tendrá una piedra azul y triangular" .84

1397. b) CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA CAUSA DEL ACTO JURÍDICO

En la concepción subjetiva, la causa no es sino un motivo que, por ciertos caracteres que lo califican, se distingue de todos los demás y pasa a llamarse causa, en oposición a los otros que continúan llamándose motivos. La causa, en el sentido subjetivo, es la representación psíquica del fin práctico e inmediato que se quiere lograr con el acto y que induce a realizar éste. Trátase de un motivo inmediato al acto, determinante del mismo y abstracto. Es *inmediato* porque en la serie de motivos que puede haber para celebrar un acto jurídico, resulta, en el tiempo, el más próximo a él. Si, por ejemplo, deseo regalar una cosa y para poder hacerlo necesito comprarla, la compraventa que celebraré tendrá dos motivos: el deseo de regalar la cosa y el de obtenerla- el motivo más cercano a dicho contrato es, no cabe duda, la representación que aparece en mi mente relacionada con la obtención de la cosa; el deseo de donar, como motivo que induce a celebrar la compraventa, aunque primero en acudir a la mente, está, respecto de este contrato, más lejano que el de adquirir la cosa a cambio del precio. La causa, como motivo calificado, y al revés de los demás, es *determinante* de la celebración del acto, porque es el que decide a la voluntad a llevar a cabo este acto; los otros motivos, aunque impulsan al acto de que se trata, no son decisivos en la celebración de ese acto preciso, como quiera que la finalidad que representan podría realizarse por otros medios. Si para regalar la cosa del ejemplo, no necesito adquirirla mediante la operación de la compraventa, nada me empujará a celebrarla; pero si ocurre lo contrario, justamente seré inducido a ese contrato por la idea de adquirir la cosa a cambio del precio. El motivo de regalar también me arrastra, pero respecto al acto preciso mismo, a la compraventa, no es el determinante, pues, si pudiera o quisiera obtener la cosa por otra vía, una permuta, por ejemplo, mi voluntad no se determinaría a celebrar aquel contrato. Por último, la causa no es individual, sino un motivo *abstracto*, en el sentido de que prescinde de los autores concretos, determinados, específicos, de cada acto jurídico en particular; sólo se refiere a los autores en general de un tipo de acto, cualesquiera que ellos sean en cada caso. Por esto mismo la causa es siempre un motivo *constante*. Por ejemplo, la causa de la compraventa será igual en la compraventa entre Gabriel y Jorge, entre Sofía y Lucrecia, o entre Sansón y Dalila, y será igual también aunque en un caso la cosa comprada se quiera para regalarla, en otro para dedicarla al propio uso y en otro para revenderla con ganancia.

En resumen, la concepción subjetiva de la causa mira a ésta como un motivo que se distingue de los demás por su naturaleza abstracta, constante, y por

84 De una carta de Pablo Neruda a Alone (*Los cuatro grandes de la literatura chilena*, Santiago, 1963, p. 222).

285

ser el motivo próximo y determinante del acto; los demás motivos que, en tesis general, carecen de relieve jurídico, son concretos, individuales, variables, lejanos y no determinantes del acto: se califican de motivos lejanos o remotos o, simplemente, de motivos, a secas, por oposición al motivo elevado a la categoría de causa. Considerados como causa, los motivos lejanos o en sentido estricto, adoptan en la doctrina la denominación de causa *impulsivo u ocasional*.

1398. Aproximación DE LAS CONCEPCIONES OBJETIVA Y Subjetiva

Las concepciones extremas objetiva y subjetiva de la causa suelen ser aproximadas. Los partidarios de la primera declaran que en el terreno psicológico, la causa opera como uno de los motivos, en cuanto se subjetiviza:⁸⁵ el fin objetivo del acto o contrato aparece en la psiquis de las partes del acto y se identifica con el motivo subjetivo último que los determina a declarar su voluntad, el motivo próximo del acto. La causa así puede mostrarse como el último motivo, constante, en la determinación psicológicas. Por su lado, los partidarios de la concepción subjetiva dicen que si bien el fin práctico o causa del acto es por sí mismo un motivo determinante de la voluntad de las partes, trátase en verdad de un motivo que se "objetiva" en el contenido típico del acto;⁸⁷ estiman que sería inconcebible que la ley se contentara con que la representación psíquica del sujeto permaneciera en el fuero interno de éste, sin que se proyectase objetivamente al exterior en el acto que se realiza o celebra.

La causa como elemento de la obligación. DoctrVna Clásica. a) Definiciones. De acuerdo con otro punto de vista, la causa no es un elemento del acto o contrato, sino de la obligación que de él deriva, y se entiende por causa el fin inmediato que se propone alcanzar la persona al obligarse;⁸⁸ el fin directo, inmediato y determinante en vista del cual el deudor se obliga respecto del acreedor;¹¹⁹ la razón por la que el deudor asume su obligación;⁹⁰ el fin inmediato y de carácter abstracto que induce al deudor a obligarse.⁹¹

b) Distinción entre causa y motivo. La distinción entre causa y motivos propiamente tales se plantea en términos parecidos a la concepción subjetiva de la causa del acto. Mientras la causa -se afirma- es el fin inmediato que los autores de un acto quieren lograr al obligarse y constituye, en la serie de móviles, aquel que ha precedido inmediatamente al acto de volición, los motivos, por el contrario, son móviles anteriores que explican la causa de la obligación. En un contrato de compraventa, por ejemplo, el vendedor se obliga a transfe-

85 CARIO TA FERRARA, obra citada, N° 125, p. 506.

86 TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1954, p. 147.

87 CARLO LONGO, *Corso di Diritto Romano*, Milano, s/f., p. 58.

88 MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, t. 11, Paris, 1855 (4a edición), p. 491.

89 COLIN y CAPITANT, *Traité de Droit Civil*, refondu par Léon Julliot de la Morandiere, t. II, Paris, 1959, N° 713, p. 403.

90 HENRI, LEÓN y JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t. II, Paris, 1956, N° 255, p. 205.

91 Louis CREMIEU, *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. II, Paris, 1958, p. 146.

286

rir la cosa de su propiedad porque desea obtener el precio que se obliga a pagarle el comprador (causa); pero puede desear la obtención del precio por razones muy diversas; para comprar otra cosa, o para ahorrar dinero, o para invertirlo en un viaje (motivos).

c) Limitación de la exigencia de la causa a las obligaciones contractuales. Determinación de la causa según los tipos de contrato.

La doctrina clásica de la causa de la obligación limita la exigencia a las obligaciones contractuales, o sea, a las que emanan de un contrato. Puntualiza que, al revés de los motivos, la causa no varía de individuo a individuo, sino de tipo a tipo de contrato en que ella se "objetiviza" o proyecta al exterior desde el fuero interno de las partes. Por tanto, para conocer la causa de las diversas clases de obligaciones, hay que distinguir entre los varios tipos de contratos de que ellas nacen. Al respecto, deben considerarse los contratos sinalagmáticos, los reales y los gratuitos o de beneficencia.

En los contratos *sinalagmáticos* la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra, o sea, la obligación de un contratante sirve de causa a la obligación del otro.

En los contratos *reales* la causa de la obligación del deudor es la prestación ya efectuada por el acreedor.

En los contratos gratuitos o de beneficencia (donación, mandato gratuito) la causa de la obligación del deudor (donante, mandatario) es la intención liberal, el espíritu de beneficencia.

Como se ve, al reducirse la exigencia de la causa a las obligaciones, se olvida aquellos actos cuyo fin específico no es crear aquéllas. Por ejemplo, el testamento no engendra obligaciones para el testador, ya que el testamento, como tal, tiene por función y fin señalar el destino de los bienes de su autor (testador) para después de su muerte.

La omisión se explica porque en un comienzo la doctrina concentró su atención sólo en la causa con relación a los contratos, fuente de obligaciones. Sólo más tarde entró en el análisis la consideración de otros actos o negocios jurídicos.

1399. DEFENSA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO DEL ACTO Y DEFENSA DE LA MISMA COMO ELEMENTO DE LA OBLIGACIÓN

Hemos visto que para algunos la causa es elemento del acto o contrato y que para otros lo es de la obligación.

Estos últimos sostienen que la causa debe atribuirse a la obligación porque si por causa se entiende el fin que se persigue, éste no puede ser sino el que cada una de las partes trata de lograr a través de su obligación.⁹¹

Los partidarios de la causa como elemento del acto alegan que "sólo una visión atomista, que *despedaza* la unidad del negocio y enfoca a éste desde el punto de vista unilateral de cada una de las partes puede llegar a encontrar la

91 LUDovico BARASSI, *La teotfa generale delle obbligazioni*, volumen II, Le Fonti, Milano,

1948, p. 60, e *Instituciones de Derecho Civil*, traducción del italiano, vol. II, Madrid, 1955, p. 144.

287

causa en la contraprestación; por ejemplo, la causa de la obligación para el vendedor en el precio o en la correlativa obligación de pagar el precio y, viceversa, para el comprador en la cosa o en la correlativa obligación de prestar la cosa. En este modo de ver -se agrega- hay el absurdo lógico que constituye concebir aquello que es un simple elemento de un todo como la razón justificadora de otro elemento del mismo todo, en lugar de reconocer la recíproca interdependencia y la común subordinación de uno y otro elemento a la unidad funcional del todo de que forman parte; unidad que es la única que puede constituir la razón justificadora que se trata de encontrar. Por último, se recalca que la obligación, en cuanto es consecuencia del acto, tiene de por sí, en todo caso, siempre una causa que la justifica; el acto, por el contrario, puede no tenerla en un caso dado, y no teniéndola, es nulo y, por ende, la obligación, precisamente, no nace.⁹⁴

1400. RELIEVE JURÍDICO DE LOS MOTTVOS

Por lo general, los motivos propiamente dichos no tienen trascendencia jurídica, el Derecho no los toma en cuenta. Sin embargo, en algunos casos o en ciertas circunstancias son considerados.

En el Código Civil italiano de 1942, aparte de la causa ilícita, se trata el motivo ilícito. Así, el contrato es ilícito cuando las partes se han determinado a celebrarlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas (art. 1345). El motivo ilícito también hace nula la disposición testamentaria, supuesto que resulte del testamento y sea el único que ha determinado al testador a disponer (art. 626). Y, por fin, el motivo ilícito produce la nulidad de la donación cuando resulta del acto y es el único que ha determinado al donante a la liberalidad (art. 788).

Al revés de lo que sucede con el moderno Código Civil italiano, el viejo Código Civil francés no considera los motivos. Pero la doctrina y la jurisprudencia francesas se han ingeniado para tomarlos en

cuenta, según veremos a continuación.

1401. DOCTRINA FRANCESA QUE ATRIBUYE CAUSA ABSTRACTA A LA OBLIGACIÓN Y OBLIGACIÓN CONCRETA AL CONTRATO

Como la exigencia de la causa tiende a proteger la voluntad y el interés de los particulares, por un lado, y el orden público y las buenas costumbres, por otro, gran parte de la doctrina francesa y de la jurisprudencia del mismo país, han tratado de conciliar estos dos puntos de vista, refiriendo la causa abstracta y técnica de que habla la teoría clásica, a la obligación, y el motivo concreto y cambiante, erigido en causa, al contrato.

Causa de la obligación sería la razón inmediata por la cual el contratante se obliga: en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de una de

93 EMILIO BERN, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción castellana, Madrid, s/f., p. 141.

94 ANTONIO FERRARA, *El negocio jurídico*", traducción castellana, Madrid, 1956, p. 491.

288

las partes es la obligación de la otra; en los contratos reales, la causa es la entrega de la cosa que anteriormente hizo el acreedor al deudor; en los contratos a título gratuito, la causa es la intención liberal o deseo de hacer un servicio gratuito, desligado de los móviles que difieren en cada disponente .95 De lo anterior se desprende: a) que la causa de la obligación es abstracta, siempre igual para todas las obligaciones que emanan de un mismo tipo de contrato, representando un concepto técnico; y b) que explica la obligación, el porqué de ella.

Causa del contrato sería "el móvil individual principal que determina la celebración de un contrato".96 Como se ve, el motivo en sentido estricto se erige en causa del contrato que presenta caracteres opuestos a la causa de la obligación: es concreta y cambiante porque no es sino un móvil individual, el principal o más intenso que, por lo mismo, determina la celebración del contrato. Constituye un motivo, y sólo se diferencia de los demás que pueden concurrir, por su mayor intensidad, que es la que lleva a contratar. No explica pues, la existencia de las obligaciones, sino la celebración del contrato. Trátase de una causa individual y concreta, eminentemente variable de persona a persona; así, por ejemplo, una persona puede comprar un caballo para hacer equitación, otra para dedicarlo al cultivo de sus campos, una tercera para regalarlo, etc. El móvil concreto y principal las sentencias francesas lo califican de causa *impulsiva y determinante*, porque, en oposición a los móviles secundarios, es el que impulsa y determina la contratación .97

El distinto concepto de causa de la obligación y de causa del contrato trae como consecuencia que, en un caso dado, la primera pueda ser perfectamente lícita y la segunda ilícita, es decir, prohibida por la ley o contraria al orden público o a las buenas costumbres. Por ejemplo, la compra de un inmueble para dedicarlo a casa de tolerancia presenta, como causa del contrato, una ilícita, pues el motivo determinante para celebrar la compraventa es el establecimiento del lenocinio, motivo repudiado por las buenas costumbres, pero la causa de las obligaciones -de acuerdo con esta doctrina- es perfectamente lícita. En efecto, la causa de la obligación del vendedor es la consideración lisa y llana de la obligación contraída por el comprador de pagar el precio, y la causa de la obligación de este último es la consideración, también lisa y llana, de la obligación del vendedor de entregar el inmueble de la especie. Estas causas, en sí mismas, son perfectamente lícitas.

En los contratos a título oneroso, el motivo, para estimarse determinante y, por ende, causa del contrato, *es menester que sea conocido por la otra parte o que baya debido serlo* por las circunstancias en que el acto se celebra .98 Si se piensa en el carácter individual del motivo, el rigorismo lógico debería

llevar a prescindir en todo caso del conocimiento que una parte pueda tener del moti-

95 MAZEAUD, obra citada, t. 11, N° 265, p. 210.

96 CREMIEU, obra citada, t. 11, p. 147.

97 MAZEAUD, obra citada, t. II, N° 268, p. 213.

98 Por ejemplo, se estima que debe reputarse conocido el motivo que lleva a un juga-

dor a pedir dinero prestado en una sala de juego; el mutuante no podría alegar ignorancia del motivo.

289

vo que a la otra determina a contratar; pero el deseo de asegurar lo más posible la estabilidad de los contratos, ha hecho formular tal exigencia. Si ella no existiera, resultaría que, una vez declarada la nulidad del contrato por ilicitud de su causa, el contratante que ignoraba el motivo ilícito del otro correría el riesgo de no poder hacerse restituir su propia prestación; se trata de evitarle este perjuicio que podría causarle la nulidad.⁹⁹ Ninguna de estas razones entran en los actos o contratos a título gratuito; el motivo determinante que ha inducido a donar, si es ilícito provocará la nulidad de la donación aunque el donatario lo haya ignorado. Así se concluye porque ningún perjuicio significa para el donatario, una vez declarada la nulidad, tener que devolver la cosa por la que nada dio en cambio; porque es menos temible la inseguridad de los contratos a título gratuito que la de los a título oneroso, y porque, en fin, el consentimiento del disponente juega un papel, en las liberalidades, mucho más importante que el del gratificado.¹⁰⁰

Esta doctrina que erige el motivo determinante en causa del contrato tiene por misión permitir a los jueces fiscalizar o "controlar" la moralidad de las operaciones jurídicas. El funcionamiento de la causa del contrato, paralelo al de la causa de la obligación, ha sido viable por el verdadero poder de creación que se reconoce a los tribunales franceses. Si se pretendiera hallarle un sustento jurídico en las disposiciones legales del Código de Napoleón, la tarea sería vana o implicaría una interpretación de malabares circenses.

Por último, debe subrayarse que el móvil o motivo no se analiza ni considera sino cuando es ilícito. Porque si se tomara en cuenta cuando es lícito se podría alegar el error y la estabilidad de los negocios jurídicos sería

precaria.

La construcción útil pero artificioso de la jurisprudencia francesa llevó a la Comisión de Reforma del Código de Napoleón a recomendar, en una futura modificación de ese Código, se considerarán, aparte de la causa abstracta, unas dos o tres disposiciones especiales relativas al motivo concreto.¹⁰¹

1402. LA CAUSA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

a) ¿Se refiere nuestro Código a la causa del acto o a la de la obligación? Nosotros creemos que a la del acto; el señor Mera Molina a la de la obligación. ¹⁰² Veamos. Dice el autor citado que hay dos disposiciones que prueban que Bello refirió la causa de la obligación. En primer lugar el artículo 1445. Este dispone textualmente: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o

99 MAZEAUD, obra citada, t. II, N° 269, p. 213. 100 MAZEAUD, obra citada, t. II, p. 214.

101 *Travaux de la Commission de Reforme du Code Civil, Année 1947-1948, Paris, 1950, p. 277.*

102 JORGE E. MERA MOLINA, *Exposición de la doctrina de la causa*, Memoria de Prueba, Santiago, 1940.

Véase también sobre el tema el estudio de RICARDO HEVIA CALDERÓN titulado *Concepto Y función de la causa en el Código Civil chileno*, Santiago, 1981 (134 páginas).

290

declaración de voluntad es necesario: lo que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita".

¿Cómo liga el señor Mera Molina la causa a la obligación? De una manera muy singular, resumiendo a su manera el artículo transcrito. En efecto, según él, el artículo 1445 dice: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario (entre otros requisitos)... que haya una causa lícita". La palabra "obligue", que el señor Mera Molina subraya, demostraría que la causa debe existir en la obligación. Pero el enlace gramatical, dentro de la redacción del artículo 1445, no puede existir entre la forma verbal "obligue" y "que tenga una causa lícita". Para evitar esta aberración, el señor Mera Molina, que transcribe entre comillas lo que interesa de la norma legal, altera la letra de la ley; donde ésta dice "que *tenga* una causa lícita", él pone "que

baya una causa lícita".

Si analizamos número por número el artículo 1445, veremos que los predicados corresponden a distintos sujetos, y en forma muy armónica. El N° 1° alude a la capacidad de la persona que se obliga; el No 2°, al consentimiento de la misma persona en el acto o declaración de voluntad; el No 3°, al objeto lícito sobre que debe recaer el consentimiento, y el NO 4° a la causa lícita que debe tener el consentimiento. La causa se liga, pues, al consentimiento que la persona debe prestar en el acto o declaración de voluntad. Este acto o declaración es el que tiene causa, como quiera que el consentimiento es el que lo constituye sustancialmente.

En segundo lugar, el señor Mera Molina sostiene que su interpretación del artículo 1445 está corroborada por el inciso lo del artículo 1467, según el cual "no puede haber obligación sin una causa real y lícita". Esto significaría que la obligación es la que debe tener causa. ¿Será verdad? Creemos que no. Nos fundamos en la cuidadosa redacción del precepto transcrito y en el contexto total del artículo, que en su inciso 2° define la causa. Observemos primero la redacción. No se dice que toda obligación debe tener una causa real y lícita, forma positiva de expresarse que habría sido la más adecuada si se hubiera querido ligar directamente la causa a la obligación; se dice, en cambio, que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, o sea, lo que se quiere significar es que toda obligación supone una causa. Y ¿cuál es esa causa, supuesto de la existencia de la obligación? La respuesta está en el mismo artículo, a renglón seguido: "Se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato" (inciso 21). Don Andrés Bello entendió las cosas, pues, de la misma manera que una parte de la doctrina contemporánea recordada anteriormente,¹⁰³ según la cual la obligación, en cuanto es consecuencia del acto, tiene por causa que la justifica la misma de éste. En otras palabras, la causa del acto es supuesto, y no requisito de la obligación.

Nuestra interpretación mantiene la debida correspondencia y armonía entre todas las partes de la ley, pues la causa aparece siempre referida al acto o declaración de voluntad. Se esfuma la pretendida antinomia de que, a veces,

11)3 Véase el número 1399.

99 MAZEAUD, obra citada, t. II, N° 269, p. 213. 100 MAZEAUD, obra citada, t. II, p. 214.

101 *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, Année 1947-1948, Paris, 1950, p. 277.*

102 JORGE E. MERA MOLINA, *Exposición de la doctrina de la causa*, Memoria de Prueba, Santiago, 1940.

Véase también sobre el tema el estudio de RICARDO HEVIA CALDERÓN titulado *Concepto y función de la causa en el Código Civil chileno*, Santiago, 1981 (134 páginas).

291

el Código estimaría la causa elemento de la obligación y, en otras, elemento del acto o declaración de voluntad.

Pero hay más: la historia del artículo 1445. En todos los Proyectos del Código Civil la causa aparece referida al consentimiento o al acto, y jamás a la obligación. La disposición correspondiente al artículo 1445 decía en el Proyecto de 1842: "Todo contrato supone el consentimiento de las partes; y para que *este consentimiento* sea válido, es necesario: 1° que los contratantes sean legalmente capaces de contratar; 2° que su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto; 4° que tenga una causa lícita" (Título 11, art. I). El mismo texto se reproduce en el Proyecto de 1847 (art. 11) y en el Proyecto de 1853 (att. 1626). En el llamado Proyecto Inédito la causa se enlaza directamente con el acto. En efecto, el inc. 1° del artículo 1626 de ese Proyecto dispone: "Para que los *actos voluntarios* produzcan efectos civiles, es necesario: lo que la persona que los ejecuta sea legalmente capaz; 2° que consienta en ellos y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaigan sobre un objeto lícito; 4° que tengan una causa lícita".¹⁰¹

La redacción del artículo 1445 del Código no es sino, como se ve, trasunto sustancial de la que se empleaba en los correspondientes artículos de los diversos Proyectos. Por la forma en que se encadenan las frases en la disposición vigente llegamos a la conclusión de que la causa se atribuye al consentimiento, y esto es lo mismo que atribuirlo al acto o declaración de voluntad, pues aquél es la esencia de éste. En todo caso, un análisis distinto de la redacción sólo podría llevar al resultado de que la causa se refiere directamente al acto o declaración de voluntad, pero jamás a la obligación.

Por último, puede agregarse un argumento más en favor de la opinión que sostenemos. Si la legislación da margen para dos o más interpretaciones, parece natural preferir aquella que se conforme a la definición del mismo legislador, pues éste en ella expresa, al menos, la idea básica de la respectiva

institución. Y la definición de causa dice que es el motivo que induce al *acto o contrato*.

b) ¿Nuestro Código Civil adopta la concepción objetiva o la subjetiva de la causa? Sabemos que, de acuerdo con la primera, la causa es un elemento que pertenece al acto mismo, pues se considera el fin típico inmanente de éste, o su función práctico-social. Y que, según la concepción subjetiva, la causa es un dato que surge en la mente de los sujetos que crean el acto y que exteriorizan en éste. Si nos atenemos a la definición legal, no hay duda de que el Código Civil chileno sigue la concepción subjetiva, pues hace consistir la causa en un *motivo*, y todo motivo es una razón intelectual de los sujetos que empuja a obrar, a determinar la voluntad, tratándose de los actos jurídicos. Con esto se confirma también que el Código refiere la causa al consentimiento, propiamente a la voluntad de celebrar el acto.

La circunstancia de que la causa sea subjetiva no significa que baste su existencia en el fuero interno; de ser así, el requisito de ella estaría práctica-

101 Los diversos Proyectos del Código Civil chileno los consultamos en las *Obras Completas* de don ANDRÉS BELLO, editada en Venezuela, tomo VIII (Caracas, 1955), p. 387.

292

mente de más, pues sería privativo de los individuos dejar la causa en el secreto. La subjetividad sólo quiere decir que la causa es un fenómeno propio de los sujetos. Pero lo anterior no se opone a que ellos la exterioricen en el acto que realizan; el contenido del acto la revela o debe revelarla. No ha de oscurecer la inteligencia de este punto la disposición del Código Civil según la cual "no es necesario expresar la causa" (art. 1467, inc. 1^o). Con esto la ley declara sólo que no es preciso señalarla o nombrarla, y es natural porque ella fluye del mismo acto, salvo que se trate de uno abstracto, como se verá oportunamente.

c) ¿El Código Civil chileno se refiere a la causa final de que habla la teoría clásica o a la causa impulsiva? El problema ha sido debatido y la mayoría de la doctrina nacional se pronuncia por la causa final, que es constante y abstracta para todos los actos o contratos del MISMO tipo.¹⁰⁵ Nosotros también creemos que se refiere a la causa final, porque si se tratara de la causa impulsiva ningún acto habría sin causa, ya que las personas mentalmente sanas siempre tienen un motivo individual y concreto para celebrar un acto jurídico.

Los que afirman que el Código Civil chileno acoge la doctrina psicológica del motivo dan dos razones principales en apoyo de su tesis: 1) *la definición*, que entiende por causa el *motivo* que induce al acto o contrato (art. 1467, inciso 20), y 2) los *ejemplos* de causa ilícita que pone el Código (art. 1467 inciso final), los cuales extrañarían todos un motivo y no una causa final. 106

Intentemos refutar. Siempre en la literatura jurídica se ha estimado que son *distintos* los conceptos de causa (fin inmediato) y motivo (fin mediato). Entonces no se concibe que uno de esos conceptos sirva para *definir* y precisar al otro. Parece más lógico pensar que la palabra motivo no se usó en ese sentido técnico jurídico, sino en el que le da el idioma en general. El Diccionario de la Real Academia nos dice que causa -en la acepción pertinente- es "el Motivo o razón para obrar". No puede negarse que, en sustancia, esta definición se identifica con la del Código. ¿Y qué dice el Diccionario en cuanto al motivo? Pues algo muy sencillo: que es "causa o razón que mueve para una cosa". ¿Y cuál es dicho motivo, causa o razón? La definición legal no lo especifica. No dice que sea la consideración del fin próximo, pero tampoco la del fin mediato. Nosotros estamos con los que creen que es la del fin próximo, porque los ejemplos del Código son de tal especie. En efecto, el artículo 1467 comienza afirmando que "no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente". En seguida, agrega que "se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato" y que "*causa ilícita* es la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

Y termina diciendo: "Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa y la promesa de dar algo en recorriipensa de un

11)5 AVELINO LEÓN HURTADO, *La causa*, Santiago, 1961, p. 28; Claro Solar, Mera Molina, Alessandri R. y Alessandri B., citados por Avelino León en la nota 33 de la página citada; RAMÓN DOMÍNGUEZ A., *-TeoíYa general del negocio juttldico*, Santiago, 1977, N° 133, p. 185.

106 Véase el desarrollo serio y fundamentado de esta tesis en RICARDO HEVIA CALDERÓN, ob. cit., pp. 77 y ss.

293

crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita". Ninguno de estos ejemplos implica simple motivo, sino causa final. Y son los mismos ejemplos que daba Pothier, uno de los primeros sostenedores de la causa final en el sentido clásico. Textualmente dice ese autor: "Mas, cuando un compromiso no tiene causa o, lo que es la misma cosa, cuando la causa por la cual ha sido contratado es una causa *falsa*, él compromiso es nulo, y el *contrato* que la contiene es nulo también. Por ejemplo, si erradamente creyendo deberos diez mil libras que os habían sido legadas por el testamento de mi padre, pero que habían sido revocadas por un codicilo del que yo no tenía conocimiento, me he comprometido a daros cierta heredad en pago de dicha suma, ese contrato es nulo, por cuanto la causa de mi compromiso que era el saldo de dicha deuda, es una causa que ha resultado falsa; y es por lo mismo que la falsedad de la causa, una vez reconocida, no sólo no podéis tener acción alguna para haceros entregar la heredad, sino que, si os la hubiese ya entregado, yo tendría entonces acción para hacéroslo devolver: y esta acción se llama *condictio sine causa*

"Cuando la causa por la cual el compromiso ha sido contratado es una causa que hiere la justicia, la buena fe o las buenas costumbres, ese compromiso es nulo, lo mismo que *el contrato que la contiene*".

Más adelante Pothier cita un ejemplo de causa ilícita en que incurren las dos partes del contrato; escribe: "Cuando un oficial promete una cierta suma a un soldado, si se bate en duelo contra un soldado de otro regimiento, encontramos que la causa de este compromiso es contra las buenas costumbres por entre ambas partes; pues el oficial ha infringido las leyes y las buenas costumbres, haciendo tal promesa al soldado, y éste igualmente por haberla aceptado... El compromiso es nulo, teniendo una causa que es contraria a las buenas costumbres; en consecuencia, no puede nacer acción alguna.....

Por último, Pothier, a quien Bello tuvo a la vista, añade: "Según lo que nosotros acabamos de establecer, que si yo he ofrecido a alguien alguna cosa para cometer un crimen, por ejemplo, o para dar de palos a un hombre que es mi enemigo, no vengo obligado ante el fuero exterior a sostener mi promesa..." 107

Como se ve, nuestro Código Civil no ha hecho sino resumir los ejemplos de Pothier, todos mirando a la causa final. Pero además obsérvese que Pothier remite la causa a la obligación (compromiso) "y al contrato que la contiene". Esta influencia explica por qué nuestro Código habla que no puede haber obligación sin una causa real y lícita y al mismo tiempo remita la causa al contrato, dando así *unidad* al concepto.

Sin desconocer la respetabilidad de argumentos contrarios, creemos que el Código Civil chileno consagra la causa final y que a ella alude al hablar de motivo que, como se ha visto, en el lenguaje en general equivale a causa, que, como alguien ha dicho, no es otra cosa que un motivo constante e invariable.

Por lo demás, el móvil personal transformado en causa de todos los actos y contratos, sin restricciones, no lo encontramos en ningún ordenamiento j'uri-

107 R. J. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, traducción castellana del francés, Buenos Aires, 1961, números 42 y siguientes, pp. 32 y ss.

294

dico. En Italia -según expusimos- se considera propiamente la causa y, además, aparte, el motivo, pero este último sólo se entra a considerar cuando es ilícito. Si no lo es, aunque, sea erróneo, deja de tomarse en cuenta. Y es natural, porque de lo contrario cualquier error en el motivo traería la nulidad del negocio jurídico. Esta salvedad de ponderar el motivo sólo cuando es ilícito, no la podemos deducir de las disposiciones del Código Civil chileno y, para ser consecuentes, si se adopta el criterio del motivo personal deberían caer en la nulidad los actos o contratos inducidos por un motivo personal erróneo. Estudiamos oportunamente el criterio de la jurisprudencia francesa que, en cuanto al motivo, también restringe su consideración al ilícito.

Ateniéndose sólo a la causa final, podrían escapar de la sanción negocios con motivos inmorales, aunque la causa no lo fuera, pero esto no es culpa del intérprete sino de la ley que deja el resquicio. Al legislador corresponde salvarlo.

La jurisprudencia chilena no ha hecho ningún análisis de las disposiciones del Código para precisar el concepto de causa. Generalmente ha seguido la concepción clásica y, en materia de contratos bilaterales, últimamente ha aceptado la "corrección" introducida por el célebre profesor francés Henri Capitant. De acuerdo con éste, el fin que persigue una parte (en los contratos bilaterales) 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 pocas ocasiones la jurisprudencia nacional ha anulado un contrato en que la causa propiamente tal, en el sentido clásico, podría considerarse lícita pero no los motivos subjetivos ¡repulsivos del MiSMO.108

En todo caso, dejando de lado el rigorismo interpretativo, nadie sometería a crítica a los jueces que, asilándose en la palabra "motivo" del artículo 1467, y dándole un sentido acomodaticio, anularan actos jurídicos en que las partes han sido impulsadas a celebrarlos por motivos preponderantemente inmorales o, en general, ilícitos.

1403. REALIDAD DE LA CAUSA

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

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

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

Cuando la causa sólo existe en la mente de los sujetos y no corresponde a la verdad objetiva, se dice que es *falsa o errónea*. Ejemplo clásico: el heredero

108 Véase jurisprudencia nacional en: *Repertorio de Legislación y jurisprudencia Chilenas. Código Civil*, tomo IV, pp. 89 y ss.; Suplemento Primero (de ese Repertorio civilista), pp. 87 y ss.; ~UEL SomARRivA U., *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, 22 edición actualizada por RAMÓN DOMÍNGUEZ B., Santiago, 1984, pp. 171 a 175.

295

que paga un legado sin saber que éste fue revocado en un testamento Posterior al que se atiende.

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

1404. CAUSA SIMULADA

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

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

En resumen, por sí sola la simulación de la causa no determina la nulidad del acto. Nuestra jurisprudencia ha declarado que "no obsta a la validez de la obligación la simulación de la causa, si la causa verdadera y oculta es perfectamente lícita".⁰⁹

1405. LICITUD DE LA CAUSA

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

Pero aquí se plantea el gran problema. Si reconocemos que el Código Civil entiende por causa la que la doctrina llama final, que es constante, abstracta e igual para cada tipo de acto o contrato, tendremos que concluir que los móviles individuales y concretos no deben ser considerados aunque sean contrarios al orden público, la ley o las buenas costumbres; y si la causa final no presenta estos caracteres, el acto será válido. Y los actos o contratos que por causa (final) ilícita podrán ser anulados en el hecho casi no existirán; se limitarán a

11)9 C. Santiago, 14 de octubre de 1890, *Gaceta de los Tribunales*, año 1890, tomo II, N° 3.966, P. 887.

296

los actos innominados, como los que pone por ejemplo el Código, pues los nominados están estructurados por el legislador y es inconcebible que éste pueda moldear actos con causa ilícita. De este modo el control de la moralidad de los actos jurídicos queda prácticamente reducido a la nada. Sólo en los actos innominados, que las partes mismas (y no el legislador) estructuran en sus elementos básicos, es posible la existencia de la causa (final) ilícita.

Esta reducción del control de la moralidad de los actos jurídicos al mínimo ha parecido grave. La doctrina, para salir del paso, sostiene una tesis absurda. Dice, en síntesis, que para determinar la existencia de la causa hay que considerar la final; pero para fijar la licitud o ilicitud es preciso atender a los móviles individuales y concretos.¹¹⁰ El procedimiento -laudable por los propósitos que lo inspiran- carece de toda lógica: si se da por existente una cosa, la calificación debe necesariamente referirse a ella y no a otra, por muy unida que se halle a la primera.

Para defender el punto de vista impugnado se pretende que la misma ley lo emplea. Así lo demostraría el ejemplo del Código de la promesa de dar algo en recompensa de un crimen (art. 1467, inc. 3°). Este acto tendría una causa final lícita, que se reduciría a cambiar una cosa por un servicio; sólo la consideración de los motivos psicológicos hace que la causa adolezca de ilicitud. Por nuestra parte, no pensamos lo mismo. El contrato lícito e innominado de recompensar un crimen tiene una causa *final ilícita*, como quiera que es constante, invariable y abstracto; en todos los contratos de ese tipo el fin a que tienden las partes y que motiva dichos contratos es el mismo. Así, por ejemplo, en todos los contratos de asesinato, tan en boga en nuestros días, lo que se busca es el intercambio de una suma de dinero por la acción de dar muerte a una o más personas determinadas; en todos los contratos de secuestro se intercambia la prestación dineraria por la de aprehensión indebida de una o más personas, y así por el estilo.

La razón lógica de que cuando se parte de la causa final hay que seguir con ella para la calificación de su licitud o ilicitud, y no mezclar los móviles, es tan evidente que, como ya se ha dicho, el moderno Código Civil italiano de 1942 trata aparte la causa lícita (art. 1343) del motivo ilícito (art. 1345). Un criterio semejante ha seguido la Comisión de Reforma del Código Civil francés en el capítulo de los actos jurídicos.

De los actos jurídicos abstractos

1406. ACTOS CAUSALES Y ACTOS ABSTRACTOS

Según la causa se considere o no como elemento constitutivo de los actos jurídicos, éstos se clasifican en causales y abstractos."

¹¹⁰ ARTURO ALESSANDRI BESA, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, Memoria de Prueba, Santiago, 1949, N° 207, p. 195; AVELINO LEÓN HURTADO, obra citada, p. 30. 111 BETN, obra citada, N° 24, pp. 157 a 165; C@OTA FER~, obra citada, números 53 a 57, pp. 158 a 174; TO@NTE, obra citada, párrafo 118, pp. 165 y 168; TRABUCCI, *Istituzioni di*

297

Causales son los actos en cuyo perfeccionamiento debe concurrir como elemento esencial la causa. Si ella falta o es ilícita, el acto adolece de nulidad y no produce efecto alguno. También suelen llamarse estos actos *concretos o materiales*, porque se materializan, concretan y justifican por su causa. Ejemplos de actos causales son la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, el comodato.

Actos abstractos son aquellos en cuyo perfeccionamiento no entra la causa como elemento esencial. Se constituyen y funcionan separados o "abstraídos" (de ahí el nombre) de la causa, desvinculados de ella. Por tanto, si falta la causa o es ilícita, el acto queda válido y produce sus efectos. También suelen llamarse los actos abstractos actos formales, porque la importancia de la forma en ellos es capital: el efecto que producen se liga a la forma de que están revestidos y no a la intención de las partes." Sin embargo, es preferible descartar la denominación de actos formales para evitar su confusión con los actos formales propiamente dichos, o sea, aquellos cuyo perfeccionamiento exige el cumplimiento de alguna formalidad y, sobre todo, porque si bien la forma en los actos abstractos tiene una importancia evidente, la característica de ellos es la abstracción de su causa.

La clasificación de los actos jurídicos en causales y abstractos no se funda en que algunos actos

existen con causa y otros sin ella. Sería absurdo concebir un acto sin causa, sin un fin o una función que cumplir. La cuestión es otra. Tratándose de los actos abstractos, al revés de lo que sucede con los causales o concretos, la causa no es requisito esencial en el perfeccionamiento de ellos, no *se toma en cuenta para la constitución de los mismos* y, por ende, para la producción de sus efectos; pero esto es muy distinto a decir que no exista. Y si bien en un primer momento, en el de la formación del acto abstracto, la causa es intrascendente, su existencia y licitud pueden adquirir relieve después, sea para remover los efectos ya producidos del acto, sea para detenerlos o paralizarlos. Supóngase que una persona expida una letra de cambio (acto abstracto) para pagar el precio de una compraventa y que, con ulterioridad, ésta se declare nula. Aunque la causa de la letra, la satisfacción o el cumplimiento de la obligación de pagar el precio, no exista, el acto cambiario es y queda válido; la falta de causa sólo puede invocarse para repetir lo pagado sin causa y, aun, en ciertas legislaciones y en determinados casos, para impedir el cumplimiento de la obligación producida por la letra cuando ésta todavía no se ha pagado.

1407. LA RELACIÓN FUNDAMENTAL Y SUBYACENTE DEL ACTO ABSTRACTO

Todo acto abstracto presupone una obligación o relación jurídica que aquél precisamente tiende a satisfacer o reforzar. Esta relación se llama "fundamen-

Diritto Civile, 82 edizione, Padova, 1954, pp. 148 y 149; STOLFI, *Teoría del negociojurídico*, traducción y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, 1959, párrafo 13, pp. 57 y 58.

111 FRANCISCO FERRARA, *La simulación de los negociosjurídicos*, traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, 3a edición, Madrid, 1953, p. 127.

298

tal" o "subyacente": fundamental, porque constituye el fundamento de todo el complejo de la situación en que actúa el acto abstracto; y subyacente, porque está como debajo de éste y cubierta por el mismo. La finalidad de una letra de cambio puede ser, por ejemplo, pagar al beneficiario el precio de una compraventa o la de donarle una suma de dinero; la obligación de pagar el precio o la donación es, respectivamente, la relación fundamental y subyacente del acto abstracto llamado letra de cambio.

1408. ABSTRACCIÓN ABSOLUTA Y ABSTRACCIÓN RELATIVA

La abstracción, es decir, la separación, independencia o desvinculación del acto respecto de su causa, puede ser absoluta o relativa.

La abstracción *absoluta* significa que la causa no se toma en cuenta en el perfeccionamiento del acto ni en las situaciones que surgen con posterioridad teniendo a éste como supuesto; la causa es irrelevante dentro y fuera del acto, su existencia o inexistencia, su licitud o ilicitud no pueden invocarse con relación a la formación del acto y, tampoco, para remediar o paralizar consecuencias injustas. Reina el adagio "Promisisti, solve" (prometiste, pues paga). El deudor debe pagar por la simple razón formal de haberlo prometido, aunque no exista una razón sustancial que justifique la deuda; carece de recurso alguno para corregir las consecuencias del acto abstracto y debe sufrirlas como un mal irreparable.

Por el contrario, la abstracción *relativa* importa prescindir de la causa sólo en la formación o constitución del acto, pero en las situaciones que a base de éste se producen; la causa no se hace presente dentro del acto, permanece muda, y sólo adquiere voz y voto fuera de éste: la parte perjudicada puede alegar la falta o la ilicitud de la causa para remover los efectos del acto que se ha cumplido o paralizar los que se van a cumplir, y con este objeto se le concede o reconoce la acción o la excepción de enriquecimiento sin causa.¹¹³

Aclaremos con un ejemplo la diferencia entre las dos abstracciones. Si se supusiera la letra de cambio acto abstracto absoluto, el librado y aceptante que la pagó sin estar provisto de fondos por el librador y sin causa alguna, nada podría reclamar en su contra; pero si la letra de cambio es un acto abstracto relativo, el librado del caso puede entablar en contra del librador una acción para que le

devuelva la suma pagada sin justificación jurídica y que envuelve un enriquecimiento sin causa.

1409. BREVE NOTICIA HISTÓRICA SOBRE AMBAS ABSTRACCIONES

El Derecho Romano antiguo, el de los primeros tiempos, ofrece como ejemplo de acto abstracto absoluto la *estipulación* ("stipulatio"), contrato por el cual una parte queda obligada a dar o hacer alguna cosa después de responder oral y concordantemente, con ciertas palabras solemnes, la pregunta que al respecto la otra le hacía, también verbalmente y con palabras solemnes. Ejemplo: "¿Promete-

113 CARIOTA FERRARA, obra citada, p. 159.

299

tes danne ciento?" ("centum n-úhi darí spondes"). "Prometo" ("spondeo"). Del que pregunta (futuro acreedor) se dice que *estipula* (por eso recibe el nombre de estipulante), y del que responde (futuro deudor), que promete (de ahí que se le llame prometiende). El objeto de la promesa, por ejemplo, cierta cantidad de dinero, aparecía del acto; pero no el fin de dicha promesa, que podía formularse por motivos diversos: constitución de dote, garantía de un crédito, donación, etc. 114 Una vez pronunciadas por el prometiende las palabras solemnes, estaba obligado a pagar, aunque el acto y la obligación consiguiente no tuvieran causa alguna. Con el tiempo, el Derecho Romano, para evitar las injusticias a que llevaba la abstracción absoluta, transformó la estipulación en un acto abstracto relativo (dando "excepciones" y otros remedios como las "condiciones" que tendían a corregir el enriquecimiento sin causa) y, por fin, en un acto causal. 115

Las legislaciones modernas no -contemplan la abstracción absoluta, salvo en alguna hipótesis muy excepcional; 1,6 sólo el Derecho inglés la reconoce con generalidad a través de una forma de contrato llamado *deed*, en contra del cual y de sus efectos no existe recurso alguno por la ausencia de causa; sin embargo, hay recurso si la causa es ilícita. 117

Nuestras explicaciones, salvo que de ellas aparezca expresamente lo contrario, tendrán como supuesto la abstracción relativa.

1410. DIVERSIDAD DE CAUSAS QUE PUEDE TENER EL ACTO ABSOLUTO; CONSECUENCIA PRÁCTICA

Como para la formación del acto abstracto es indiferente la causa, resulta que éste puede tener causas diversas y mudables; y en tal aspecto también se contraponen al acto causal, que siempre debe tener la causa determinada que lo caracteriza.

114 SALVATORE DI MARzio, *Istituzioni di Diritto Romano*, 5a edizione, Milano, 1946, p. 63. 115 FERRARA, obra citada, p. 129.

116 Por ejemplo, los autores italianos discuten si la llamada *delegación pura* es un acto de abstracción absoluta. Se entiende por delegación pura el acto por el cual un tercero (delegado) se obliga a pagar al acreedor (delegatario), por la voluntad del deudor (delegante), sin referirse para nada a las relaciones que lo ligan a él (delegado) con el deudor. En consecuencia, la obligación de ese tercero o delegado respecto al acreedor o delegatario es totalmente independiente de las relaciones precedentes que haya podido tener dicho tercero o delegado con el deudor o delegante. Sin entrar al estudio del problema en esa legislación extranjera, podemos decir que algunos autores consideran que la relación entre el delegado y el delegatario es absolutamente abstracta (CARIOTA FERRARA, obra citada, p. 172); empero, otros sostienen la causalidad, "fundándose en la referencia genérica que el delegado hace y el delegatario acepta de la causa por la que promete o presta" (Bigiavi, citado por CARIOTA FERRARA, obra citada, p. 172, nota 314).

117 El *deed*, es contrato que consta de instrumento privado, escrito, sellado y entregado por el deudor al acreedor. Lo esencial en la entrega del documento es que la parte cuyo acto se califica de *deed*, reconozca (después de la aposición del sello), por sus palabras o por su conducta, expresa o tácitamente, su intención de quedar, de inmediato y *sin condiciones*, ligada por las disposiciones contenidas en el documento. Aunque acto privado, el *deed*, como se ve, es un acto formal (escrito y sellado) y su justificación estriba precisamente en la formalidad de la entrega (ARMINJON, NOLDE Y WOLFF, *Traité de Droit Comparé*, t. lii, París, 1951, números 807 a 810, pp. 100 a 104).

300

En consecuencia, para enervar una acción o excepción dirigida a remover o paralizar los efectos de un acto abstracto, basta probar una causa cualquiera idónea para justificar el mantenimiento de los mismos; por el contrario, para matar esa acción o excepción relativa a un acto causal, es necesario probar la causa propia y determinada de éste, porque sólo contando con ella el acto es válido y puede producir sus efectos.

141 1. PAZÓN DE SER DE LOS ACTOS ABSTRACTOS

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

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

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

1412. CAUSAS PRÓXIMA Y REMOTA DEL ACTO ABSTRACTO

Hemos dicho, no que el acto abstracto carece de causa, sino que ésta no se toma en cuenta en él como requisito o elemento constitutivo. Pues bien, en el acto abstracto se distinguen dos causas: una próxima y otra remota. La verdadera o *próxima* es el fin o la función de ese acto de satisfacer o reforzar (garantir en sentido amplio) la obligación o relación fundamental. Y por causa *remota* se entiende la obligación o relación fundamental que ocasiona la creación del acto abstracto. Si, por ejemplo, para pagar el precio de la compraventa giro una letra de cambio, la causa de ésta, su causa verdadera o próxima, es la de satisfacer o reforzar la obligación que nace del acto jurídico fundamental, la compraventa- y esta obligación nacida del acto fundamental (compraventa) constituye la causa remota de la letra.

La causa remota ejerce influencia sobre la próxima o verdadera: si la obligación o relación fundamental (causa remota) es nula o se resuelve, lógicamente la función del acto abstracto de satisfacer o reforzar (causa próxima) aquella obligación o relación no puede llenarse, porque carece de justificación satisfacer o reforzar una obligación nula o resuelta. 118

118 CARIOTA FERRARA, N' 55, pp. 167 y 168, NI 121, pp. 493 y 494.

301

1413. ACTUACIÓN DE LA CAUSA DEL ACTO ABSTRACTO

Como hemos repetido más de una vez, la causa no es elemento constitutivo del acto abstracto, no es llamada a "comparecer" en la formación de éste; pero su existencia y licitud son necesarias para dejar inmutables los efectos producidos por dicho acto.

¿Cuándo puede hacerse valer la falta o la ilicitud de la causa del acto abstracto?

Según algunos, sólo *después* que los efectos producidos por ese acto se han cumplido o consumado; entonces, la parte perjudicada podría entablar la acción de enriquecimiento sin causa para borrar o corregir la anomalía. Nótese que tal acción (que sólo procede cuando no se cuenta con otro medio para obtener la reparación) destruye los efectos del acto, no íntegramente, sino en la medida en que el enriquecimiento es injustificado. En otras palabras, el demandante sólo puede pedir que dichos efectos se corrijan en los mismos términos en que ha sido empobrecido, y al demandado no puede perseguírsela sino en los límites de su enriquecimiento. La causa viene a actuar, pues, sobre los efectos ya consumados del acto abstracto; la energía "retardada" de ella importa aplicar la misma máxima que campea como regla en la legislación tributaria: "solve et repete", o sea, pague primero y reclame después.119

De acuerdo con otra concepción, si bien los actos abstractos se perfeccionan y producen sus efectos sin tomar en cuenta la causa, esto no se opone a que la falta o la ilicitud de ella pueda invocarse también *antes* de que se consumen o se realicen prácticamente aquellos efectos.120 En favor de este criterio puede aducirse que cumplir la obligación de un acto sin causa o con causa ilícita y repetir después lo injustamente pagado constituye un rodeo inútil y atenta contra el principio de la economía de los juicios. Si, por ejemplo, suscribo y expido una letra de cambio destinada a satisfacer (causa próxima) la obligación de pagar el precio de una compraventa (relación fundamental y causa lejana del acto

abstracto), y la compraventa es nula por cualquier razón (falta de objeto o de causa), la declaración contenida en la letra no tiene causa, porque su fin es satisfacer una obligación nula; en tales condiciones, cumplir la obligación que deriva del acto abstracto (la letra), importa realizar una prestación que, respecto a la relación fundamental, no se debe y, por tanto, es inútil efectuarla, ya que habría que repetirla más tarde.

En todo caso, la falta o la ilicitud de causa del acto abstracto o, lo que es lo mismo, la inexistencia de la relación subyacente o la ilicitud de ella, sólo puede hacerse valer entre las partes de dicha relación y frente a terceros de

119 Siguen esta tendencia: TORRENTE, obra citada, p. 165, y STOLFI, obra citada, pp. 57 y 58.

120 BEIM, obra citada, p. 160; CARIOTA FERRARA, obra citada, p. 159. Este último autor (en la nota 245 de la página recién mencionada) observa que la afirmación de que no obstante la falta de causa en los actos abstractos se producen los efectos, no aparece siempre clara en la doctrina, porque a menudo se confunde entre producción del efecto (por ejemplo, transferencia del derecho y nacimiento de la obligación) y su realización práctica (por ejemplo, obtener la posesión de la cosa o de la prestación); sólo esta acción puede paralizarse por una excepción.

302

mala fe; pero no puede alegarse respecto de terceros de buena fe, porque se vulneraría la seguridad jurídica que el acto abstracto tiende a resguardar y que es su principal razón de ser.

En cuanto a la oportunidad en que se puede hacer valer la falta o la ilicitud de la causa del acto abstracto, la jurisprudencia chilena, por lo que se refiere a la letra de cambio, ha aceptado los dos criterios expuestos. Algunas sentencias resuelven que los efectos de la letra de cambio pueden paralizarse respecto del librador que no ha provisto de fondos al librado; según esos fallos, el librado y aceptante de una letra de cambio no provisto de fondos por el librador, aunque debe pagar a los terceros, puede negarse a hacerlo al mismo librador. 121 Pero otras sentencias declaran lo contrario; afirman que la obligación del aceptante de pagar la letra, tenga o no provisión de fondos, no admite distinguos y es aplicable aun a las relaciones entre el librado y el librador que

no efectuó la provisión. 122

La Ley N° 18.092, de 14 de enero de 1982, sobre Letras de Cambio y Pagarés, establece que "la persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra" (art. 28).

La inoponibilidad a que alude la disposición transcrita se refiere a las excepciones personales con anteriores tenedores de la letra; no se extiende pues a las relaciones del aceptante con el librador en cuyo poder se encuentre la letra. La inoponibilidad tiene lugar cuando el tenedor de la letra es un tercero. Pero, entre las partes de la relación causal, proceden las excepciones de que se habla.

1414. FORMALIDAD DEL ACTO ABSTRACTO

Los actos abstractos que las legislaciones aceptan están revestidos siempre de formalidades, que tienden a precaver a las partes de las consecuencias graves que de ellos derivan: pérdida de ciertos medios de defensa y obligación de cumplir dichos actos aunque no se logre de inmediato la obtención de la finalidad que persiguen. La importancia de la forma es tal que se ha llegado a decir que ella pasa a ocupar en los actos abstractos el lugar de la causa. Por esto mismo -como lo anticipamos en otra ocasión-, los actos abstractos suelen llamarse también *formales*, no por estar necesariamente ligados a una forma, sino porque en razón de prescindir de todo fundamento material o sustancial se reducen casi a la forma. Sin embargo -como también lo advertimos antes-, tiende a desterrarse, por equívoca, la denominación de actos formales para re-

121 C. de Apelaciones de La Serena, sent. de 19 de julio de 1943, *Gaceta de los Tribunales*, año 1943, 20 semestre, N° 40, p. 163, considerando 9°, p. 168; C. Suprema, sent. de 3 de mayo de 1950, *REVISTA de Derecho y jurisprudencia*, tomo 47, segunda parte, sección la@ p. 160; C. de Ap. de Concepción, sent. de 31 de julio de 1953, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo 50, segunda parte, sec. 2a, p. 66.

121 C. de Ap. de Concepción, sent. de 12 de marzo de 1952, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo 49, segunda parte, sec. 2a@ p. 63; C. Suprema, sent. de 13 de abril de 1954, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo 51, segunda parte, sec. la, p. 70.

ferirse a los abstractos; induce a confundir éstos con los que se llaman propiamente *formales* en oposición a los puramente consensuales.

1415. SÓLO LA LEY PUEDE ESTABLECER ACROS ABSTRACTOS

En algunos derechos, como el belga,¹²³ se discute si los particulares, apoyándose en el principio de la autonomía de la voluntad, pueden crear actos abstractos. Pero dentro del ordenamiento jurídico chileno debe concluirse que sólo el legislador puede establecer actos abstractos. Porque según nuestro Código Civil la causa es requisito esencial del acto o declaración de voluntad (art. 1445, inc. lo), un elemento constitutivo del acto, de su naturaleza intrínseca, y la omisión de esos requisitos está sancionada con la *nulidad absoluta* (art. 1682), sanción que también corresponde a la causa ilícita. El carácter de esta sanción pone de manifiesto que la causa, como todos los elementos constitutivos del acto jurídico, es de *orden público*, o sea, los particulares no pueden prescindir de ella. En consecuencia, la desvinculación de la causa respecto del acto está sustraída a la autonomía de la voluntad particular. Sólo el legislador puede apartarse de la regla de que los actos son causales, y establecer por vía excepcional actos abstractos. Más adelante se estudiarán los actos que se consideran abstractos dentro de la legislación chilena.

Por otro lado, es obvio que un acto causal nominado no puede transformarse en abstracto por obra de las partes; en el fondo, se trataría de una creación de éstas. La jurisprudencia chilena ha declarado indirectamente el mismo principio al decir que "aun cuando es indudable que, dentro de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para pactar contratos innominados, esa libertad no puede llegar hasta hacer subsistir como innominados contratos reglamentados por nuestro Código Civil a los cuales faltan requisitos esenciales. Sería absurdo estimar como innominado un contrato de venta en que no existe precio o cosa vendida, una sociedad en que faltan aportes, o un arrendamiento en que no existe cosa arrendada o renta de arrendamiento, en razón de que la falta de tales requisitos *bace desaparecer el objeto o la causa del contrato*,"¹²⁴

1416. ABSTRACCIÓN SUSTANCIAL Y ABSTRACCIÓN PROCESAL

No debe confundirse la abstracción *sustancial* o verdadera con la abstracción *procesal*. Aquélla es la que se ha estudiado hasta aquí y determina que el acto se perfeccione y despliegue sus efectos desvinculado de su causa. En cambio, la abstracción procesal tiene por supuesto un acto *causal* y su presencia sólo trae una inversión de la carga de la prueba: hace presumir la existencia y licitud de la causa del acto en que opera y, por tanto, coloca sobre el que alega

¹²³ RENÉ DEKKERS (*Précis de Droit Civil Belge*, t. II, Bruxelles, 1955, NI 81, p. 49) cree que dentro del Derecho de su país los particulares pueden crear libremente actos abstractos.

¹²⁴ C. de Ap. de Santiago, sent. de 23 de marzo de 1954, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 51, segunda parte, sec. la@ p. 622.

lo contrario la carga de probarlo. El nombre de abstracción "procesal" se explica porque sus consecuencias se proyectan en el proceso.

1417. ABSTRACCIÓN PROCESAL Y DOCUMENTO NO CAUSADO; PRUEBA DE LA CAUSA

En los actos *causales* sin abstracción procesal, la prueba de la causa incumbe a quien, como el acreedor, funda o basa sobre ella la adquisición de un derecho. Tiene aplicación la regla según la cual incumbe probar las obligaciones al que las alega (C. Civil, art. 1698). Pero resulta que para probar la causa basta con probar la existencia del acto jurídico de que ella forma parte como elemento esencial; probado el acto queda demostrada la causa, porque lo normal es que ésta exista realmente y sea lícita. Producida en esta forma la prueba de la causa, el deudor, si quiere liberarse de la obligación, deberá destruir aquella prueba demostrando que la causa no existe realmente o que es ilícita. Y es claro que si la causa aparece expresada en el instrumento que consigna el respectivo acto o contrato, será inadmisibles la prueba de testigos para establecer la falta de causa, excepto si hay un principio de prueba por escrito, o sea, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso (C. Civil, artículos 1709, inc. 2°, y 1711, inc. 1°).

En los actos con *abstracción procesal* las cosas ocurren de otra manera, pues dicha abstracción, si

bien presupone la existencia y licitud de la causa, dispensa de probar uno y otro punto, trayendo por consecuencia una inversión de la carga de la prueba: esta carga no gravita, como ocurre por regla general, sobre el que alega una obligación a su favor, sino sobre la contraparte, la cual, para liberarse de cumplir la obligación, queda en la necesidad de demostrar que el acto o contrato de que aquélla nace carece de causa o la tiene ilícita. Veamos el asunto a través del *documento no causado* (en Francia, "billet non causé"), que tiene su razón de ser en el interés del acreedor de evitar discusiones sobre la relación fundamental o fuente primitiva de su crédito. Se entiende por documento no causado el que consigna una obligación sin expresar el supuesto de su causa, o sea, el escrito testimonia que una persona debe a otra una prestación o que le reconoce una deuda, pero no dice el por qué de la obligación; no dice, por ejemplo, que la prestación del deudor es en razón de una contraprestación que recibió o que va a recibir, o que es por pura liberalidad o beneficencia. Ejemplos: "Pagaré a X mil escudos el 1° de octubre de 1973"; "Reconozco deber quinientos dólares a Z".

Ahora bien, el acreedor prueba su crédito con uno de estos documentos; pero, como en él no aparece la causa, no prueba al mismo tiempo ésta, y admitiéndose la abstracción procesal, la ley no lo obliga a ello e invierte el peso de la prueba: hace recaer la carga probatoria sobre el que alega la inexistencia de la obligación por falta de causa o ilicitud de la misma. El deudor deberá demostrar, por ejemplo, que firmó el pagaré o documento por la promesa de un préstamo ulterior que, a la postre, el pretendido acreedor no hizo. Como la causa no aparece en el documento escrito, se sigue que la inexistencia de ésta podrá demostrarse por testigos; el deudor del ejemplo podría invocar el testi-

monio de personas que oyeron decir al acreedor que en realidad no hizo préstamo alguno.

305

8. LA ABSTRACCIÓN PROCESAL Y EL DOCUMENTO NO CAUSADO EN EL CÓDIGO CML CHILENO

artículo 1132 del Código Civil francés dispone que "la convención es válida cuando no se exprese en ella su causa". El alcance de este precepto ha muy discutido; pero la jurisprudencia francesa ha resuelto que él consagra abstracción procesal y que, en consecuencia, el acreedor que presenta un mento no causado, no necesita probar la existencia de una causa de la obligación, correspondiéndole al deudor que quiere librarse de la acción de , demostrar que la obligación carece de causa o que ésta es ilícita. 125 Nuestro Código Civil, inspirándose en la norma francesa recién aludida, establece: "No de haber obligación sin una causa real y lícita; pero *no es necesario expre*" (art. 1467, inc. 1°). De la no exigencia de expresar la causa se ha deducido como en Francia, que la sola existencia de la obligación hace presumir hay una causa, porque, como decía uno de los principales autores del Cód de Napoleón, Bigot-Préameneu, "la voluntad de obligarse *ha debido efecte* estar basada sobre un MotiVO11.126 Existiendo esta presunción a favor acreedor, él está dispensado de probar la causa. Pero como la presunción simplemente legal, el deudor podría destruirla probando la ausencia de sa o su ilicitud. En contra de esta tesis, es posible argumentar que no hay na presunción legal, porque para que ésta exista es necesario que los cedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción legal, sean deinados por la ley (C. Civil, art. 47), y tales antecedentes o circunstancias tivos a la existencia o licitud de la causa la ley no los determina en parte una. Por eso la Corte Suprema, aunque acepta la abstracción procesal de actos en que la causa no se expresa o de los documentos no causados, no poya en la supuesta presunción de la referida norma del Código Civil, sino un principio general. Dice la Corte Suprema: "Si bien el artículo 1467 del igo Civil no declara que la causa en un contrato se presume legalmente ndo no se expresa la inexistencia corresponde probarla al que la alega, pues normal es que los contratos no carezcan de causa".127 Se aplica, pues, el cipio de que lo normal (validez del acto, concurrencia de todos sus elementos constitutivos) no necesita probarse, y que el que alega lo contrario, la acción anormal (falta de uno de esos elementos, como la causa), debe acrer su aserto.

Al mismo resultado se llega con la aplicación de la doctrina moderna sola atribución de la carga de la prueba. Conforme a esa doctrina, según lo declarado una sentencia de nuestros tribunales, 128 "el hecho jurídico del pleito

115 G. MARTY, *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, volumen I, traducción osé M. Cajica jr., Puebla (México), 1952, p. 103. 126 Cita de RIPERT y BOULANGER, *Traité de Droit Civil daprís le traité de Planiol*, t. II, 1 1957, p. 124.

121 C. Suprema, sent. de 24 de octubre de 1939, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, segunda parte, sec. la, p. 3.

128 C. de Ap. de Santiago, sent. de 8 de julio de 1941, *Revista de Derecho y jurisprudencia*.

t. 39, segunda parte, sec. 2a@ p. 41.

306

es de tres categorías: constitutivo, impeditivo y extintivo. El actor debe precisar y probar el hecho constitutivo de su derecho; el demandado debe probar los hechos extintivos o impeditivos en que basa su excepción". Ahora bien, como explica un comentarista, 129 hechos constitutivos son los que determinan la existencia o validez de una situación jurídica, y pueden ser genéricos, los que convienen a toda relación jurídica (como la capacidad, el consentimiento no viciado, el objeto lícito y la causa lícita de los actos y declaraciones de voluntad), y específicos, los que convienen sólo a determinada relación y la tipifican distinguiéndola de las demás, como la cosa y el precio en la compraventa. Hechos impeditivos son los que (como los vicios del consentimiento) obstan a la validez o eficacia de la relación jurídica: modificativos, los que alteran en su contenido o efectos a esa relación (como el pago parcial), y extintivos, los que hacen desaparecer los efectos del hecho o del acto (como todos los modos de extinguir las obligaciones y derechos). Al que alega una relación jurídica -prosigue el mismo comentarista, toca probar los hechos constitutivos específicos, porque la ley presume los genéricos y, en consecuencia, la falta u omisión de estos últimos debe probar la parte contraria como un hecho impeditivo. La causa es un elemento constitutivo genérico, y por esta razón no necesita probarla el que invoca un acto jurídico para reclamar un derecho; la carga probatoria pesa sobre el que aduce la falta de causa, porque a su respecto es un hecho impeditivo de la relación jurídica, y los hechos impeditivos, como los modificativos y extintivos, debe probarlos el que los alega.

Actos abstractos en la legislación chilena

1419. LA DELEGACIÓN

La delegación es una operación en virtud de la cual el deudor (delegante) encarga a un tercero (delegado) obligarse en su lugar frente al acreedor (delegatario). La definición que resulta de nuestro Código es más lacónica: llámase delegación la sustitución de un nuevo deudor al antiguo, con el consentimiento de éste (art. 1631, No 3'). Por lo general, el delegante es, al mismo tiempo, acreedor del delegado y deudor del delegatario.

La delegación puede ser perfecta o imperfecta. La perfecta, que produce novación, libera al delegante frente al delegatario por la obligación que toma a su cargo el delegado; sólo existe si el acreedor o delegatario expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor (artículo 1635). La delegación imperfecta, que no produce novación, es la que no libera al delegante frente al delegatario, sino lo que lo mantiene obligado al lado del delegado. Dispone el Código Civil, que si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor, se entiende que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto (art. 1635).

129 Emilio RioSEco ENRÍQUEZ, *La prueba ante la jurisprudencia*, Santiago, 1958, números 37 (p. 29) y 49 (p. 35).

307

La delegación es un acto jurídico en que intervienen tres personas e implica dos relaciones fundamentales o subyacentes: la relación entre delegante y delegado y la relación entre delegante y delegatario. La causa verdadera o próxima de la delegación es la de satisfacer estas relaciones fundamentales, que constituyen la causa remota de la misma delegación. Si es necesario que la causa próxima concorra en la formación del acto de delegación, éste será causal; de lo contrario, abstracto. Conforme a nuestro Código Civil, la delegación es causal en cuanto la relación entre delegante y delegatario debe existir, porque si no existe la delegación no vale por carecer de causa y el delegado no queda obligado al acreedor o delegatario. Así se desprende del artículo 1639, que dice: "El que fue delegado por alguien que se creía deudor y no lo era, *no es obligado al acreedor*, y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera, quedando a salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado".³⁰

Pero la delegación es abstracta en cuanto está desvinculado de la relación entre delegante y delegado; esta relación cuya satisfacción es la causa próxima de la delegación, no se toma en cuenta para nada en la delegación misma; es una causa que no se considera como elemento constitutivo de la delegación y, tampoco, para remediar o paralizar las consecuencias de ella frente al delegatario o acreedor; respecto a éste, hay abstracción absoluta. Así ocurre en nuestro Código Civil, según se desprende de su artículo 1638, que dice. "El que delegado por alguien de quien creía ser deudor y no lo era, promete al acreedor de éste pagarle para libertarse de la falsa deuda, *es obligado al cumplimiento de*

su promesa; pero le quedará a salvo su derecho contra el delegante para que pague por él, o le reembolse lo pagado".

1420. ESTIPULACION EN FAVOR DE TERCERO

Es la estipulación en virtud de la cual la prestación que debe efectuar una de las partes (prometiente), en vez de hacerla en provecho de la otra (estipulante), deberá ejecutarla en favor de un tercero (beneficiario), que no ha estado representado en el contrato y, por tanto, es extraño al mismo.

Nuestro Código Civil reconoce ampliamente la estipulación en favor de tercero, al decir: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él" (art. 1449).

La estipulación en favor de otro, entre las partes (prometiente y estipulante), no hay duda de que es un acto causal; su causa será, si se trata de un acto

130 La afirmación de que el pago por el delegado en el concepto de ser verdadera la deuda lo coloca con el delegante en el mismo caso de que si la deuda hubiera sido verdadera, significa que el delegado extingue su obligación para con el delegante. Tal disposición es lógica porque la culpa del pago indebido se debe a culpa de este último.

309

en la que se comprende la fianza en sentido estricto y todo acto de garantía por débito ajeno, incluyendo la prenda o hipoteca en garantía de obligación ajena), por lo que se refiere a las relaciones entre acreedor y fiador son abstractos y formales, en cuanto no se percibe a primera vista, ni es posible decidir "a priori", por qué razón el fiador garantiza al deudor; de suerte que la obligación accesoria contraída por aquél a favor del acreedor es válida, aunque careciera de causa jurídica, sin que éste se vea precisado a inquirir si el fiador estaba o no constreñido por una relación jurídica preexistente, o por motivos poderosos, a prestar su garantía, o lo hacía espontánea y libremente".

La jurisprudencia francesa suele desentenderse del carácter abstracto de la obligación del fiador respecto del acreedor por su afán de "controlar" la licitud de las relaciones. Capitant señala dos fallos en este sentido. Uno, de la Corte de Nancy,¹³⁴ declaró nula la fianza de la especie por tener una causa contraria a las buenas costumbres. Se trataba de un fiador que había garantizado la deuda de una mujer galante únicamente con el fin de obtener la continuación de sus favores y de proseguir las relaciones adúlteras que mantenía con ella; por su lado, el acreedor era un individuo habituado a semejantes operaciones y estaba completamente al corriente de la situación indicada. Como se ve, observa Capitant, los hechos de la causa eran muy desfavorables al acreedor, lo que explica la solución de la Corte, difícilmente defendible, pues ella confunde el motivo con la causa. En la segunda sentencia, el caso era análogo al anterior: un joven había afianzado la deuda de una muchacha galante frente a un acreedor que conocía la situación. La Corte de París³⁵ se negó a declarar la nulidad de la fianza, porque -según dijo en uno de sus considerandos- "la fianza no exige otra causa de obligación que la libre determinación de ejercer un acto de beneficencia; de donde se sigue que una fianza no puede ser impugnada por basarse sobre una causa ilícita, so pretexto de que un motivo contrario a las buenas costumbres habría determinado el otorgamiento de la caución". Más adelante agrega el fallo: "Considerando que el artículo 1131 que anula la obligación que reposa sobre una causa ilícita, no tiene en vista sino la causa final de la obligación, es decir, el fin directo e inmediato que en la especie D. (el fiador) se proponía lograr al obligarse; que la ley no se preocupa de los motivos múltiples y variables que han podido inducir a una parte a contratar; considerando que el acto de liberalidad de D. respecto de la dama C. revela la voluntad de sustraer a la deudora a la acción judicial de W (el acreedor) y constituye la causa jurídica de la obligación; y que la ley no autoriza la indagación del motivo, el contrato celebrado debe ser declarado válido". El fallo, como puede apreciarse, estableció la validez de la fianza, no porque la obligación del fiador fuera abstracta respecto al acreedor, sino porque lo ilícito era el motivo y no la causa.

Las consideraciones que hace la doctrina sobre el carácter abstracto de la obligación del fiador con respecto al acreedor, las extiende a la obligación, frente al acreedor, del que otorga prenda o hipoteca en garantía de una deuda ajena.

134 Sentencia de 12 de noviembre de 1904, mencionada por CAPITANT, obra citada, p. 401.

135 Sentencia de lo de enero de 1905, mencionada por CAPITANT, obra citada, p. 402.

308

oneroso, la función de producir el cambio de prestación y contraprestación ' y si se trata de un acto gratuito, la función consistente en producir un enriquecimiento para el beneficiario. Ahora bien, el derecho del beneficiario nace como efecto del contrato celebrado entre estipulante y prometiende, por lo cual la obligación de este último en favor del beneficiario depende de ese contrato y, por lo mismo, no puede considerarse abstracta. En consecuencia, el prometiende puede oponer al beneficiario las excepciones surgidas del mismo contrato que habría podido invocar contra el estipulante, como la falta de causa o el incumplimiento de las obligaciones de este último.¹³¹

1421. LA FIANZA Y DEMÁS CONTRATOS DE GARANTÍA POR DEUDA AJENA

El Código Civil (art. 2335) expresa que "la fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple". La definición puede aceptarse si se sustituye la expresión "obligación accesoria" por la de "contrato accesorio": la fianza es contrato porque siempre importa un acto jurídico bilateral, celebrado entre el fiador y el acreedor, que genera la obligación para el primero de cumplir la obligación del deudor principal si éste no la cumple. Y como contrato, la fianza es uno unilateral: sólo el fiador se obliga.

Ahora bien, si se considera como causa el fin de garantía, la fianza es indudablemente un acto causal; pero en este acto puede hablarse de causa también en otro sentido, en el del motivo que induce al fiador a asumir la fianza. Esta causa se halla en la relación que media entre deudor y fiador, relación que permanece completamente al margen del contrato de fianza. Desde este punto de vista, se dice que la obligación del fiador respecto del acreedor es abstracta, porque para constituirla no se toma en cuenta la referida relación entre deudor y fiador, que es la que induce a este último a celebrar el contrato de fianza. En consecuencia, el fiador no puede oponer al acreedor las excepciones nacidas de sus relaciones anteriores con el deudor, que son las que constituyen la causa de su obligación.

La jurisprudencia chilena ha declarado que "el pago hecho por el fiador al acreedor es en todo caso válido, pues cualquiera puede pagar por el deudor aun sin el conocimiento o autorización de éste y sin que la causa o motivo determinante del acto deba ser tomado en cuenta por el acreedor en influir en la eficacia del pago".¹³²

En España, una resolución de la Dirección de los Registros¹³³ se ha pronunciado también por la naturaleza abstracta de la obligación del fiador respecto del acreedor. Dice esa resolución: "Los actos de afianzamiento (expresión

¹³¹ HENRI CAPITANT, *De la cause des obligations*, París, 1923, p. 396.

¹³² C. de Ap. de Santiago, sent. de 5 de diciembre de 1898, *Gaceta de los Tribunales*, año 1898, tomo II, número 1127, p. 842 (considerando 41, p. 844).

¹³³ De 31 de julio de 1928, citada por CASTÁN en su *Derecho Civil Español, común y foral*, tomo 1, volumen 2, Madrid, 1955, p. 567.

310

1422. TÍTULOS DE CRÉDITO

El título de crédito ha sido definido como un documento que contiene la promesa de cumplir una prestación a favor de quien lo presente al deudor. En una forma más técnica todavía, se dice que es un documento creado según particulares requisitos de forma y que contiene incorporado el derecho literal y autónomo que menciona.¹³⁶ De esta definición se desprenden sus características, que son las siguientes.

a) La *Incorporación* del derecho mencionado en el documento a éste, lo que significa que por regla general es necesario poseer el documento para ejercitar, transferir y extinguir el derecho mismo.

b) La *literalidad*. El crédito, para la persona que llega a ser titular del mismo, según las leyes de la circulación del documento, es tal cual resulta mencionado en éste; dicho de otro modo: el obligado al pago del crédito incorporado en el documento lo está en los términos escritos en el mismo.

c) La *formalidad*. El título debe cumplir estrictamente con los requisitos de forma prescritos por la ley; de lo contrario no puede desplegar la eficacia que le es propia.

d) *Autonomía*. Esto quiere decir que el título confiere a cada nuevo titular un derecho nuevo,

independiente del anterior titular; de ahí que el deudor no pueda oponer al nuevo titular las excepciones que habría podido oponer al antiguo.

e) *Carácter abstracto*, Es un título abstracto porque está desvinculado de las relaciones entre el deudor de la prestación y el tercero poseedor del título del acto jurídico fundamental o subyacente, o sea, del que dio origen a la emisión o transferencia del documento.¹³⁷

Los autores se apresuran a aclarar que hay títulos de crédito que no son abstractos, sino causales. En estos últimos está enunciado el acto jurídico o la relación subyacente y en ellos el cumplimiento de la prestación prometida está subordinado, incluso frente a terceros, a la suerte y al desarrollo de tal relación. Ejemplos: las acciones de sociedades anónimas, los títulos de depósito de mercaderías y los de transporte de las mismas, como la póliza de carga o conocimiento. Los títulos de crédito abstracto, en cambio, son aquellos en que la relación fundamental no está enunciada en el título y es irrelevante frente al tercer poseedor de buena fe, el cual tiene derecho a la prestación aun si la relación fundamental no subsiste.¹³¹ Ejemplos típicos son la letra de cambio y el cheque bancario.

La emisión o la negociación de los títulos de crédito abstractos tiene lugar por una causa concreta, la relación subyacente, una venta de mercaderías o una entrega de dinero; pero esta causa queda fuera del título, no circula con ella. La desvinculación del título de la causa que le dio nacimiento tiene su razón de ser en la seguridad del tráfico jurídico: protege al acreedor con-

**136 DE SEMO, *Elementi di Diritto Privato*, Milano, 1960, número 613, p. 434.
137 DE SEMO, obra citada, p. 435.**

138 TORRANTE, obra citada, p. 521, nota 4.

311

tra las excepciones, frecuentemente complicadas o ignoradas, que podrían derivarse de la causa, esto es, el acto concreto y fundamental, subyacente del abstracto.

1423. EL CARÁCTER ABSTRACTO DE LOS TÍTULOS DE CRÉDITO EN EL DERECHO CHILENO

Como tuvimos ocasión de verlo oportunamente, la jurisprudencia chilena ha aceptado el carácter abstracto de ciertos títulos de crédito, particularmente el de la letra de cambio.

El profesor don Raúl Varela Varela sostenía que la abstracción de la letra existe sólo frente a los terceros de la relación fundamental, o sea, "cuando entra en juego la seguridad de la circulación de la letra".¹³⁹ Así se desprende de la armonización de los artículos 676, 677 y 704 del Código de Comercio. Esta opinión contradice a la de la Corte Suprema, que en un fallo declaró que "aun entre las partes de la relación fundamental que dio origen a la letra de cambio, ésta no se halla condicionada a aquélla; en consecuencia, la liquidez y la exigibilidad de la obligación cambiaría se determinan exclusivamente por los términos de la letra, con prescindencia de la relación fundamental".¹⁴⁰ Por nuestra parte, pensamos como el malogrado profesor Varela: de acuerdo con nuestra legislación positiva, la letra de cambio sólo es abstracta frente a los que son terceros de la relación fundamental; pero no entre las partes de ésta. Luego, si la obligación cambiaría tiene por sujetos, activo y pasivo, a los mismos que son partes de la relación fundamental que le ha servido de causa, entre ellos aquella obligación está condicionada, en cuanto a su liquidez y exigibilidad, por dicha relación fundamental.

En relación con el cheque, en el año 1996 la jurisprudencia ha emitido doctrinas contradictorias. En efecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso afirma que por ser el cheque autónomo, literal y abstracto, la suerte de él como orden de pago no está condicionada al cumplimiento o incumplimiento del contrato que dio origen a ese documento.¹⁴¹

Por su lado, la Corte Suprema declara que aun cuando el cheque tiene un carácter eminentemente autónomo, la parte que lo emitió, frente a la cual lo recibió en pago, puede probar que ésta no cumplió el contrato celebrado entre ambas, y que dio origen al cheque, por lo que el mismo no da mérito para dictar auto de procesamiento en contra de su girador.¹⁴²

¹³⁹ VARELA, *Derecho Comercial*, t. II, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1966, p. 125.

110 Sentencia de 9 de marzo de 1961, *Fallos del Mes*, N° 28, p. 5, sentencia N° 4. El fallo se logró por una mayoría de cuatro contra tres. También aparece publicado en la *R. de D. y J.*, tomo 58, sec. la@ p. 29.

141 C. de Apelaciones Valparaíso, 18 de marzo de 1996, *Gacetajurídica* NO 189, sent. 2, p. 93 (cons. 5, p. 94).

141 C. Suprema, 28 de marzo de 1996, *Gacetajurídica* N° 189, sent. 2, p. 93.

312

5. LAS FORMALIDADES

1424. DIVERSAS CLASES DE FORMALIDADES

Las formalidades son los requisitos externos con que algunos actos, según la ley, deben celebrarse.

Los actos a los cuales la ley no exige formalidad alguna, se llaman *consensuales o noformales*, y los que por el contrario, deben llenar determinada forma, reciben el nombre *deformales*.

Hay diversas especies de formalidades que llevan aparejadas sanciones también diversas: cabe distinguir las solemnidades, las formalidades habilitantes, las formalidades "ad probationem" y las medidas de publicidad. La violación de cada una produce, respectivamente, nulidad absoluta (inexistencia jurídica, según otros), nulidad relativa, privación de un medio de prueba, responsabilidad pecuniaria e ineficacia respecto de terceros (inoponibilidad por falta de publicidad substancial).

a) Las *solemnidades* son los requisitos externos prescritos por la ley como indispensables para la existencia misma del acto; son las formas en que, en ciertos actos, debe expresarse el consentimiento para que se considere dado. Su omisión produce la inexistencia o nulidad absoluta del acto.

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

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

a) *Autorización* es el permiso que da el representante legal de un incapaz o la autoridad judicial para que éste celebre un acto jurídico. Así, por ejemplo, todos los actos que los menores adultos no están facultados por la ley para celebrarlos por sí solos, deben hacerlo con la autorización del padre o madre bajo cuya patria potestad viven; igualmente los sometidos a guarda, deben celebrar dichos actos con la autorización de su guardador (C. Civil, arts. 240 inciso 6-, 253, 254, 439).

A veces, la formalidad habilitante la necesita directamente el representante legal. Así, el padre, que es el representante legal del hijo de familia, no puede enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, sin autorización del juez con conocimiento de causa (C. Civil, art. 255). 143 Con esta autorización se tiende a salvar la carencia de poder de disposición del padre respecto de esos bienes del hijo, habilitándolo para realizar la enajenación o gravamen de los mismos.

b) Como su nombre lo indica, la *asistencia* no es sino la concurrencia del representante legal al acto que el incapaz celebra, colocándose jurídicamente

143 La Ley No 14.171, de 26 de octubre de 1960, suprime la autorización judicial si se hipotecan bienes situados en la zona de los sismos de 1960 para garantía de ciertos préstamos.

313

al lado de éste. El representante legal o protector que asiste al incapaz está presente en los actos que éste concluye o en los procesos en los cuales es parte.

La asistencia y la autorización suponen la actuación del propio incapaz, y sólo difieren en que la primera es un asentimiento dado de antemano y la segunda uno coetáneo al acto mismo. Pero prácticamente son la misma cosa: un asentimiento del protector del incapaz.

Nuestro Código Civil, en algunas disposiciones, hace la separación teórica entre autorización y asistencia, o intervención del protector como él la denomina. Por ejemplo, el artículo 413 del Código Civil, después de declarar que "habiendo muchos tutores o curadores generales, todos ellos autorizarán de consuno los actos y contratos del pupilo", agrega: "pero en materias que, por haberse dividido la administración, se hallen especialmente a cargo de uno de dichos tutores o curadores, bastará la *intervención o autorización* de éste solo". En otras disposiciones el Código Civil mira la asistencia o intervención como una forma de autorización. Tratándose de la enajenación de los bienes raíces sociales por el

marido, la mujer puede autorizarlo por escrito o *interviniendo* expresa y directamente de cualquier modo en el acto (C. Civil, art. 1749 y inc. 7).

c) *Homologación* es la aprobación por la autoridad judicial de un acto ya celebrado, previo control de su legitimidad. Sólo después de este control y la sucesiva aprobación, el acto otorgado o celebrado adquiere eficacia. Un ejemplo típico es el de la partición en que tienen interés personas ausentes que no han nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría: terminada la partición es necesario someterla a la aprobación judicial (C. Civil, art. 1324). Precisamente, el juez debe examinar si se han respetado las exigencias legales que tienden a resguardar los intereses de las personas protegidas por la ley; 144 en caso de que llegue a conclusión afirmativa, aprueba el laudo; de lo contrario, lo modifica en la forma que estime adecuada. Mientras el laudo no recibe confirmación por resolución ejecutoriada, la partición no adquiere el carácter de firme ni, por ende, eficacia.

Las formalidades de prueba están constituidas por determinadas formas que sirven como el principal medio de prueba del acto. Si no se emplean, el legislador priva al acto de determinado medio de prueba. Ejemplo: sabido es que los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarios deben constar por escrito, y si no, no pueden probarse por testigos (artículo 1709); quedan privados de este medio probatorio.

c) Las *medidas de publicidad* admiten una clasificación: de simple noticia y substancias. Las primeras tienen por objeto llevar a conocimiento de los terceros "in genere" las relaciones jurídicas que puedan tener interés en conocer. Las segundas tienen por objeto no sólo divulgar los actos jurídicos sino también precaver a los llamados terceros interesados, que son los que están o

144 "Antes de resolver el juez debe enviar los antecedentes en vista al Defensor de Menores y Ausentes, y con su informe, aprueba o modifica la partición" (STOEHREL Y MUÑOZ, *Procedimiento Civil. Juicios Especiales*, 5a edición, Santiago, 1954, p. 97).

314

estarán en relaciones jurídicas con las partes, ya sea por su propia voluntad o por la de la ley. 145

La falta de publicidad-noticia sólo tiene por sanción la responsabilidad de la persona que debió hacerla y no la hizo; debe indemnizar a aquel que sufrió un perjuicio a causa de la infracción. Esta responsabilidad deriva de un cuasidelito y se funda en el artículo 2314 del Código Civil.

La publicidad-substancial tiene una sanción más severa: la ineficacia del acto respecto de terceros, esto es, una inoponibilidad.

d) Finalmente, entre las formalidades pueden agregarse *las fiscales*, que no son otra cosa que "exigencias exteriores que tienden a asegurar la percepción de impuestos establecidos con ocasión de actos jurídicos o de procedimientos". Encontramos ejemplos en la Ley de Timbres y Estampillas. Dichas formalidades nada tienen que ver con la perfecta generación del acto y, generalmente, se sancionan con multas; pero muchas veces se niega valor al acto mismo como un medio de forzar al pago del gravamen.

Las formalidades pueden ser de diversa índole; instrumentos públicos, privados, presencia de funcionarios públicos, de testigos, medidas de publicidad (aviso en los diarios, inscripción en registros), etc.

1425. ACTOS SOLEMNES Y ACTOS NO SOLEMNES

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

Actos no solemnes son aquellos en que la voluntad o el consentimiento puede expresarse en cualquier forma; la ley no impone solemnidad alguna para considerar existente el acto.

Si un acto solemne se celebra sin cumplir con la solemnidad prescrita por la ley, el acto es inexistente o nulo absolutamente (Código Civil, artículo 1682).

1426. 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. Así sucede con la compraventa de cosas muebles, cuando se pacta que se hará por escrito.

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

Pero un acto solemne por mandato de la ley no es lo mismo que uno que lo es por voluntad de las partes: si en el primer caso faltan las solemnidades,

315

el acto es inexistente o nulo absolutamente; en cambio, en el segundo caso, el acto puede producir efectos aun cuando no se cumplan las formalidades, si se ejecutan hechos que importen renuncia a éstas.

1427. EL FORMALISMO EN EL DERECHO

Llábase *formalismo* el régimen en virtud del cual la ley establece las formas que deben observarse en la celebración de los actos jurídicos.

En la antigüedad puede decirse que constituía el principio dominante en las legislaciones. La simple manifestación de voluntad no era capaz de producir efectos jurídicos. Debía rodearse de ciertas formas más o menos complicadas y simbólicas. Y así era no sólo en el Derecho Romano sino en cualquier otro. Por ejemplo, en el antiguo Derecho Alemán era necesario pronunciar *palabras solemnes* y realizar *actos típicos*; el acto jurídico debía ser audible y sobre todo visible, porque "se cree más a los ojos que a las orejas". Los actos típicos eran al mismo tiempo símbolo que hacían visible la voluntad, y al efecto se usaban objetos simbólicos (guante, espada, llave, varita o *festuca*) o la realización de actos significativos, como el coger, arrojar o romper algo, hincarse de rodillas, darse un apretón de manos, etc.

Hoy en día el principio dominante es el de la *autonomía de la voluntad*, según el cual los particulares pueden reglamentar sus relaciones jurídicas libremente; pueden establecer en sus convenios las cláusulas que estimen convenientes y sujetarse a las formas que les plazca o no ajustarse a ninguna. En una palabra, los individuos pueden crear su propio derecho, teniendo como límites sólo el orden público y las buenas costumbres.

Dos causas principales han contribuido a desterrar el formalismo: las *necesidades del comercio* y el progreso de la *cultura intelectual*. Las operaciones comerciales requieren para su realización sencillez y rapidez, a lo cual es óbice la complicación del formalismo. Pero esta primera causa no habría sido suficiente si el progreso de la instrucción y la vulgarización de la *escritura* no hubieran permitido el empleo de pruebas simples. Las antiguas formas simbólicas no tenían tan sólo por objeto aclarar la esencia del acto jurídico verbal (objeto importantísimo en aquellos pueblos incapaces de concebir las abstracciones del derecho), también servían para probarlo: graban su recuerdo en la memoria de los testigos. Mas, la escritura hizo que aquellas formas llegaran a ser algo inútil. Desde esos lejanos tiempos el acto consensual ha efectuado una marcha de invasor, penetrando en los dominios de las solemnidades primitivas.¹⁴⁶

1428. SUBSISTENCIA DE ALGUNOS ACTOS SOLEMNES EN EL DERECHO MODERNO

Pero no se crea que el formalismo ha desaparecido del derecho moderno. Todavía subsiste y jamás ha de desaparecer completamente, porque junto a sus inconvenientes están sus ventajas velando por su permanencia en el mundo jurídico.

146 PLANIOL, obra citada, tomo I.

316

En efecto, la forma contribuye a que las partes mediten bien sus resoluciones y no se precipiten a tomarlas antes de tiempo; aumenta la claridad y precisión de las declaraciones; facilita y asegura la prueba, tanto entre las partes como respecto de terceros.

El formalismo moderno no presenta el mismo carácter del antiguo. En el Derecho Romano, al menos el de los primeros tiempos, la forma constituía la esencia misma del acto; hoy se tiende a exigirla, no como elemento de existencia o validez del acto, sino como medida de publicidad en favor de los terceros.

La ausencia de formas ofrece, pues, ciertos peligros, ya desde el punto de vista de la conclusión del acto en sí mismo, ya de la seguridad de las personas interesadas en conocerlo, ya, en fin, desde el punto de vista de las comprobaciones a que puede dar lugar el acto en lo sucesivo. De aquí que existan algunos actos jurídicos importantes para los cuales la ley impone formas solemnes, sea para proteger al interesado contra una determinación demasiado rápida o irreflexiva, sea para defenderlo contra cualquier abuso de influencia que se quiera ejercer sobre él, y salvaguardar su independencia, sea, en fin, para asegurar la buena redacción y conservación del acto. Los actos de este género se denominan, según sabemos, *actos solemnes*; son bastante numerosos en nuestro Derecho. 147

En el Derecho de Familia todos los actos son solemnes. Así, por ejemplo, el matrimonio debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil y dos testigos (Ley de Matrimonio Civil, artículo 16 y Ley 4.808, sobre Registro Civil, artículo 34); la adopción, fuera de ser autorizada por la justicia ordinaria, debe otorgarse por escritura pública en la cual conste el consentimiento del adoptante y la aceptación del adoptado (Ley N° 7.613, de 21 de octubre de 1943, sobre adopción, artículo 5°); el reconocimiento de hijo natural debe hacerse en escritura pública, en la inscripción de nacimiento del hijo o en acto testamentario (Código Civil, artículo 272, inciso 1°), etc.

Por el contrario, en el Derecho Patrimonial los actos solemnes constituyen excepción. Entre éstos podemos citar la venta de bienes raíces, servidumbres y censos, y la de una sucesión hereditaria que no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se haya otorgado escritura pública (artículo 1801, inciso 2°); las capitulaciones matrimoniales, que deben otorgarse en todo caso por escritura pública y subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial (artículo 1716); el testamento, que puede ser más o menos solemne (artículos 999 y siguientes), etc.

1429. ¡LA SOLEMNIDAD EN LOS ACTOS SOLEMNES ES, POR REGLA GENERAL, LA ÚNICA MANERA DE PROBAR SU EXISTENCIA

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

"" COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo I, p. 159.

317

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

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

Pero, excepcionalmente, como veremos en su oportunidad, hay ciertos actos solemnes que pueden probarse por otro medio que su solemnidad. Nos referimos a los actos constitutivos del *estado civil*.

1430. LAS SOLEMNIDADES SON DE DERECHO ESTRICTO

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

CAPITULO XLIII INEFICACIA DE LOS ACTOS JURIDICOS

A. GENERALIDADES

1431. a) INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO

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

Cuando la causa que priva de efectos al acto consiste en un defecto intrínseco hay invalidez del acto; la ineficacia resulta, pues, consecuencia de la invalidez. Es inválido y, por ende, ineficaz, el contrato celebrado por un incapaz, o aquel en que el consentimiento ha sido prestado por error. Nadie duda de que debe calificarse de inválido el acto en que uno de sus elementos constitutivos está viciado. Pero, ¿puede comprenderse dentro de la invalidez la inexistencia jurídica?, o sea, la omisión de un requisito

esencial para la existencia de un acto jurídico, como sería, por ejemplo, la falta de consentimiento. No, responden algunos. La inexistencia jurídica no puede comprenderse en la noción de invalidez, pues sólo un acto existente puede ser válido o inválido. Otra cosa es que ciertas legislaciones positivas no reconozcan como distinta la inexistencia jurídica de una de las formas de invalidez, como es la nulidad absoluta. Según otros, si bien la anterior discriminación es lógica, por comodidad de lenguaje y mirando el asunto desde un punto de vista práctico en las legislaciones que sancionan también con una nulidad, la absoluta, la inexistencia jurídica, justificase que la invalidez abrace también a ésta.

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

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

1432. b) INEFICACIA EN SENTIDO ESTRICTO

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

La ineficacia en sentido estricto tiene relieve autónomo; no depende de la invalidez del acto y ella es muy genérica: abarca una multitud tal de casos que no es posible ni tampoco interesante estudiarlos todos. Sólo conviene expresar que las causas de esa ineficacia son diferentes y protegen intereses diversos; las hipótesis que generalmente se analizan son las de suspensión, resolución, revocación, caducidad e inoponibilidad.

1433. ORDEN EN EL ESTUDIO

Dentro de las causas de ineficacia en sentido lato, primero ha de analizarse la inexistencia jurídica y la nulidad; después corresponde concentrar la atención en la ineficacia en sentido estricto y en sus principales figuras, recién enumeradas.

B. INEXISTENCIA JURIDICA Y NULIDAD

1. Preliminares

1434. AcTos PERFECTOS Y ACTOS IMPERFECTOS

Según que se hayan cumplido o no los requisitos de existencia y validez, los actos son perfectos o imperfectos.

Estos últimos pueden ser inexistentes, nulos absolutamente o nulos relativamente.

1435. NoCIÓN GENERAL SOBRE LAS DIVERSAS SANCIONES

Cuando se o"te una condición de existencia, el acto es, ante el Derecho, *inexistente*. En este caso, ha dicho la jurisprudencia francesa, se está ante una apariencia, un malentendido, ante una "tentativa" de acto más que ante un acto, y de una tentativa abortada; podría decirse que el acto ha nacido muerto y desprovisto, por lo tanto, de existencia legal.'

Si un acto se otorga o celebra con prescindencia de una de las condiciones de validez, es *nulo*. Y esta nulidad puede ser de dos clases, *absoluta*, si la omisión es de un requisito que se exige en consideración al acto en sí mismo, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan y *relativa*, si la omisión es de un requisito exigido en atención a la calidad o estado de esas personas.

'JOSSERAND, obra citada, tomo I, p. 104.

321

1436. IMPORTANCIA DE LAS DISPOSICIONES SOBRE NULIDAD

El Código trata de la nulidad y la rescisión en el Título XX del Libro IV (artículos 1681 a 1697). Sus disposiciones se aplican a cualquier acto jurídico, sea un; o bilateral, a menos que haya una disposición expresa que consulte otra sanción que la general ahí contemplada.

Las normas sobre nulidad son de *orden público*. En consecuencia, no admiten la derogación de las partes.

1437. FUNDAMENTO DE LA NULIDAD

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

1438. TEORÍA CLÁSICA SOBRE LAS NULIDADES Y TEORÍAS NUEVAS

La teoría clásica agrupa las sanciones de los actos que no cumplen con los requisitos exigidos, en dos grandes categorías: inexistencia y nulidad, subdividiendo esta última en absoluta y relativa. Resuelve en bloque las cuestiones que se propone solucionar: casos en que se puede intentar una acción de nulidad, personas que pueden invocar la nulidad absoluta y la nulidad relativa, cuando procede la confirmación y la prescripción de un acto nulo, etc.

Pero autores modernos han hecho serios reparos a esta manera de tratar el asunto. Algunos, como Bonnetcase, se limitan a adoptar la misma teoría clásica, pero con ciertas modificaciones; otros son más radicales y proponen nuevas teorías para llenar los vacíos de la primera. Entre éstos merecen citarse a Piedelievre con su obra *Des effets produits par les actes nules. Essai d'une théorie d'ensemble*, y a Japiot, que expone sus concepciones en su libro *Des nullités en matière dactesjuridiques. Fssai d'une théorie nouvelle*.

Japiot, en esencia, sostiene que las grandes cuestiones más arriba apuntadas no deben tratarse en conjunto para cada género de nulidades, sino en forma separada; que las nulidades deben considerarse como un accesorio de las reglas jurídicas; que estas reglas deben estudiarse concretamente para ver lo que el legislador ha querido en cada caso y de ahí deducir la sanción que corresponda con las modalidades que se avengan con la norma infringida particularmente. En una palabra, propone una teoría más especializada de las nulidades, que lleva a conclusiones diversas de la teoría clásica y más adecuadas a la naturaleza de cada norma.

Como nuestro Código se ciñe a la teoría clásica, lógicamente ajustaremos a ésta el análisis de sus disposiciones.

2. La inexistencia jurídica

1439. CONCEPTO

Como ya dijimos, la inexistencia es la sanción que tienen los actos jurídicos celebrados con omisión de uno de los requisitos exigidos para su existencia

322

jurídica. En otras palabras, el acto es inexistente cuando falta el consentimiento, el objeto, la causa o las solemnidades establecidas para la existencia del acto. Y, todavía, puede decirse que acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de tal manera que no corresponde a la definición genérica que para él da la ley.² Y así, no puede haber una compraventa sin precio, una sociedad sin que se ponga algo en común, etc.

1440. ORIGEN DE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA JURÍDICA

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

Más tarde, extendiéndose la noción de la inexistencia a los actos patrimoniales.

1441. DIFERENCIAS ENTRE LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD

La inexistencia jurídica presenta diferencias con la nulidad. Las más salientes, en concepto de los autores, son las que siguen.

1) La nulidad debe ser declarada por los tribunales de justicia; la inexistencia, no. Pero en ambos casos debe recurrirse a los tribunales.

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

la misma manera que el dueño de una cosa singular cuya posesión le ha sido arrebatada.

2 JOSSE@D, obra citada, tomo I, p. 104.

323

2) El acto inexistente no produce efecto alguno; en cambio, el acto nulo, mientras su vicio no se declara judicialmente, produce todos sus efectos.

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

4) El acto inexistente no puede ratificarse por la voluntad de las partes, porque la nada no puede, mediante la confirmación, devenir en existencia; la nada confirmada continúa siendo la nada. La nulidad relativa puede sanearse por la ratificación de las partes (artículo 1684, inciso 20). Pero la nulidad absoluta, al igual que la inexistencia, no puede sanearse por la ratificación de las partes. El motivo de la imposibilidad es distinto. Sabemos ya el de la inexistencia; digamos ahora el de la nulidad absoluta; ésta no puede sanearse por la ratificación porque es una institución de orden público, establecida, no en interés de las partes, sino en el de la moral y de la ley.

5) La nulidad puede alegarse como acción o excepción; la inexistencia sólo como excepción.

"La acción de nulidad de un contrato, dice el tratadista italiano Francisco Ricci, puede constituir el objetivo de un juicio, mientras que ninguna acción existe para hacer declarar la inexistencia de un contrato. El contrato inexistente, en efecto, equivale a la nada, y ¿puede ser, acaso, la nada objeto de una acción y constituir materia de un juicio? Pero si la inexistencia de un contrato no puede pedirse, por medio de una acción, puede deducirse como excepción contra el acto (demandante), porque en esta hipótesis el objetivo del juicio lo constituye la demanda del actor y se conoce de la existencia del contrato, no para fallar sobre ella principalmente, sino para juzgar de su procedencia como medio de rechazar la pretensión de la parte contraria".

Para precisar cómo debe invocarse la excepción de inexistencia es menester distinguir dos situaciones: a) el acto jurídico considerado inexistente no se ha cumplido, y b) el acto inexistente aparece produciendo efectos, como si en la venta de un bien raíz hecha por escritura privada o verbalmente, el inmueble hubiera sido materialmente entregado al que se dice comprador. En el primer caso, la parte interesada en la inexistencia del acto jurídico de que se trata, deberá esperar que se pretenda obtener su cumplimiento, por la otra; una vez perseguido dicho cumplimiento ante los tribunales, ha de sostener que el acto o contrato no existe ni ha existido. En el segundo caso, el interesado deberá proceder en la misma forma que si otro, no mediando contrato alguno, hubiere tomado posesión material de su bien raíz; deducida la acción correspondiente que se dirija a obtener que ese extraño sea desalojado de su dominio.³

6) Una diferencia importante entre la inexistencia y la nulidad dice relación con las personas que pueden alegar una y otra. Desde luego, la nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionantes (artículo 1684, inciso lo); la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto

3 ENRIQUE ORTÚZAR ESCOBAR, De la inobservancia de la ley en relación con los actos jurídicos (Memoria de Prueba), Santiago, 1938, pp. 123 y 124.

324

por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (artículo 1683); los socios, de acuerdo con el artículo 360 del Código de Comercio, no pueden alegar la nulidad del contrato de sociedad, ni por vía de acción, ni por vía de excepción, después de disuelta la sociedad de hecho. Estas excepciones sólo pueden tener lugar tratándose de la nulidad y por su misma naturaleza no pueden aplicarse a los casos de inexistencia .4

En resumen: la nulidad relativa es la sanción que por menos personas puede invocarse; la absoluta, séanos permitido decirlo, puede invocarse por *casi todas* las personas que tienen interés en ello, y la inexistencia pueden alegarla absolutamente todos.

7) La nulidad, sea absoluta o relativa, una vez judicialmente declarada, produce efectos sólo con relación a las partes en cuyo favor se ha decretado. Así lo dispone el artículo 1690, al decir que "cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras". Resulta evidente, afirma Baudry-Lacantinerie, que esta disposición no podría extenderse a la inexistencia, la cual una vez "constatada" judicialmente, permite a todo interesado aprovecharse de ella . 5

8) Finalmente, anotaremos que el acto nulo es susceptible de "conversión"; pero no el acto inexistente. Esta diferencia no es sino una consecuencia de la que señalamos en el N° 3, o sea, que el acto nulo produce efectos legales, mientras su vicio no se declara, al paso que el acto inexistente no produce efecto alguno.

La conversión consiste en que ciertos actos pueden subsistir como válidos, pero con un carácter diferente. Como ejemplo, podemos citar el caso contemplado en el inciso 2° del artículo 1701, que expresa: "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 estuviera firmado por las partes". De acuerdo con esta disposición, el instrumento público nulo por incompetencia del funcionario o por otro defecto en la forma, salvo los casos en que es exigido por vía de solemnidad, es válido como instrumento privado si estuviera firmado por las partes. Ahora, si el instrumento no existe o no ha sido firmado por las partes, circunstancia que respecto a éstas constituye verdadera inexistencia del instrumento, no hay lugar a la conversión (6) porque la nada por sí misma no puede transformarse en algo existencias.

Como vemos, algunas diferencias no son muy claras y otras carecen de relieve práctico.

4 E. ORTÚZAR, obra citada, p. 125.

5 BAUDRY-LACANTINERIE (*Précis de Droit Civil*, tomo 11, NO' 387 y 388), citado por ORTÚZAR en la p. 125 de su Memoria.

6 E. ORTÚZAR, obra citada, p. 134.

325

1442. ¿DISTINGUE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO LA INEXISTENCIA

Y LA NULIDAD ABSOLUTA?

Los autores no están de acuerdo sobre este punto. Don José Clemente Fabre⁷ y don @uro Alessandri Rodríguez⁸ entre otros, niegan que dentro del Código se haga la distinción entre actos nulos e inexistentes. Don Luis Claro Solar,⁹ don Enrique Rossel'O y Pablo Rodríguez" son los de la opinión contraria. El campo de la jurisprudencia también está dividido, ¹² aunque la mayoría de las sentencias se inclina por comprender los casos de inexistencia dentro de los de nulidad.

1443. ARGUMENTOS DE LOS QUE NIEGAN LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA DENTRO DE NUESTRO CÓDIGO

Según Alessandri (fallecido a comienzos de 1970), nuestro Código sólo conoce la nulidad absoluta y la relativa, comprendiendo los actos inexistentes entre los actos nulos de nulidad absoluta. Razones para pensar de este modo son las que siguen.

Así lo da a entender el artículo 1682 cuando dice que es nulidad absoluta "la producida por la

omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan", con lo cual quedan englobados todos los requisitos que se exigen, tanto para la validez como para la existencia de los actos jurídicos.

2a El Código Civil no se ha ocupado siquiera de reglamentar los efectos que produce la inexistencia del acto, de manera que los actos que en doctrina

7 FABRES, *Obras Completas*, tomo III, pp. 81 a 120.

8 Alessandri Rodríguez en sus explicaciones de clases; ALESSANDRI BESA, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, 2ª edición, s/f, tomo I, N° 6, p. 7, N° 195, p. 182, NI 439 a 448, pp. 391 a 409.

9 El señor CLARO sostiene la teoría de la inexistencia en los tomos)U y XII de su obra ya citada. Véase especialmente este último tomo (editado a fines de julio de 1939), pp. 580 y siguientes.

10 *Teoría de las nulidades*, Memoria de Prueba, Santiago, 1926.

11 *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil chileno*, Santiago, 1995. En esta obra Pablo Rodríguez reformula la teoría de la inexistencia y la nulidad. Distingue las nulidades originarias y las virtuales. Agrupa las primeras en radicales o por inexistencia legal y nulidades textuales. También diferencia dos clases de nulidades virtuales: nulidades absolutas y nulidades relativas o rescisión. Afirma que "tanto las nulidades originarias como las virtuales suponen la presencia de un acto o negocio jurídico que existe, esto es, que reúne los requisitos estructurales o esenciales para que tenga jurídicamente realidad. La nulidad excluye, por lo mismo, los actos incompletos o meramente tentados, todos los cuales adolecen de inexistencia. Tanto la validez como la nulidad constituyen una categoría sólo aplicable a lo jurídicamente existente. Carece de todo sentido aplicar aquellas a lo que no tiene realidad en el derecho" (p. 327, N, 6).

12 Puede verse al respecto la Memoria de ENRIQUE RODRÍGUEZ SALAZAR, intitulada *De la nulidad civil ante la jurisprudencia*. Parte general: Sistema de la inexistencia jurídica y de la nulidad civil. Santiago, 1938.

326

son inexistentes, entre nosotros son nulos de nulidad absoluta. Es cierto que hay algunas disposiciones del Código Civil que permiten dar margen a la creencia de que en Chile también tiene cabida la teoría de la inexistencia jurídica. Así, el artículo 1460 dispone que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer; pues bien, este precepto ha hecho pensar a algunos que significa que no puede haber declaración de voluntad sin objeto, y que una declaración sin objeto sería inexistente. Análogo argumento se hace en presencia del artículo 1467, que expresa que "no puede haber obligación sin una causa real y lícita"; del artículo 1701, según el cual "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirla a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Los que sostienen la teoría de la inexistencia dentro de nuestro Código, estiman que los citados artículos consideran los actos a que se refieren, como si nunca hubieran existido.

Lo cierto es que todas estas disposiciones, traducción fiel de las pertinentes del Código francés, pueden dar margen para sustentar la teoría de la inexistencia jurídica. Pero llegando al título de la nulidad y la rescisión (nulidad relativa), que es el título en que la ley se encarga de reglamentar los efectos que produce la omisión de los requisitos exigidos para las declaraciones de voluntad, la doctrina de la inexistencia no halla asidero alguno, porque únicamente distingue y reglamenta la nulidad absoluta y la nulidad relativa, como desde el comienzo lo deja en claro el artículo 1681. Este precepto, concluye el señor Alessandri, es, entonces, el desmentido más convincente a los que sostienen la teoría de la inexistencia.

3 a El legislador declara absolutamente incapaces a los dementes, a los impúberes y a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Con esto nos manifiesta que, en su concepto, dichas personas están totalmente privadas de razón, y que por consiguiente, el requisito de la voluntad no existe en los actos que ellos ejecutan; dichos actos son inexistentes por falta de voluntad. Ahora bien, el artículo 1682 dice que hay *nulidad absoluta* en los actos y contratos de los absolutamente incapaces. ¿No está demostrando esto que dentro de la nulidad absoluta engloba el legislador también los actos inexistentes?

1444. ARGUMENTOS DE LOS QUE AFIRMAN LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA DENTRO DE NUESTRO CÓDIGO

Don Luis Claro Solar (fallecido el 19 de julio de 1945), uno de los sostenedores más notables de la teoría de la inexistencia dentro del Código, apoya su manera de pensar en los siguientes argumentos.

1' De los artículos 1444 y 1681 se desprende claramente que el legislador chileno distingue la inexistencia de la nulidad. El primero de los preceptos citados "dice que si falta una de las cosas esenciales al perfeccionamiento de un contrato como tal, *no produce efecto alguno*, o degenera en otro

contrato dife-

327

rente: no dice que el contrato a que falte ese requisito esencial, sea nulo". El artículo 1681 expresa que "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe *para el valor* mismo del acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes: no expresa que el acto o contrato sea nulo si falta alguno de los requisitos exigidos *para su existencia*, sino que se refiere a requisitos prescritos para el *valor, para la validez, del acto o contrato*".¹³

La distinción entre la inexistencia y la invalidez o nulidad, continúa el señor Claro Solar, aparece de manifiesto en muchos artículos del Código: 1701, 1801, 1802, 1809, 1814, 2027, 2055, 2057, etc. Veamos algunos.

El artículo 1701 dice que "la falta de instrumento público, no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y *se mirarán como no ejecutados o celebrados* aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno". Exigido como solemnidad para el perfeccionamiento del acto o contrato el instrumento público, si falta éste, no existe el acto ante la ley y debe mirarse, no como nulo, como defectuoso, sino como no ejecutado el acto o no celebrado el contrato; los interesados nada han hecho, aunque se comprometan a reducirlo a escritura pública dentro de determinado plazo, bajo cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno porque no puede garantizar un acto o contrato que no tiene existencia, que no puede producir efecto civil alguno. Del mismo modo, el artículo 1801, después de establecer que la "venta se reputa *perfecta* desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio", 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": la solemnidad de la escritura pública es requerida para el perfeccionamiento del contrato, para su existencia ante la ley,¹⁴ En el contrato de sociedad expresa igualmente el artículo 2055, que "*no hay sociedad*, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero". Este requisito es esencial a la existencia de la sociedad, como también lo es la participación de beneficios: no se trata de una sociedad nula, cuya nulidad absoluta sea necesario declarar para que cesen los efectos del contrato, sino de una sociedad que carece de existencia jurídica.¹⁵

"En todos estos casos, pues, la ley se refiere a la existencia del acto o contrato y establece que ese acto o contrato no ha llegado a perfeccionarse; no es tal acto o contrato, y no lo califica de nulo, porque lo que no existe no es válido o nulo, sino que es la nada".¹⁶

2" Refiriéndose al argumento que dan los que niegan la teoría de la inexistencia en cuanto a que el Código sólo reglamenta la nulidad y la rescisión,

13 L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo XII (tercero y último de las *Obligaciones*), pág. 582.

14 L. C@O SOLAR, obra citada, tomo XII, pp. 588 y 589.

15 L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo XI, p. 16.

16 L. C@O SOLAR, obra citada, tomo XII, p. 589.

328

sin preocuparse de la inexistencia de los actos, el señor Claro Solar afirma que "es cierto que el Código habla especialmente de la nulidad de los actos jurídicos al tratar de la declaración de nulidad y de la rescisión como medio de extinguir las obligaciones, pero esto no significa que los actos inexistentes queden comprendidos entre los actos nulos, pues los actos inexistentes no producen obligaciones y no puede, por lo mismo, tratarse de la extinción de las obligaciones con respecto a tales actos que no las producen. Cuando el artículo 1681 expresa que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes, y el artículo 1682 califica de *absoluta* la nulidad producida por un objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, *da por supuesto* que se trata de actos o contratos existentes, de actos o contratos que han llegado a perfeccionarse y producir obligaciones y que tienen objeto y causa. Por eso la falta de instrumento público en los actos o contratos en que la ley requiere esa solemnidad para su perfeccionamiento jurídico, hace que se miren según el artículo 1701, como no ejecutados, o celebrados, no como nulos: la falta de la solemnidad impide la existencia y el acto o contrato no podría convalecer aun transcurrido el lapso de diez años que hace prescribir la acción de nulidad".¹⁷

3' Respecto de la consideración relativa a que el Código sanciona con la nulidad absoluta los actos y contratos de los absolutamente incapaces, debiendo sancionarlos con la inexistencia, si distinguiera ésta de la nulidad, el señor Claro Solar justifica el temperamento adoptado por el legislador en los siguientes términos: "La incapacidad absoluta o natural de los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito proviene de su falta de discernimiento e imposibilidad de tener y manifestar una voluntad consciente. En el hecho, estas clases de personas no consienten en el acto o contrato que ejecutan, no pueden dar a conocer su verdadera voluntad y podría decirse que falta en el acto o contrato el consentimiento y no puede perfeccionarse; pero como pueden aparentemente

consentir, la ley expresamente declara que adolece de nulidad absoluta el acto o contrato de las personas absolutamente incapaces, y había dicho ya que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución" (artículo 1447). 18

otro sostenedor de la teoría de la inexistencia justifica de manera diferente la sanción impuesta por el legislador a los actos de los absolutamente incapaces: "Por lo demás, dice, si el legislador bien pudo privar de todo valor la declaración de voluntad de estos incapaces, no pudo desconocer que la hacen y en algunos casos con discernimiento y voluntad. De aquí que haya preferido no establecer la inexistencia directa del acto o contrato que celebren.19

17 L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo XI, pp. 20 y 21.

18 Obra citada, tomo I, pp. 600 y 601.

19 E. ORTÚZAR, obra citada, p. 111.

329

1445. CONCLUSIÓN

Podemos concluir que tanto la teoría de los que afirman la inexistencia dentro de nuestro Código como la de los que la niegan, cuentan con razones muy poderosas que hacen difícil pronunciarse por uno u otro bando.

Debemos decir, sí, que la diversa justificación que los partidarios de la inexistencia dan a la sanción establecida para los actos de los absolutamente incapaces, que es un fuerte argumento de los contrarios, es muy débil y forzada, como se desprende de la sola lectura de esas justificaciones.

En todo caso, la tendencia en el derecho comparado es la de incluir la inexistencia dentro de la nulidad absoluta: C. Civil italiano de 1942, art. 1418; boliviano de 1976, art. 549; etíope de 1960, art. 1808 inc. 2°; peruano de 1984, artículo 219; paraguayo de 1987, artículo 357.

Por vía de ejemplo, citemos la mencionada disposición del Código Civil italiano. En la parte que interesa dice: "Produce nulidad del contrato la falta de uno de los requisitos señalados en el art. 1325, la ilicitud de la causa (1343), la ilicitud de los motivos en el caso indicado en el artículo 1345..." (artículo 1418 inc. 20). El referido artículo 1325 dice: "Los requisitos del contrato son: 1) el acuerdo de las partes; 2) la causa; 3) el objeto; 4) la forma, cuando es exigida por la ley bajo pena de nulidad".

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

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

3. La nulidad

Generalidades

1446. CONCEPTO

La nulidad "es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes".

El artículo 1681 dice que "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes".

"La nulidad puede ser absoluta o relativa".

1447. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

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

330

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

La diferencia de nombre entre una y otra clase de nulidad se explica. Un acto nulo absolutamente

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

Pero no vayamos a confundirnos y aclaremos de inmediato que la relatividad de esta última nulidad no se da en cuanto a sus efectos: porque una vez declaradas por sentencia judicial, sus efectos son absolutos y se producen con respecto a todo el mundo.

1448. TERMINOLOGÍA

En ciencia jurídica se reserva la palabra *nulidad* para designar la absoluta, y *rescisión* para referirse a la nulidad relativa. Por eso nuestro Código Civil habla, en el título correspondiente, de nulidad y rescisión. Pero esta distinción de términos, para denotar determinados conceptos, no la mantiene, ya que emplea el término para señalar indistintamente la nulidad relativa o la absoluta.

1449. REGLA GENERAL

La regla general es la nulidad relativa, pues el artículo 1862 después de decir cuándo hay nulidad absoluta agrega que "cualquiera otra especie de vicio produce nulidad **relativa**".

4. Nulidad absoluta

1450. CASOS EN QUE NUNCA TIENE LUGAR

Del artículo 1682 se desprende que la nulidad absoluta tiene lugar:

- 1) Cuando hay objeto ilícito;
- 2) Cuando hay causa ilícita;
- 3) Cuando se omite algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y
- 4) Cuando los actos y contratos se celebran por personas absolutamente incapaces.

A estos casos se agregan por los que niegan la teoría de la inexistencia dentro del Código, los siguientes:

- a) Error esencial, que en verdad produce la inexistencia, pero como según dicen aquéllos, tal sanción no tiene cabida entre nosotros, hay que concluir

331

que produce nulidad absoluta y, todavía, como oportunamente se observó, no faltan razones desde el punto de vista de la legislación nuestra para sostener que está sancionado sólo con nulidad relativa;

- b) Falta de objeto, y
- c) Falta de causa.

Los partidarios de la inexistencia jurídica señalan todos estos casos como de inexistencia.

1451. CARACTERES

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

De aquí se derivan diversos caracteres de la nulidad absoluta, relacionados con su declaración, petición y saneamiento por ratificación de las partes y transcurso del tiempo.

1452. 1º LA NULIDAD ABSOLUTA PUEDE Y DEBE SER DECLARADA DE OFICIO POR EL JUEZ

La nulidad absoluta, dice el artículo 1683, puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

La nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato, de acuerdo con la significación que a la palabra "manifiesto" da el Diccionario de la Lengua, cuando, para que quede establecida, basta sólo leer el instrumento en que el acto o contrato se contiene sin relacionarlo con ninguna otra prueba o antecedente del proceso.²⁰

Por lo general, según vimos, en materia civil el juez obra en requerimiento de parte, salvo los casos en que la ley lo autoriza para proceder de oficio, por propia iniciativa, uno de los cuales viene a ser éste de la nulidad absoluta manifiesta.

Se ha fallado que la omisión de declarar de oficio la nulidad absoluta es un defecto constitutivo de un vicio de forma del cual debe reclamarse por la vía del respectivo recurso de casación, en la oportunidad legal. Omitida por el juez *a quo* (juez inferior en la apelación) la declaración oficiosa de la nulidad

absoluta, en el supuesto de ser ella procedente, esa omisión que, respecto de la sentencia de primera instancia, revestiría el carácter de un defecto de forma determinante de la nulidad del fallo, no vicaría la de la segunda que no reparó ese defecto, por cuanto la declaración de la nulidad absoluta, que no fue mencionada ni menos representada por las partes en las instancias de la litis, si bien era obligatorio para el juez *a quo* en virtud de lo dispuesto en el artículo 1683 del Código Civil, no tuvo ese mismo carácter para el tribunal *ad quem* (juez superior en la apelación); según el artículo 209 del Código de Procedimiento

20 Corte Suprema, 7 de abril de 1924, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXII, sección primera, p. 937.

332

Civil, no estaban los jueces de la segunda instancia obligados a salvar en su sentencia la omisión en que habría incurrido aquél, aun cuando hubieran podido hacerlo, oyendo, sí, previamente, al Ministerio Público. Aun si se estimara lo contrario y se hiciese prevalecer sobre la disposición del Código de Procedimiento Civil recién citada, el precepto del Código Civil, también recién mencionado, el vicio que comportaría la omisión en la sentencia de segunda instancia, sería, como en la de primera instancia, un defecto de forma -falta de decisión respecto de un asunto que habría debido resolverse obligatoriamente- cuya enmienda no es finalidad propia del recurso de casación en el fondo .21

1453. 211. LA NULIDAD ABSOLUTA PUEDE ALEGARSE POR TODO EL QUE TENGA INTERÉS EN ELLO; EXCEPCIÓN

La nulidad absoluta, dice el artículo 1683, "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".

Al decir el artículo 1683 que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, se refiere al que tenga interés en la nulidad del acto o contrato que le afecta y cuyos resultados propios le conviene eliminar (Corte Suprema, 2 de abril de 1941, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXMX, sección primera, p. 37).

No es necesario haber intervenido en el contrato cuya validez se impugna; basta tener interés en la declaración de nulidad absoluta (Corte de Santiago, 21 de agosto de 1939, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXMX, sección primera, página 37).

Viciando la nulidad absoluta el acto jurídico en sí mismo, sin consideración a las personas que lo han celebrado, resulta lógico que pueda pedirla cualquiera persona que tenga interés en ello, aunque no sea parte en el acto o contrato. La excepción ya dicha resulta justificada como sanción, porque, como expresa un aforismo, nadie puede aprovecharse de su propio dolo o culpa.

La ley dice que puede alegar la nulidad absoluta todo el que tenga *interés* en ello, 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, interés pecuniario, "porque no cabe en esta materia un interés puramente moral, como es el que motiva la intervención del Ministerio Público. En los proyectos, incluso el de 1853, se decía que 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 dar a la disposición un alcance más amplio que el que antes tenía. Lo único que el cambio puede significar es que no se requiere que el interés pueda estar representado por una cantidad determinada" .22

C. Suprema, 6 agosto 1951, R., t. 48, sec. I@ p. 116. Véase CARLOS CERDA MEDINA, *De la alegación de la nulidad absoluta y su declaración de oficio*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1948, p. 82, párrafo 84. 12 L. C@o SOLAR, obra citada, tomo Yal, p. 606.

333

El artículo 1683 dice que excepcionalmente no puede alegar la nulidad absoluta "el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, *sabiendo o debiendo saber el vicio* que lo invalidaba".

Según nuestra 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 de conocerlo en virtud de deducirse del contexto de otros preceptos legales, situación esta última expresada en las palabras

"debiendo conocerlo" (sentencia de 7 de agosto de 1940, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXXVIII, sección primera, pág. 264).

Al disponer el artículo 1683 del Código Civil 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 (Corte de Santiago, 21 de agosto de 1939, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXXIX, sección primera, p. 37).

Para incurrir en la sanción de no poder alegar la nulidad absoluta no basta el conocimiento presunto de la ley a que se refiere el artículo 80 del Código Civil; 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*, tomo @, sección primera, p. 337). La misma idea del legislador aparece en el artículo 1468 que al decir que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado para un objeto o causa ilícito *a sabiéndas*", con la locución subrayada 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 noviembre de 1940, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXXVII, sección 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 (*Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo sección primera, p. 104) la Corte Suprema responde negativamente, porque de acuerdo con el artículo 1448 lo hecho por el representante se estima hecho por el representado. Pero en 1941 (*Rejesta de Derecho y jurisprudencia*, tomo 39, sec. primera, p. 148) la Corte dice lo contrario: el representado puede pedir la nulidad absoluta del acto celebrado con dolo por su representante, porque el dolo envuelve una determinación personalísima de la voluntad y porque el representante sólo está autorizado para ejecutar actos lícitos, y no ilícitos. La Corte de Talca había manifestado anteriormente el mismo pensamiento en términos generales, al expresar que "la prohibición para demandar la nulidad que establece el artículo 1683 se refiere al que ha intervenido directamente en el acto o contrato, pero no al que ha sido representado convencional o legalmente, a menos que se compruebe la concurrencia inequívoca de su voluntad" (Corte de Talca, 5 de diciembre de 1935, *Gaceta de los Tribunales*, año 1935, segundo semestre, N° 139, p. 464).

334

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. A continuación se exponen las razones.

1) Los herederos y cesionarios del causante no pueden alegar la nulidad absoluta por la sencilla razón de que no han podido adquirir por la sucesión por causa de muerte un derecho que su causante no tenía y que mal podía transmitirles (Corte de Valparaíso, 7 de septiembre de 1942, *Gaceta de los Tribunales*, año 1942, segundo semestre, p. 198). Más todavía: no sólo el causante no tenía derecho de alegar la nulidad absoluta, sino que la ley expresamente se lo impedía. Pero todo esto no significa que se haga al heredero responsable del dolo o culpas ajenas, pues no cabe identificar el dolo mismo, que es personalísimo y que nace y muere con el autor, con sus consecuencias o efectos civiles, que por ser de carácter económico se transfieren o transmiten de acuerdo con las reglas generales (Corte Suprema, 27 de octubre de 1934, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXMI, segunda parte, sección primera, p. 100).

2) Si cuando el dolo es imputable a un incapaz, no se permite a él ni a sus herederos alegar la nulidad (C. Civil, art. 1685), con mayor razón tal prohibición para alegar la nulidad absoluta debe comprender a los herederos y cesionarios de las personas capaces .23

Don Gonzalo Barriga sostiene que la ley, al impedir alegar la nulidad absoluta al que celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, establece una verdadera incapacidad o inhabilidad y como tal, siendo una regla de excepción, debe interpretarse restrictivamente, circunscribiéndose al único caso al que la ley literalmente se refiere y, por lo tanto, si dentro de los términos literales de la ley no cabe comprender a los herederos, legalmente no puede extenderse a ellos tal inhabilidad o incapacidad (nota de Barriga puesta a la sentencia de la Corte Suprema de 27 de octubre de 1934, citada más arriba).

Si bien el que ha celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba no puede solicitar declaración de nulidad absoluta, ello no impide que el tribunal la declare de oficio si aparece de manifiesto en el acto o contrato @24 porque ésa es una obligación del tribunal y porque la prohibición no reza con éste.

La nulidad de un acto que se ha celebrado con el representante de una persona puede pedirse contra el representado; pero los autores, como Claro Solar, Baudry-Lacantinerie y Barde, dicen que si el dolo del representante da lugar a daños y perjuicios, éstos sí que no podrían pedirse al representado, porque no puede suponerse mandato para cometer dolo.

23 Corte Suprema, 24 de octubre de 1938, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo , sección primera, p. 289.
24 Corte Suprema, 11 de noviembre de 1922, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo =, sección primera, p. 973.

335

1454. 30. PUEDE PEDIR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA

EL MINISTERIO PÚBLICO

Si los particulares pueden pedir la declaración de nulidad absoluta en atención a un interés pecuniario, la sociedad, representada por el Ministerio Público, puede solicitarla en el interés de la moral y de la ley. Así lo manifiesta el artículo 1683 que dice: "... puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley".

1455. 40. LA NULIDAD ABSOLUTA NO PUEDE SANEARSE POR LA RENUNCIACIÓN DE LAS PARTES

Expresamente lo dice el artículo 1683. Y la disposición se explica: la nulidad absoluta se encuentra establecida en el interés general, que no puede quedar supeditado por la voluntad particular.

1456. 50. LA NULIDAD ABSOLUTA NO PUEDE SANEARSE POR UN LAPSO

QUE NO PASE DE DIEZ AÑOS

El artículo 1683 hablaba de treinta años, pero leyes sucesivas lo redujeron a quince años y después a diez.

El acto nulo absolutamente, ¿se convalida después de diez años? Según la mayor parte de los autores, sí. Dicho espacio de tiempo purificaría, por decirlo así, la existencia viciada del acto; el vicio desaparece. Empero, algunos, como don José Clemente Fabres, sostienen que a los diez años la prescripción se consuma y si es verdad que se ha adquirido el dominio de la cosa, no es en razón de la convalidación del acto nulo, sino por virtud de la prescripción extraordinaria. "No es, dice el señor Fabres, el acto el que se ha saneado; es sólo el tiempo el que confiere el derecho por disposición de la ley. Aquí la prescripción, concluye, no está fundada en el título: ella misma es título y modo de adquirir al mismo tiempo".²⁵

La Corte Suprema ha declarado que la acción personal de nulidad absoluta prescribe extintivamente a los diez años (artículos 1683 y 2514). (*Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XX, sección primera, p. 148).

1457. IRRENUNCIABILIDAD

La acción para pedir la nulidad absoluta es irrenunciable, porque se trata de una institución de orden público.

1458. LA ACCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA SE CONCEDE SIN DISTINGUIR SI SE HA CUMPLIDO O NO EL CONTRATO NULO

Así lo ha declarado la Corte Suprema (sentencia de 31 de octubre de 1905, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo III, sección primera, p. 201).

25 JOSÉ CLEMENTE FABRES, *Obras Completas*, tomo III, pp. 135 y ss.

336

1459. LA NULIDAD ABSOLUTA NO SE PRODUCE DE PLENO DERECHO

Del contexto de los artículos 1683, 1687 y 1689 del Código Civil y del artículo 37 de la Ley de

Matrimonio Civil, que se refieren a la nulidad *judicialmente declarada o pronunciada*, se desprende que la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, y no obra de pleno derecho. En otros términos, el acto jurídico nulo absolutamente produce efectos mientras la nulidad no se declare por sentencia judicial. Algunos autores, sin embargo, como don José Clemente Fabre S26 y don Alfredo Barros Errázuriz @27 han sostenido lo contrario, afirmando que la nulidad absoluta produce sus efectos "ipso jure", sin necesidad de que el juez la declare. Este error parece inspirado por la antigua legislación romana y las obras de algunos autores franceses que creen ver en el Código de su país nulidades de pleno derecho. Pero, entre nosotros, no tiene asidero tal opinión ante el claro texto de las disposiciones precisadas.

5. Nulidad relativa

1460. FUNDAMENTO

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

1461. CASOS EN QUE TIENE LUGAR

El artículo 1682, después de enumerar los casos de nulidad absoluta, dice, en su último inciso: "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato", esto es, a su anulación.

La nulidad relativa tiene lugar en los siguientes casos:

- 1) En los actos de los relativamente incapaces;
- 2) Cuando hay error substancial, entendido éste en su sentido amplio, que en su oportunidad precisamos;
- 3) Cuando hay fuerza-,
- 4) Cuando hay dolo principal, y
- 5) Cuando hay omisión de formalidades exigidas en consideración al estado o calidad de las personas que celebran o ejecutan el acto.

Algunos agregan la existencia de la lesión en los casos en que la ley la admite. Pero, según vimos oportunamente, la nulidad cuando cabe en la lesión es de una naturaleza especial distinta de la que tiene la nulidad general que aquí se trata como vicio del consentimiento.

26 Obras Completas, tomo III, pp. 140 y ss.

27 Obra citada, tomo II, pp. 192 y ss.

337

1462. CARACTERÍSTICAS

De la circunstancia de hallarse establecida la nulidad relativa en interés particular, en favor de las personas que la ley indica, se desprenden las siguientes consecuencias que son otras tantas características de la sanción legal que nos ocupa.

1463. 111. LA NULIDAD RELATIVA SÓLO PUEDE ALEGARSE POR AQUELLOS EN CUYO BENEFICIO LA HAN ESTABLECIDO LAS LEYES

Dice el artículo 1684: "La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte- ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han restablecido las leyes o por sus herederos o cesionarios".

De manera, pues, que no podría alegarla, por ejemplo, el que ha contratado con un incapaz, pues la ley ha establecido la nulidad relativa sólo en favor de éste.

Hay que hacer notar que quien alega la nulidad relativa puede ser una persona que no ha intervenido como parte en el acto o contrato, pero que tiene derecho a invocar la nulidad si se halla establecida en su favor.

A más de las personas en cuyo beneficio la ley ha establecido la nulidad relativa, **pueden alegarla sus herederos o cesionarios, sus causahabientes.**

1464. 20.]LA NULIDAD RELATIVA PUEDE SANEARSE POR EL TRANCURSO DELNEMPO

Así lo dice el artículo 1684. Y el 1691 agrega que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años. Si en este tiempo la persona que puede hacer valer la nulidad relativa no lo hace, quiere decir que a su término el vicio del acto desaparece y éste queda completamente sano como si siempre hubiera sido válido en forma perfecta.

El plazo de cuatro años en que prescribe la acción de nulidad relativa *se cuenta*, en el caso de *violencia*, desde el día en que ésta hubiere cesado; en el caso de *error* o de *dolo*, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una *incapacidad legal*, se cuenta el cuatrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hubieren designado otro plazo (artículo 1691).

1465. 31]LA NULIDAD REI-A'NVA PUEDE SANEARSE POR LA RATIFICACIÓN

DE LAS PARTES (ARTÍCULO 1684)

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

Esta característica que nos ocupa se justifica plenamente: como la nulidad relativa hállase establecida en beneficio de ciertas y determinadas personas, se trata de un derecho que sólo mira al interés particular de ellas, cae, por lo

338

tanto, bajo la disposición general del artículo 12, que permite la renuncia de los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante y cuya renuncia no está prohibida.

1466. CONFIRMACIÓN O RATIFICACION DEL ACTO

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

La ratificación constituye un acto *unilateral* que puede realizar la persona que tiene derecho a demandar la nulidad. Por eso sólo procede cuando la nulidad es relativa. Puede ser expresa o tácita (artículo 1693). Esta última es la ejecución voluntaria de la obligación contraída (artículo 1695). Tanto una como otra, para ser válidas, deben emanar de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad (artículo 1696) y de personas capaces de contratar (artículo 1697).

Para ser eficaz la confirmación no debe estar afectada del mismo vicio que hace rescindible el acto que se trata de ratificar, y debe hacerse con conocimiento del vicio del acto y del correspondiente derecho de exigir la nulidad, y con intención de confirmarlo. No es necesario, tratándose de la confirmación expresa, reproducir el contenido íntegro del acto viciado, ni que se haga en la misma forma exigida para éste, a menos que la confirmación se refiera a actos solemnes, pues en tal caso "deberá hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica" (artículo 1694).

"Al destruir la confirmación el vicio del acto por sí mismo eficaz, hace que éste sea tratado como si nunca hubiese tenido vicio alguno, lo que suele expresarse con la máxima: "la confirmación tiene efecto retroactivo". Pero la expresión no es exacta, por cuanto la confirmación no atribuye al acto, relativamente al tiempo pasado, los efectos jurídicos que no tenía, sino que tan sólo quita la posibilidad de que los efectos jurídicos lleguen a desconocerse en lo futuro con el ejercicio del derecho de pedir la nulidad; no hay, por lo tanto, una verdadera retroactividad. Para esto prácticamente poco importa: lo interesante es notar que a la fecha del acto confirmado, y no a la de la confirmación, es a la que debe atenderse para determinar el tiempo de la adquisición del derecho y del principio de la prescripción de las acciones derivadas del acto, la ley que deba regular sus efectos (cuando haya cambio de legislación), la persona a quien pertenecen los frutos producidos en el tiempo intermedio por la cosa que es objeto del acto confirmado, etc.11.28

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

1467. LA CONVERSIÓN

"Existe conversión cuando un acto jurídico en que no concurren los requisitos legales para que pueda surtir efectos tales como las partes se lo propusieron llena los requisitos de otro tipo de acto jurídico, siendo idénticos la finalidad y los efectos conseguidos. En lugar del acto nulo, se entiende celebrado el otro, si hay razones para suponer que las partes, de haber sabido que el que celebraran era nulo, habrían encaminado su voluntad a éste. Ejemplo: la letra de cambio que no llene todos los requisitos de forma señalados a este acto, puede surtir los efectos propios de un reconocimiento abstracto de deuda". A la misma idea de la conversión responde el hecho de que se considere como nueva oferta la aceptación condicional a que se refiere el artículo 102 de nuestro Código de Comercio.

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

1468. NULIDAD DE LOS ACTOS DE LOS INCAPACES

El artículo 1686 abolió la institución de la *restitución in integrum*, que el antiguo derecho había establecido a favor de los incapaces y mediante la cual podían pedir, cuando se sentían perjudicados en sus intereses, que el acto celebrado se tuviera por inexistente, aun cuando en él se hubieran cumplido todos los requisitos legales, y que las cosas *se restituyeran* al estado anterior.

Don Andrés Bello hizo presente en el Mensaje con que se acompañó el Código, que dicha institución era un semillero de dificultades y que perjudicaba a los mismos que por ella se sentían amparados, ya que, por ejemplo, pocos se atrevían a contratar con los menores por temor de que se ejerciera la restitución. Así se explica la disposición del artículo 1686, que dice: "Los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni rescindirse, sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes".

Un incapaz, en el deseo de celebrar un contrato, puede hacerse pasar por capaz. Si se limita a aseverar que es mayor de edad o que la interdicción u otra causa de incapacidad no existen, y celebra el contrato, puede, a pesar de su engaño, pedir más tarde la nulidad del contrato, porque la ley estima que el otro contratante ha sido negligente en cerciorarse del verdadero estado del incapaz al dejarse guiar por meras aseveraciones. Pero no sucede lo mismo si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, como si falsifica una partida de nacimiento para aparecer como mayor de edad. En ese caso

En que ninguna negligencia hay de parte del otro contratante, porque no puede presumir la mala fe- la ley no permite al incapaz ni a sus herederos o cesionarios alegar la nulidad (artículo 1685).

1469. DIFERENCIAS ENTRE LA NULIDAD ABSOLUTA Y LA RELATIVA

Las diferencias entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, que se ponen de manifiesto con sólo comparar los artículos 1683 y 1684, son las siguientes:

a) La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; la nulidad relativa sólo puede ser declarada a petición de parte interesada;

b) La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello y puede pedirla el Ministerio Público en el solo interés de la moral y de la ley; la nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio

la han establecido las leyes, y

c) La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de diez años; la nulidad relativa, en cambio, puede sanearse por la ratificación de las partes o por un lapso de cuatro años.

6. Efectos de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa

1470. TODA NULIDAD NECESITA SER JUDICIALMENTE DECLARADA PARA QUE PRODUZCA SUS EFECTOS

Dejamos establecido ya que toda nulidad, absoluta o relativa, no produce sus efectos dentro de la legislación chilena, sino en virtud de sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. Mientras la nulidad absoluta o relativa no ha sido judicialmente declarada, el acto viciado surte todos sus efectos, porque lleva envuelto en sí una presunción de validez, bien que una vez declarada, la nulidad opera retroactivamente y destruye todos los efectos del acto nulo en el pasado.

1471. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y DE LA NULIDAD RELATIVA SON IDÉNTICOS

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

1472. EFECTOS DE LA NULIDAD CON RESPECTO A LAS PARTES

La nulidad judicialmente declarada produce efectos solamente con relación a las partes en cuyo favor se ha decretado, por disponerlo expresamente así el

341

artículo 1960, que dice: "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 armonía con el artículo 3°, que en su inciso 2° dice que las sentencias judiciales no tendrán fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaron.

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

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

Si el contrato *ha sido cumplido* por alguna de las partes, o por ambas, tiene lugar lo dispuesto en el artículo 1687, que dice: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto y causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, 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".

De manera que el Código da a las partes el derecho de exigirse recíprocamente la restitución de todo lo que hubieren entregado en virtud del contrato, o sea, el contrato se destruye en el pasado, y las cosas quedan como si éste nunca se hubiera celebrado; así, si se declara nula una compraventa, el comprador deberá devolver la cosa y el vendedor deberá restituir el precio.

Para llevar a efecto estas restituciones recíprocas a que se refiere el artículo 1687, se seguirán las reglas generales dadas en el párrafo 4° del título de la reivindicación, que se refiere a las prestaciones mutuas.

Las reglas del artículo 1687 acerca de que la nulidad judicialmente declarada da derecho a las partes

para ser restituidas al estado en que se encontraban antes del contrato nulo, tiene tres excepciones, y a ellas se refiere la parte final del inciso lo del artículo 1687, cuando dice que se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto acerca del objeto o causa ilícita, y la parte final del inciso 2>, cuando dice "tomándose en cuenta la posesión de buena o mala fe de las partes y lo dispuesto en el artículo siguiente". Estas tres excepciones son las que siguen.

1) El caso del poseedor de buena fe, que no está obligado a entregar los frutos que ha percibido mientras estuvo de buena fe, y se presume que lo está hasta el momento de la contestación de la demanda, de acuerdo con las reglas generales dadas en la reivindicación.

2) El caso del objeto o de la causa ilícita, a que se refiere el artículo 1468, que dice: "No podrá repetirse lo que haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". Se trata aquí de una pena o sanción que la ley ha impuesto a los que a sabiendas infringen sus disposiciones.

342

3) El caso del artículo 1688, que también está expresamente exceptuado por el final del inciso 2' del artículo 1687. Dice el artículo 1688: "Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. Se 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". Si en los casos en que se hubiere hecho más rico el incapaz no estuviera obligado a la devolución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato la otra parte, habría un enriquecimiento sin causa para el incapaz.

La regla del artículo 1688, por ser una medida destinada a proteger los intereses de los incapaces, no tiene aplicación sino en el caso de que el contrato se anule o rescinda por incapacidad de una de las partes; y así, si el contrato se anula por ilicitud del objeto, error, dolo o cualquiera otro vicio, no tendrá aplicación este artículo.

1473. EFECTOS DE LA NULIDAD RESPECTO DE TERCEROS

Según el artículo 1689 la nulidad judicialmente declarada, sea absoluta o relativa, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores.

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

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

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 alguno de sus

343

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 artículo 2416, contenido en el título de la hipoteca, dice: "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 (artículos 1490 y 1491). Sólo por excepciones de ley la nulidad judicialmente pronunciada no da acción reivindicatoria contra terceros poseedores (art. 1689). Y estas excepciones son las que siguen.

1) la rescisión por lesión enorme. Rescindido un contrato de compraventa por lesión enorme, no

caducan las hipotecas y gravámenes constituidos sobre la cosa, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1895: "El comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella".

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

2) El caso más frecuente en la práctica, aunque no está contemplado expresamente en ningún texto legal, es aquel en que el tercero ha adquirido el dominio de la cosa por prescripción. Esta excepción no está contemplada en ningún artículo del Código, pero se desprende de los artículos 682, 683 y 717. Según el primero de los artículos citados, si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada, y el artículo 683 agrega que la tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción del dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido este derecho; finalmente, el artículo 717 dice que "sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya".

De estas disposiciones legales resulta que el tercer poseedor está a salvo de la acción reivindicatoria cuando ha adquirido el dominio de la cosa por prescripción, porque los vicios o defectos de que puedan adolecer los títulos de sus antecesores, no se transmiten a él. Un ejemplo permitirá ver clara esta situación. A vende a B un inmueble- B se lo vende inmediatamente después a C, y cada una de las ventas va seguida de su respectiva tradición; pasan ocho años y A interpone acción de nulidad del contrato celebrado con B en razón de ilicitud del objeto; la nulidad absoluta se sanea en diez años, y como sólo han transcu-

344

rido ocho, 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 artículo 1689. El contrato entre A y B se anulará porque la nulidad no ha prescrito, pero no habrá derecho a reivindicar la cosa de C, porque éste la ha adquirido por la prescripción ordinaria, pues si bien la tradición no dio el dominio a C porque B no lo tenía, conforme al artículo 683, le dio el derecho de ganar el dominio de la cosa por prescripción, y como su posesión era regular, adquirió el dominio por la prescripción ordinaria de cinco años; de manera que C puede rechazar la acción de reivindicación interpuesta en su contra fundado en su posesión y en el artículo 2517, que dice que la acción con que se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

Y en este caso, como el poseedor por acto suyo, se ha colocado en la imposibilidad de restituir la cosa, rigen los artículos 898 y 900, contenidos en el título de la reivindicación, según los cuales, al que enajenó la cosa, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible su persecución, se le podrá pedir la restitución de lo que recibió por ella, y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, debe, además, resarcir todo perjuicio, y el artículo 900 agrega que contra el poseedor de mala fe que por un hecho o culpa suya dejó de poseer, podrá intentarse la acción de dominio como si actualmente poseyese.

Por último, cabe observar que algunos autores incluyen entre las *excepciones* al artículo 1689 otros casos que en realidad no merecen ese calificativo, sea porque no se trate de nulidad, como en las *donaciones entre vivos* (artículo 1432 en relación con los artículos 1425 y 1426) o en la *indignidad para suceder* (art. 976), sea porque la nulidad no es la propia de los actos jurídicos, es decir, la sanción a la omisión o al vicio de uno de los requisitos de existencia o de validez de los mismos, como sucede en la *rescisión del decreto deposición definitiva de los bienes del desaparecido* por reaparecimiento de éste (artículos 93 y 94, N° 4).

1474. ACCIONES A QUE DA ORIGEN LA NULIDAD

De lo dicho resulta que en el caso de nulidad competen a la persona que la solicita dos acciones, que se dirigen contra sujetos distintos, y que persiguen objetos muy diversos: en primer lugar, la acción para pedir la nulidad, sea absoluta o relativa, que tiende a obtener la anulación de un contrato celebrado con algún vicio o defecto; el contrato se anula o rescinde entre las partes que lo celebraron, de manera que si la acción de nulidad o rescisión la entabla uno de los contratantes, debe dirigirla contra el otro contratante, y si la entabla un tercero, en caso de nulidad absoluta, que puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, deberá entablarse la acción contra todos los contratantes. Esta acción es personal, y debe ventilarse por lo tanto entre los contratantes, y en el juicio que se entable, se resolverá si el contrato tiene o no el vicio que se le atribuye.

La otra acción a que la nulidad da origen es la *reivindicatoria* de que habla el artículo 1689. Como la nulidad judicialmente pronunciada opera retroactivamente y se reputa que el tradente no ha dejado de ser dueño, puede intentarse la acción reivindicatoria contra terceros poseedores; esta acción es real y se

dirige contra el actual poseedor.

345

Tenemos, pues, que en la nulidad hay dos acciones: una personal para la anulación del contrato, que debe dirigirse contra los contratantes, y otra real que debe dirigirse contra el actual poseedor de la cosa, o el que tenga sobre ella un derecho real emanado del que adquirió en virtud del contrato nulo. Lógicamente, debería entablarse primero la acción personal de nulidad, y una vez declarada ésta, debería entablarse la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa; pero si la lógica lo exige, las conveniencias y las necesidades prácticas aconsejan otro procedimiento que permite ahorrar tiempo y dinero. Por eso el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil 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". Al discutirse el proyecto de este Código, se dejó expreso testimonio por los miembros de la Comisión Revisora de que esta disposición tenía por objeto facilitar la interposición en un solo juicio de las acciones reales y personales en los casos de nulidad y

resolución.

De manera que la demanda que intente la persona que pide la nulidad, contendrá dos peticiones: la primera para que se declare la nulidad del contrato, y la segunda para que el poseedor de la cosa sea obligado a restituirla. Es cierto que al tiempo de entablarse la demanda todavía el contrato no se ha anulado; pero el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil autoriza la interposición conjunta de ambas acciones; eso sí que la segunda es una petición condicional para el caso que la primera tenga acogida.

1475. EFECTOS RELATIVOS DE LAS SENTENCIAS

"Al expresar el artículo 1689 que la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, aplica correctamente el principio fundamental que sólo admite la fuerza de la cosa juzgada en la causa en que actualmente se pronunciaré. Por consiguiente, la sentencia que declara la nulidad no puede hacer desposeer sin más trámite a los terceros poseedores de los bienes sobre que versaba el contrato declarado nulo, *si ellos no han figurado como partes, ni han sido citados en el juicio*; sino que debe estarse a las resultas del juicio reivindicatorio que debe seguir con este objeto el que obtuvo la declaración de nulidad a su favor". Así lo ha dicho con toda razón nuestra Corte Suprema (Cas. fondo, 15 de septiembre de 1923, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo MUI, sección primera, p. 447).

7. Prescripción de las acciones de nulidad y rescisión

1476. PLAZOS

La acción de nulidad absoluta prescribe en diez años. Esta prescripción es extintiva porque la acción de nulidad se extingue por el simple transcurso del tiempo durante el cual no se haya ejercido.

Un La acción de nulidad relativa o rescisoria prescribe en el plazo de cuatro años contados desde la celebración del acto o contrato. Esta es la regla general. Pero como puede suceder que la persona en cuyo favor se ha establecido

la nulidad se encuentre imposibilitada para ejercer la correspondiente acción, v es un aforismo de derecho que al impedido no le corre término, el legislador ha establecido dos casos en que la prescripción no empieza a correr desde la celebración del acto o contrato: tratándose de violencia o de incapacidad los cuatro años empiezan a contarse desde que cesa la violencia o incapacidad, respectivamente. En los casos de error o dolo no hay excepción a las reglas generales (artículo 1691).

Hay acciones rescisorias que prescriben en menos de cuatro años, como la acción para pedir la nulidad relativa de un matrimonio, la acción pauliana, que esté asimilada por la ley a las acciones rescisorias.

1477. SUPENCION DE LA PRESCRIPCIÓN; HEREDEROS MAYORES Y HEREDEROS MENORES DE EDAD

La prescripción de la acción rescisoria o nulidad relativa es una prescripción

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

herederos del cuadrenio completo, o del residuo, según que haya empezado o no a correr (inciso 1° del artículo 1092). Así, si se celebra un contrato con el vicio de fuerza, y la fuerza subsiste con posterioridad al contrato, el plazo no se cuenta sino desde que cese la fuerza, y si pendiente ésta fallece el contratante, sus herederos mayores de edad gozarán del cuadrenio completo, por-

que éste no había empezado a correr; pero si se celebra un contrato por una mujer casada mayor de edad incapaz, y después del contrato queda viuda, empieza a correr para ella el cuadrenio, y si fallece antes de los cuatro años si,;

herederos mayores gozarán del tiempo que falte para enterar los cuatro años.

Si los herederos son menores de edad. rige la regla del inciso 2° del artículo 1692. y en este caso sí que la prescripción de la acción rescisoria se suspende; este es el único caso en que se suspende la prescripción de la acción rescisoria. y como disposición excepcional que es. no puede aplicarse por analogía. Dice el inciso 2° del artículo 1692: "A los herederos menores empieza

correr el cuadrenio o su residuo, desde que hubieren llegado a *edad mayor*" De manera que el plazo les corre, no desde el día en que falleció el causante, sino desde el día en que hubieren llegado a la mayor edad, y así, en el caso de la mujer casada que enviuda, que pusimos anteriormente, que deja hijos menores de edad, el residuo del cuadrenio se contará desde que los hijos lleguen a la mayor edad.

Como dijimos, esta es una regla excepcional, a la cual no se le puede dar un alcance mayor que el que tiene, y como de él resulta que solamente se refiere a los menores, no puede aplicarse a los demás herederos, aunque sean incapaces por cualquier otro capítulo,²⁹

Si bien la prescripción de la acción rescisoria se suspende en favor de estos menores, no puede en ningún caso pedirse la rescisión después de diez años de celebrado el acto o contrato (artículo 1692, inciso final). En esto no hay sino aplicación del principio consagrado en el artículo 2520, que en su inciso final establece que transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones de que se trata en ese artículo.

8. *Ámbito de las reglas de nulidad del Código Civil*

Nulidades del Derecho Público y nulidades procesales

1478. la REGLA SOBRE NULIDADES ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO civil SE APLICAN EN DERECHO privado, PERO NO EN EL PUBLICO

Las reglas establecidas por el Código Civil en cuanto a la nulidad de los actos

y contratos reciben general aplicación en las demás ramas del Derecho Privado, si no hay una regla especial en contrario.

Pero no ocurre lo mismo tratándose del Derecho Público, que está regulado por principios y normas propias.

1479. NULIDADES DE DERECHO PUBLICO³⁰

La teoría de la nulidad en Derecho Público es contradictoria y poco precisa.

Desde luego, los grados de invalidez de los actos no están tan bien marcados como en el Derecho Privado, en que se distingue nítidamente, al menos en doctrina, tres grandes categorías: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

En el Derecho Público los autores discrepan sobre el número y naturaleza de los grados de invalidez. Y aquí las incertidumbres y las vacilaciones son

29 Así lo reconoció con todo acierto la Corte de Valdivia en una sentencia de 14 de enero de 1931, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXIX, segunda parte, sección segunda, p.17. Sin embargo, en un fallo posterior, la misma Corte se desvió de la buena doctrina al declarar que el plazo de prescripción de cuatro años de la acción rescisoria se suspende si su titular cae en demencia (24 de abril de 1936, revista de derecho y jurisprudencia, tomo XXXV, segunda parte, sección primera, p.66)

30 véase: Eduardo Lara M., La nulidad en el derecho público, memoria de licenciado, Santiago, 1959.

348

explicables por la multiplicidad y trascendencia de los intereses que entran en

juego con motivo de la actividad del poder público, y estos intereses no siempre exigen las mismas soluciones. "Así, el interés general exige la ineficacia del acto irregular, porque el cumplimiento de los requisitos que la ley establece es una garantía del orden social; pero al propio tiempo, ese mismo interés reclama la estabilidad de las situaciones que un acto irregular ha hecho nacer. De la misma manera el interés de los patrimonios individuales o administrativos, en unos casos reclama que se prive de efectos a un acto irregular, mientras en otros exige que subsistan, porque el perjuicio de la ineficacia es más grave que el que pueda producir la falta de sanción de la irregularidad. Por último, el interés de los terceros, en unos casos también requiere la invalidez del acto que lo afecta, en tanto que en otros, tiende a que se sostenga el acto irregular sobre el cual se han desarrollado otras situaciones jurídicas".

Todo esto ha hecho que los publicistas elaboren diversas teorías, cuyo estudio no corresponde hacer aquí.

1480. JURISPRUDENCIA

Nuestra Corte Suprema ha aceptado los siguientes principios en materia de nulidad administrativa:

"En este campo la nulidad de un acto declarado ilegal no opera retroactivamente como en el Derecho Civil. Tratándose de una cuestión civil, la nulidad sólo afecta al particular contra quien ha sido declarada, al paso que la validez de un acto administrativo puede comprometer a toda una serie de actos que repercuten en la colectividad entera, con menoscabo del orden y de la estabilidad social.

En el orden administrativo, la declaración de ilegalidad de un acto no acarrea la nulidad de los efectos producidos durante el tiempo anterior a la declaración de ilegalidad, pues durante ese tiempo el acto público administrativo se reputa válido y debe cumplirse como tal dentro del principio de la *ejecutoriedad* de los actos del poder público" (Corte Suprema, 24 de septiembre de 1945, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLI, sección primera, p. 228).

1481. NULIDADES PROCESALES

En términos generales, la nulidad procesal puede definirse como la invalidación de un acto procesal realizado con violación u omisión de los requisitos exigidos por la ley.

Esta última señala casos *determinados* de nulidad procesal, conforme al principio llamado de la *especificidad*. Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento

Civil faculta al juez para corregir de oficio los errores de procedimiento (art. 84, penúltimo inciso); también se autoriza a las partes para solicitar la nulidad de lo obrado por fuerza mayor y falta de emplazamiento (artículos 79 y 80); por último,

contemplan la nulidad procesal los recursos de casación (artículos 760 a 809) y de

revisión (artículos 810 a 816). Sin embargo, hay nulidades sin texto expreso. Son

las llamadas *nulidades implícitas*, que existen cada vez que se infringe una formalidad procesal y no se cumple la finalidad que tuvo la ley al imponerla.

Pero además de los casos de las nulidades expresamente indicadas en la ley y las implícitas, tenemos una *norma general* según la cual hay lugar a la nulidad procesal en todos aquellos casos en que existe un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable *sólo* con la declaración de nulidad. La declaración de nulidad de un acto no tiene efecto extensivo, es decir, no importa la nulidad de todo lo obrado (art. 83, incisos primero y último).

Al determinarse en esta norma general que no hay nulidad procesal si no se irroga un perjuicio a alguna de las partes, se está aplicando el llamado *principio de la trascendencia*. Una de nuestras Cortes de Apelaciones lo pone de

relieve al afirmar que "existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto

a que el presupuesto esencial de la invalidación de un acto procesal debe ser la existencia de un perjuicio cierto y grave, no reparable por otro medio que

no sea el acogimiento de la sanción de nulidad. Este postulado lo recoge el denominado "principio de trascendencia".

"La Corte Suprema ha declarado que "las nulidades procesales tienen por objeto evitar graves defectos de procedimiento que pueden producir la indefensión de una de las partes" (C. Suprema, 30 junio 1970, R., t. 67, sec. 1ª, p. 229).

"Esta Corte (la que dicta el presente fallo) ha sostenido que "la nulidad procesal debe ser admitida con extrema precaución para superar situaciones realmente graves, pero no puede justificarse por el solo afán de la mera perfección de los actos procesales, si las imperfecciones o violaciones de las normas no han provocado la indefensión o causado perjuicios ciertos y efectivos,

vale decir, si no hay interés, que es el fundamento de toda protección jurídica" (*Gaceta Jurídica*, N° 55, p. 71).

"El art. 83 inciso 1° del C. del Proced. Civil recoge estas ideas al declarar procedente la nulidad procesal en todos aquellos casos en que existe un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad".³¹

Los pormenores de la nulidad procesal se analizan en el ramo correspondiente.

C. INEFICACIA EN SENTIDO ESTRICTO

1482. GENERALIDADES

En su oportunidad se dijo que hay ineficacia en sentido estricto cuando el acto

que por sí sería idóneo para producir los efectos que le son propios no los genera o deja de producirlos por un hecho extrínseco. Tal ineficacia no deriva de la invalidez del acto jurídico y, antes bien, supone que éste existe y vale y que llega a ser improductivo de efectos por una circunstancia sobreviniente y extraña a su estructura. Estas circunstancias o hechos extraños a la constitución íntima del acto jurídico y que determinan la producción de efectos,

^M Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, 21 septiembre 21 de septiembre 1988, R., t.85, sec. 2ª, p.87 (considerando 6º, p. 88)

350

suelen llamarse simplemente "requisitos de eficacia". Si alguno de éstos no concurre, surgen determinadas formas de ineficacia, como la "suspensión", la "resolubilidad", la "rescindibilidad", la "revocabilidad", el desistimiento unilateral, la caducidad y la "inoponibilidad".

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

1483. LA SUSPENSIÓN

Hay suspensión del acto jurídico cuando los efectos de éste, para tener lugar.

están subordinados a la ocurrencia de un hecho, y éste todavía no se ha verificado. Tal hecho puede ser una condición suspensiva fijada por las partes o una condición legal (*condicío iuris*), que es un hecho determinado establecido como necesario por la ley, en calidad de supuesto, para que los efectos del acto puedan producirse. Así, por ejemplo, la muerte del testador es una condición legal, y mientras ella no ocurra el testamento permanecerá inmóvil; sólo desplegará sus efectos, se pondrá en movimiento, cuando el testador deje de existir, hecho fatal, aunque ni a la Biblia le hace gracia, como quiera que en el "Eclesiastés" se afirma (cap. IX, v. 4), que "más vale perro vivo que león muerto": "Melior est canis vivus leone mortuo". También el matrimonio es una condición legal en las capitulaciones matrimoniales, o sea, las convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración. Si el matrimonio no se celebra, las convenciones son ineficaces tanto respecto a las partes como en relación a los terceros. Nuestro Código Civil dice que "las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo *valdrán* entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio y siempre que se subscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de treinta días siguientes" (art. 1716, inc. 1º, primera parte).

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

1484. LA "Resolubilidad"

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

Ejemplo del primer extremo es la condición resolutoria ordinaria, que consiste en un hecho futuro e incierto a cuyo cumplimiento las partes subordinan la extinción de un derecho. Hay una condición de esta especie si un padre da en préstamo a su hijo una casa hasta que lo trasladen en su empleo a otra ciudad. Ejemplos de la resolución de un acto por virtud de una circunstancia

351

legal son el incumplimiento por una de las partes de un contrato bilateral. En este caso, la ley faculta a la parte diligente para pedir a su arbitrio o la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, con indemnización de perjuicios en cualquiera de los dos casos (C. Civil, art. 1489). También es una causa

de resolución del contrato la imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación por un hecho no imputable al deudor, como la pérdida por caso fortuito de la cosa que se debe. Todas estas instituciones se estudian con pormenores en el lugar que corresponde.

1485. LA "RESCINDIBILIDAD"

Nuestro Código toma la palabra rescisión como sinónimo de nulidad relativa, salvo en algún caso en que la considera como sanción de la lesión. Precisamente nosotros aquí consideramos la "rescindibilidad" como una figura de la ineficacia en sentido estricto. Desde este punto de vista un acto es rescindible cuando a consecuencia de su otorgamiento o celebración el autor o una de las partes del acto sufre un perjuicio tan lesivo a sus intereses que la ley la faculta para solicitar se prive de eficacia a dicho acto, a menos que en otra forma la anomalía se corrija. La lesión, pues, constituye la causa de la rescisión. Ya nos hemos referido a esta materia en otro lugar (número 1326).

1486. LA "REVOCABILIDAD"

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

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

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

1487. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL

Llámase desistimiento unilateral al término de la relación contractual decidido por una de las partes y comunicado a la otra. El contrato o, mejor, su eficacia

queda truncada por la voluntad de una de las partes. Este derecho sólo puede ejercitarse por excepción, cuando la ley lo establece o los contratantes lo pactan. Generalmente se da en los contratos de tiempo indeterminado o de ejecución continuada o periódica. Una de las formas de desistimiento es el desahucio

en el contrato de trabajo y en el de arrendamiento.

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

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

¿Cuál sería la distinción entre la revocación y el desistimiento unilateral? La revocación sería un acto sucesivo que tiende primero a borrar o retirar el acto jurídico originario, desapareciendo mediatamente o por vía de consecuencia los efectos de éste. Así, por ejemplo, en el juicio para revocar la donación entre vivos por ingratitud del donatario, o sea, por un hecho ofensivo de éste que le hiciera indigno de heredar al donante, se tiende a derribar la donación y, como consecuencia de su caída, es decir, mediatamente, se eliminan los efec-

tos que había originado ese contrato. El desistimiento, aunque también es un acto jurídico sucesivo, se encamina, en cambio, a disolver *inmediatamente* la relación determinada por el contrato: no ataca a éste para derribarlo ni lo cuestiona; sólo pretende poner fin a la relación y, naturalmente, sólo para el futuro (*ex nunc*) y no con retroactividad (*ex tunc*).

1488. LA CADUCIDAD

En el vocabulario jurídico castellano la caducidad presenta los significados que

a continuación se indican.

a) Pérdida de un derecho por no haberse hecho valer por su titular en el plazo que de antemano ha fijado para su ejercicio la ley o la voluntad de las partes. Esta acepción, ya tratada al estudiar la influencia del transcurso del tiempo

en las relaciones jurídicas, los franceses la conocen específicamente con el nom-

bre de *forclusión* y los italianos, con el de *decadenza*.

b) Extinción de una relación jurídica, a veces con efecto retroactivo, a veces con efecto sólo para el porvenir, según los casos, a causa de hechos sobre-

vinientes. Este significado cabe en un concepto muy amplio, que en Francia denominan *déchéance* y en Italia, *caducità*.

c) Por último, dentro de ese mismo concepto amplio se comprende la ineficacia de un acto jurídico que se produce por el solo ministerio de la ley a causa de hechos sobrevinientes. Ejemplo típico son los testamentos privilegiados que caducan sin necesidad de revocación, en los casos previstos por la ley (C. Civil, art. 1212. inc. 2º). Y así, el testamento verbal otorgado a bordo de un buque de guerra, y que la ley autoriza en caso de peligro inminente, caduca si el testador sobrevive al peligro (art. 1053). Las donaciones

revocables caducan por el mero hecho de morir el donatario antes que el donante (art. 1143).

1488-a. LA INOPONIBILIDAD; REFERENCIA

La especie de ineficacia llamada inoponibilidad la tratamos a continuación en título aparte

LA INOPONIBILIDAD

Generalidades

1489. CONCEPTO

La inoponibilidad es la sanción legal que consiste en el impedimento de hacer

valer, frente a ciertos terceros, un derecho nacido de un acto jurídico válido o de uno nulo, revocado o resuelto. Dichos terceros están facultados, pues, para oponerse a que los alcancen los efectos de un acto jurídico válido o los de la nulidad, revocación o resolución del acto, efectos que los perjudican.

Los terceros que pueden alegar la inoponibilidad son, por lo general, los llamados *terceros relativos*, es decir, aquellos que no pueden estimarse como representantes de las partes y que están o estarán en relaciones con éstas (cau-

sahabientes a título particular, acreedores). En oposición a los relativos se encuentran los absolutos, que son aquellos que no están ni estarán en relaciones jurídicas con los autores o partes de un acto jurídico. Se trata de terceros totalmente extraños. Sin embargo, alguno por excepción puede hacer valer la inoponibilidad, como es el caso de la venta de cosa ajena, que más adelante citaremos.

1489-a. TEORÍA DE LA INOPONIBILIDAD

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

La teoría de la inoponibilidad ha sido plasmada por los autores, abstrayendo sus principios de numerosos preceptos dispersos a través de la legislación. Comenzó a desarrollarse a partir de la publicación en el año 1927 de la tesis de doctorado del francés Daniel Bastian, titulada *Essai d'une théorie générale de l'impoponibilité*. En Chile empezó a divulgarla Alberto Baltra Cortés mediante su excelente Memoria de Licenciado llamada *Ensayo de una teoría general de los actos inoponibles* (Santiago. 1933). pero su propagación más intensa se logró después, gracias a las versiones de las clases de algunos profesores como Manuel Somarriva y otros. En las leyes chilenas se empezó a usar el vocablo *inoponibilidad* sólo a partir de la segunda mitad del presente siglo. En este sentido puede citarse, por ejemplo, la ley N° 18.118 de 18 de octubre de 1982, sobre Quiebras (arts. 72, 74, 76 y 80),

de un acto jurídico válido

1490. CLASIFICACIÓN

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

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

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

1490-a. INOPONIBILIDADES DE FORMA

En primer lugar nos referiremos a las *inoponibilidades por omisión de formalidades de publicidad*. Estas formalidades son aquellas destinadas a que los terceros tomen conocimiento de un acto o contrato celebrado por las partes, o de la ocurrencia de un hecho de relevancia jurídica. A continuación citamos algunos casos de inoponibilidades por falta de publicidad.

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

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

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

4. Declarada en interdicción de administrar lo suyo una persona por discapacidad, la sentencia que hace la declaración debe inscribirse en el libro de Interdicciones y prohibiciones de enajenar que lleva el Conservador de Bienes Raíces (C. Civil, art. 447). Si la inscripción no se realiza la sentencia no produce efectos respecto de terceros, no es oponible a éstos. En consecuencia, y

355

por ejemplo si después de la sentencia y antes de la inscripción el pródigo o

disipador celebra un contrato con otra persona, a ésta no podrá oponerse la interdicción; para ella el contrato será válido.

En segundo lugar, debemos referirnos a la otra inoponibilidad de forma a la constituida por *falta de fecha cierta*. Los instrumentos privados, cuya fecha es susceptible de ser alterada por las partes, no hacen fe contra terceros en cuanto a la exactitud de ella, mientras no se produzca un hecho que a los ojos de la ley dé certeza a la data.

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

Sin perjuicio de lo establecido en la disposición transcrita, la fecha de instrumento privado se cuenta respecto de terceros desde su protocolización con arreglo a las normas del Código Orgánico de Tribunales (art. 419 de ese Código).

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

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

1491. INOPONIBILIDADES DE FONDO

Estas inoponibilidades se han agrupado en diversas categorías, que en seguida exponemos.

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

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

2. *Inoponibilidad por clandestinidad*. No pueden oponerse a los terceros los actos o contratos celebrados ocultamente, ni la imposibilidad de aquéllos de tomar conocimiento de éstos. Ejemplo clásico es el de las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública; aquéllas no producen efectos contra tercero, le son inoponibles (art. 1007 inc. 1º).

3. *Inoponibilidad por fraude*. Los actos ejecutados fraude los actos ejecutados en fraude de los derechos de terceros; la ley da a estos ciertos medios

456

para que aquellos actos no los afecten. Está fundada en la causal de fraude, por ejemplo, la llamada acción Pauliana, acción que permite a los acreedores

perjudicados por actos realizados por el deudor solicitar la rescisión de éstos, cumpliéndose además otros requisitos señalados por la ley (C. Civil, art. 2468). También la ley declara nulo el pago hecho al acreedor si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso (C. Civil, art. 1578 N° 3). Por último, la causal de fraude da fundamento a ciertas inoponibilidades establecidas por la Ley de Quiebras (art. 75). Pero adviértase que hay inoponibilidades que pueden hacer valer los acreedores de la quiebra contra actos celebrados por el fallido sin que sea necesario probar mala fe o fraude (arts. 72 y 74).

Recuérdese que el fraude difiere del dolo. Porque el último tiene lugar entre las partes cuando una de ellas se vale de engaño para perjudicar a la otra;

en cambio, el fraude es una maniobra de mala fe ejecutada por una o ambas

partes dirigida a perjudicar a terceros.

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

5. *Inoponibilidad por lesión de las asignaciones forzosas.* Estas asignaciones son acjuellas que el testador está obligado a hacer a ciertas personas deter-

minadas por la ley, como, por ejemplo, los hijos legítimos. Si en un caso dado el testador nada asigna a estos hijos, el testamento no adolece de nulidad, es válido, pero inoponible a dichos hijos en cuanto los perjudica y ellos pueden solicitar la reforma del testamento para salvar ese perjuicio (C. Civil, art. 1216).

Inoponibilidades de un derecho nacido de la nulidad, revocación o resolución de un acto jurídico

1491-a. ENUNCIACIÓN DK DIVERSOS CASOS

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

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

alegarse contra terceros interesados en su existencia (C. de Comercio, art. 361).

Otro caso en que la nulidad es inoponible se encuentra en el matrimonio putativo. Al respecto preceptúa el Código Civil que el matrimonio nulo, si ha sido celebrado ante oficial del Registro Civil, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo y, en cuanto a los hijos, el mismo Código dispone que la

nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error (art. 122). Esto quiere decir que la nulidad del matrimonio no priva a los hijos de su estado civil de hijos legítimos; a este respecto a ellos la nulidad del matrimonio no les afecta, les resulta inoponible.

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

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

Maneras de hacer valer la inoponibilidad

1492. ENUNCIACIÓN DE ELLAS

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

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

Diferencias entre las instituciones de nulidad e inoponibilidad

1492-a. ENUNCIACIÓN

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

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

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

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

360

1494. 2) La Declaración "iocandi causa"

En la declaración *iocandi causa* la falta de seriedad se manifiesta en forma evidente, de modo que no pasa inadvertida para la otra parte. Entran en esta categoría las frases corteses o jactanciosas, las promesas cuya inconsistencia es

evidente para quien las hace, las declaraciones hechas propiamente en broma o chanza o a título de ejemplo desde la cátedra, las que hace un actor en el teatro con un propósito evidentemente no serio, etc.

Al revés de lo que ocurre con la reserva mental o tácita, que por lo general ninguna influencia ejerce sobre la validez del acto, la declaración *iocandi causa* impide que un acto en que incide sea jurídico y produzca derechos y obligaciones. Sería absurdo, por ejemplo, que yo demandara al vendedor de una tela porque me dijo que duraría cincuenta años y en realidad resistió mu-

cho menos al uso y al tiempo.

Pero en ciertos casos, muy raros, la declaración *iocandi causa* puede producir efectos jurídicos, cuando por las circunstancias en que se hace o la torpeza del declarante la persona o personas a quienes se dirige toman en serio la declaración.

Habría aquí, a nuestro juicio, culpa del declarante y si produjo daños a la persona c;ue con ciertos fundamentos tomó en serio la manifestación de voluntad, procedería la indemnización de perjuicios, fundada en el artículo 2314 del Código Civil. Ejemplo, si prometo a una persona costearle un viaje a Estados Unidos de Norteamérica en caso que invente un aparato, que la mayoría considera imposible de realizar, y esa persona hace gastos y dedica todos sus esfuerzos al logro de sus propósitos, consiguiéndolos, no podría yo negar la indemnización sosteniendo que había hecho la promesa para divertirme a costa "del que creía un loco", si había motivos para que mi oferta en chanza fuera tomada en serio por el inventor.

1495. 3) LA SIMULACIÓN; GENERALIDADES

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 aquel que realmente se ha llevado a cabo.

La simulación se caracteriza -y en esto se distingue de la reserva mental- por el acuerdo con la parte o persona a la que se dirige la declaración. Por eso, mientras la *reservatio mentalis* es posible en todos los actos jurídicos, la simulación lo es tan sólo en los bilaterales y en los unilaterales en que la declaración de voluntad ha de enderezarse a una persona determinada que debe tener conocimiento de la misma (actos unilaterales recepticios), como en la notificación al deudor de una cesión de crédito, en un requerimiento, en un despido. Por eso también, mientras el acto jurídico con reserva mental es válido en principio, el simulado es siempre nulo, ya que la parte c;ue recibe la declaración no verdadera, no sólo conoce el desacuerdo, sino que lo ha querido por el pacto con el declarante. La nulidad siempre existe, cualquiera que sea el fin práctico cíe la simulación: defraudar la ley, engañar a los acreedores sobre la cuantía del patrimonio del deudor y, por lo mismo, substraer bienes a su garantía o hasta una simple ostentación.'

Como todos los actos se presumen verdaderos mientras no se rinda prueba en contrario, la simulación no es causa de invalidez.

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

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

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

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

1496. UNIDAD DE LA ACCION DE LA VOLUNTAD EN LA SIMULACION

Los autores franceses suponen que en la simulación las partes tienen dos voluntades distintas, una de las cuales está destinada a modificar o neutralizar a la otra.

Ferrara, en su obra ya clásica sobre la simulación,² combate esta idea. Dice: "En la simulación, a una declaración preventiva, que permanece oculta y esta-

blece que no se quiere el acto de que se trata, sigue una declaración pública de que se quiere el acto. Estas dos declaraciones, separadas y autónomas, tienen también en la mente de los contratantes una función diversa: la primera sirve para regular sus recíprocas relaciones y en esto se agotan sus efectos; la segunda, para producir la apariencia ante los terceros con propósitos de engaño. Aquí hay un acuerdo sobre la no realidad del acto y la voluntad de producir la ficción; pero este acuerdo *resulta ya de la sola declaración de contratar aparentemente* (de la contra o antideclaración), y, por su parte, la declaración pública con la cual viene a ejecutarse dicho acuerdo y que tiende a producir la ilusión en el público, está en sí misma con su contenido y un fin determinado, y no es parte de la primera. En otros términos, los contratantes no dicen sí o no, no afirman por un instante la realidad del acto para desdecirse o revocarlo

COVIELLO, obra citada, pp. *02 v tO.-i.
² *Ln simulación en los negados jurídicos, traducción del italiano. Madrid, 1925, pp. 71 a 73.*

en seguida, sino que originariamente, no quieren el acto y tratan de producir su apariencia... La unidad de la acción de la voluntad, excluye la idea de la neutralización, que supone dos términos igualmente eficaces y contrarios. Por otra parte, puede añadirse, para que dos declaraciones se neutralicen menester

es que se sucedan en el orden de lo positivo a lo negativo, y así, sustrayendo la una el contenido de la otra, dar por resultado cero... Pero es lo cierto —con certeza absoluta— que la ejecución del acto fingido sigue al acuerdo de la ficción; no es que el acto se paralice después por efecto de una declaración contraria, es que estaba destinado a la muerte desde antes de nacer. Estas indicaciones sirven también en contra de la doctrina francesa que considera la simulación como el resultado de la modificación que en un convenio manifiesto produce un convenio secreto. El contrato simulado no es modificado o destruido por un acto posterior, sino que, desde el principio, es un acto no serio, aparente y la convención secreta está destinada a constatar históricamente esta ficción".

1497. SIMULACIÓN LÍCITA Y SIMULACIÓN ILÍCITA

Según haya o no intención de defraudar a terceros, la simulación es ilícita o lícita.

La simulación lícita no persigue fines dolosos. Es determinación por motivos inocentes o de orden moral, como evitar conflictos con personas que se

juzgan con derecho a idéntico beneficio, quedar a salvo de indiscreciones o impedir que el público se ponga al corriente de ciertos negocios, o bien por modestia o desinterés para realizar anónimamente el bien.

Pero en la práctica la mayoría de las simulaciones son fraudulentas, realizadas en perjuicio de terceros.

1498. SIMULACIÓN ABSOLUTA Y SIMULACIÓN RELATIVA

La simulación puede ser absoluta o relativa.

"Es *absoluta* cuando en realidad ningún acto jurídico quiere celebrarse, y sólo aparentemente se realiza uno. Ejemplo típico: venta hecha por el deudor en perjuicio de los acreedores. Primus, recargado de deudas, vende a Secundus una casa; pero después devuelve el precio, continúa en posesión del inmueble, más tarde lo arrienda, percibiendo el mismo Primus las rentas, etc. En todos estos casos el acto tiene todas las apariencias del válido, pero en realidad no ha existido acto alguno. Los antiguos juristas decían por esto "colorem habet, substantiam vero nullam" (tiene color, pero substancia ninguna).

La simulación es *relativa* 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. Los antiguos juristas decían en estos casos "colorem habet, substantiam vero alteram" (tiene color, pero la substancia es otra).

En el caso de la simulación relativa hay dos actos jurídicos: 1° el ostensible, simulado, ficticio o aparente, que es el que las partes han fingido realizar, y 2° el acto oculto, sincero, real o disimulado, que es el que verdaderamente las partes han querido celebrar y destinado a quedar en secreto.

363

Hay simulación relativa por el *carácter* del acto cuando, por ejemplo, se hace una venta a vil precio, queriéndose en realidad hacer una donación; por razón de los *sujetos* del acto cuando, por ejemplo, se hace aparentemente una venta en favor de Secundus para que éste, a su vez, venda la cosa a la mujer del primer vendedor; por razón del *contenido*, cuando el objeto del acto o contrato, tal como resulta de la declaración, es diverso de aquél (se dice que se contrata a una mujer para que preste servicios de empleada y en realidad se la dedica a la prostitución), o cuando se introducen cláusulas que no son sinceras (por ejemplo, en una compraventa se hace aparecer un precio superior o inferior al convenido), o cuando el acto contiene fechas falsas o se hace figurar que ha sido celebrado en otro lugar distinto del verdadero, como se solía hacer entre nosotros en los tiempos en que se exigía que la letra de cambio debía ser girada de una plaza a otra".

1499. EFECTOS JURÍDICOS DE LA SIMULACIÓN

En este punto hay que separar la simulación absoluta de la relativa, y

dentro
de cada una las relaciones de las partes entre sí y las de éstas con
respecto a
los terceros.

1500. SIMULACIÓN ABSOLUTA

Como la simulación absoluta supone ausencia de consentimiento, no sólo para generar el acto aparente, sino cualquier otro, el acto simulado es nulo de nulidad absoluta (Corte de Santiago, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 29, sección I^a, p. 411).

Cualquiera de las *partes* puede pedir, fundándose en el artículo 1707 de nuestro Código Civil -que protege a los *terceros*, pero no a las *partes* de las estructuras- que se declare la vigencia del vínculo secreto de que da cuenta la contraescritura y en la que aparece que ningún acto se quiso en realidad celebrar.

Esto por lo que se refiere a las relaciones de las partes entre sí. Frente a los *terceros de buena fe* el acto simulado o público debe considerarse como existente. El tercero está de buena fe si ignora que hay simulación.

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 artículo 1707, relativo a las contraescrituras, mediante las cuales se deja testimonio de la simulación.

1501. SIMULACIÓN RELATIVA

En la simulación relativa, la voluntad real se sobrepone a la falsa: *entre las partes* vale el acto oculto o disimulado y carece de valor el público o simulado. No podría una de las partes, para evitar el cumplimiento del contrato oculto, oponer a la otra la simulación, porque según se deduce del artículo 1707

este medio sólo puede emplearse por los terceros.

Nuestra jurisprudencia ha dicho acertadamente que, en los casos de simulación relativa, para establecer las verdaderas relaciones jurídicas que han exis-

tido entre las partes, debe prescindirse del acto simulado y atenderse al acto

real, considerando la prueba rendida (Corte de Valparaíso, 12 de junio de 1935, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 33, sección 2ª, p. 17).

Frente a *terceros* el acto simulado o público se considera existente y válido; los autores de la simulación no podrían escudarse en ésta para atacar la adquisición hecha por un tercero de buena fe. Es el principio que resulta del artículo 1707. Pero contra el tercero de mala fe, es decir, contra el tercero que conoce la simulación, pueden las partes esgrimir ésta. Y el tercero de mala fe deberá pasar por los efectos del vínculo disimulado u oculto.

El acto disimulado obliga a las partes y al tercero de mala fe siempre que llene los requisitos generales y los que corresponden a su naturaleza especial. Y así, si el acto oculto adolece de objeto ilícito, no será válido, y la parte interesada, después de probar la simulación, podrá pedir, conforme a las reglas generales, la declaración de la nulidad de ese acto por objeto ilícito.

1502. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

Como la simulación ilícita es un verdadero delito civil, los terceros, para probarla, deben acudir a las reglas que gobiernan la prueba en materia delictual y no en materia contractual. Por eso pueden valerse de todos los medios que la ley permite para acreditar el fraude, incluso las presunciones, según lo ha declarado nuestra Corte Suprema (*Gaceta de los Tribunales*, 1918, tomo II, N° 270, p. 857).

La simulación es, respecto de las partes, una forma de manifestar el consentimiento; luego, su prueba, en este caso, queda regida por las normas de la responsabilidad contractual.

La prueba de la simulación corresponde al que la alega, pues los actos y contratos se presumen sinceros.

1503. FACULTAD DE LOS JUECES PARA APRECIAR LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

Los jueces del pleito aprecian soberanamente las pruebas aducidas para demostrar la simulación; no están sujetos al control del tribunal de casación.

1504. LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

Esta acción, dice la jurisprudencia, tiene por fin, fundamentalmente, establecer

la voluntad real y verídica de las partes y hacerla primar sobre la que falsamente expresaron (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXI, segunda parte, sección primera, p. 65).

Trátase de una acción personal y declarativa.

1505. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

Entre las partes, el plazo de la acción de simulación debe contarse desde que

una de ellas pretende desconocer el acto oculto e investir de seriedad al simula-

do o público, pues desde ese momento hay interés en ejercitar la acción.

Los terceros sólo pueden ejercitar la acción de simulación si tienen interés en la declaración de ésta, ya que es un principio que "sin interés no hay acción". Y el plazo se comienza a computar desde el momento en que tuvieron conocimiento del acto disimulado u oculto.

Algunos pretenden que la acción de simulación es imprescriptible, porque cualquiera que sea el tiempo que transcurra un acto que no existe no puede adquirir existencia y siempre se podrá pedir que se declare que no existe; pero contra esto se opone el principio general que declara que todas las acciones son prescriptibles, excepto las que expresamente el legislador establece como imprescriptibles.

Sea como fuere, el hecho es que la acción no podría entablarse después que hubiese operado la prescripción adquisitiva de la cosa por la persona que la adquirió basándose en el contrato simulado u ostensible.

1506. ACCIÓN CIVIL Y ACCIÓN PENAL

La simulación puede dar origen a una acción civil y a una acción penal: la primera para dejar sin efecto el 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*, tomo XV, sección segunda, p. 9).

1507. CONFLICTOS DE TERCEROS ENTRE SÍ

Si se produce el caso de que algunos terceros tengan interés en hacer valer el acto aparente y otros el acto secreto, la preferencia, según Planiol y Ripert (ob. cit., t. VI, p. 473, N° 339), debe darse a los que hacen valer el acto aparente. El artículo 1707, relativo a las contraescrituras, "se inclina en su favor, al igual que su espíritu, que tiende a garantizar la seguridad de los que confían en los actos ostensibles".

1508. LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN Y LA ACCIÓN PAULIANA

Aunque una y otra presentan semejanzas no pueden confundirse. La diferencia fundamental consiste en que la acción revocatoria se dirige contra un acto real del deudor y tiende a reconstruir el derecho de prenda general de los acreedores, disminuido por el acto fraudulento de aquél; la acción de simulación, en cambio, va contra un acto puramente ficticio del deudor y su fin no es la reconstrucción de la prenda general, sino más bien la comprobación que tales o cuales bienes no han salido en realidad del patrimonio del deudor.

La interposición de persona

1509. CONCEPO

Hay interposición de persona cuando al celebrarse un acto jurídico, se interpone un extraño con el fin de ocultar al verdadero interesado. La persona

interpuesta puede ser real o simulada, según actúe en el acto efectivamente como parte o sólo aparentemente.

1510. INTERPOSICIÓN DE PERSONA RF.AI.

Para que haya interposición de persona real se necesita:

"1) La existencia de tres personas, una de las cuales se presta a formar, en su propio nombre, el vínculo que interesa en realidad a otra que permanece ajena al contrato;

2) El acuerdo entre el que promueve la interposición y la persona interpuesta, acuerdo que determina cómo el intermediario ha de usar del efecto jurídico que obtiene en nombre propio. En cambio, no hace falta que el tercero conozca la cualidad de persona interpuesta de quien se encuentra frente a él. Es más: la mayor parte de las veces no debe conocerla, porque el engaño va contra el tercero" (Ferrara, obra citada, N° 50, pp. 292-293).

La interposición real puede ser perfectamente lícita y obedecer a un fin comprensible. Supongamos que un enemigo personal mío vende una casa de mi agrado. Ante el obstáculo para tratar el negocio, pido a un amigo que compre la casa y después me la venda a mí. Pero la interposición real puede también obedecer a motivos ilícitos; en tal caso, podrá impugnarse por los medios adecuados a la especie. Y así, si un cónyuge no divorciado perpetuamente se pone en connivencia con un tercero para que le compre una cosa a fin de que, después, se la venda, a su turno, al otro cónyuge, la venta podría atacarse de nulidad por fraude a la ley, ya que, mediante la combinación de dos actos, se pretendió burlar la disposición del artículo 1796, que declara nula la venta entre cónyuges no divorciados perpetuamente.

Nótese que es esencial para que haya interposición de persona el acuerdo entre el verdadero interesado y la persona interpuesta, en orden a que esta última intervendrá en el primer acto con el único fin de traspasar, mediante un segundo acto, al verdadero interesado los derechos adquiridos. Por eso —y siguiendo con el ejemplo de la venta entre los cónyuges— si el tercero adquirió para sí mismo, sin connivencia alguna con uno de los cónyuges, y después, por cualquier causa, vende la cosa al otro, no hay interposición de personas ni fraude a la ley (Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 1941, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 41, sección primera, p. 467).

1511. LA INTERPOSICIÓN SIMULADA

No es otra que una simulación de personas y consiste en hacer figurar en un

acto jurídico como contratante a quien no lo es en realidad, el cual presta su nombre y persona para encubrir, ante terceros, el nombre y persona del que real y directamente se ha obligado con los demás contratantes.

"Los derechos y obligaciones no se detienen —como en la interposición de persona real— ni un solo instante en la persona interpuesta, sino que nacen directamente para el patrimonio del verdadero interesado, el único que ha actuado en el contrato, aunque bajo un nombre mentido. A esta clase de persona interpuesta se le aplican en la nomenclatura denominaciones un tanto grotescas, pero muy llamativas, como hombre de paja (palo blanco, en Chile), testaferro,

fantoche... Es un *prestanombre*. en sentido técnico" (Ferrara, obra citada, N° 51, p. 295).

"Para que se produzca la interposición simulada no basta el acuerdo entre el verdadero interesado y el testafarro, sino que se requiere asimismo la inteligencia con el tercer contratante. En efecto, consistiendo el acuerdo simulatorio en que comparezca otra persona en el lugar del verdadero contratante, se necesita que tome parte en el mismo acuerdo el tercero que debe entablar la relación con persona distinta de la que figura en el contrato. Sin su consentimiento, tendríamos un propósito unilateral de simulación, no una simulación... Si A quiere comprar de B por medio de P, persona interpuesta, es preciso que el vendedor (B) conozca la simulación y tome parte en ella, pues en otro caso la adquisición sería para el testafarro P y no para A. El acuerdo de simular que sólo existe entre el verdadero interesado y la persona interpuesta, es respecto al tercero, una mera reserva mental" (Ferrara, N° 51, pp. 296-297).

De todo lo anterior se deduce: 1) que la persona interpuesta sólo coopera materialmente en el acto (presta su nombre); 2) que el contrato en realidad se celebra entre el verdadero interesado (con nombre fingido) y el tercero;

3) que es indispensable la connivencia entre el verdadero interesado, el testafarro y el otro contratante; 4) que el testafarro no adquiere derecho alguno, si bien sus actos son válidos en relación con los terceros de buena fe, excepción que se justifica en razón de la protección que, por interés general, debe darse a ésta.

1512. CUESTIÓN DE HECHO

La determinación de quienes constituyen persona interpuesta representa una cuestión de hecho, de apreciación de la intención de las partes. Escapa, por tanto, al control de la Corte Suprema; los jueces del fondo son en este punto soberanos (Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII, sección primera, p. 656).

1513. LA INTERPOSICIÓN DE PERSONAS EN EL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil no define la interposición de persona ni sienta reglas generales al respecto. Pero en algunos casos alude a ella. Así, en el artículo 966 dice: "Será nula la disposición (testamentaria) a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por *interposición de persona*". Y en el artículo 2144, expresa: "No podrá el mandatario por sí ni por *interpuesta persona*, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar si no fuere con aprobación expresa del mandante".

1514. PRUEBA

Como no es normal que valgan de interpuestas personas para celebrar sus actos, lógicamente la carga de prueba de dicha interposición corresponde al que la alega, y podrá valerse de todos los medios que la ley establece. La *presunción* es improcedente porque las presunciones son de derecho estricto, y en nuestro Código no existe disposición alguna que presuma casos de interposición de personas.

CAPITULO XLV

ACTOS ANÁLOGOS A LA SIMULACIÓN

1515. ENUNCIACIÓN DE ELLOS

Los actos concluidos en fraude a la ley, los actos indirectos y los fiduciarios presentan ciertos caracteres comunes con la simulación; pero no son propiamente actos simulados.

1516. FRAUDE A LA LEY

El fraude a la ley se diferencia de la simulación, porque ésta supone una apa-

riencia de realidad en tanto que el fraude a la ley consiste, según Ligeropoulos (que tiene una obra expresamente consagrada al tema), en actos *reales* queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que aun siendo lícitos en sí, aisladamente considerados, permiten, como resultado de la combinación, burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin. Mediante el fraude a la ley los interesados persiguen librarse de obligaciones impuestas por ella o un contrato, realizando actos ajustados aparentemente a la misma, pero que suponen una contravención o un falseamiento de su espíritu. Ejemplo: con el fin de burlar la prohibición del artículo 1796, según el cual el contrato de compraventa no puede celebrarse entre cónyuges no divorciados perpetuamente, uno de ellos vende efectivamente un bien a un tercero. y éste, a su vez, vende la cosa, también efectivamente, al otro cónyuge. No hay simulación porque las dos operaciones han sido reales y no aparentes.

Algunos autores no admiten el fraude a la ley como un medio de anular absolutamente los actos ejecutados, porque dicen que es difícil y peligroso entrar en la intención de las partes. Otros, por el contrario, piensan que, una vez determinada en forma clara la intención fraudulenta, no hay inconveniente para declarar dicha nulidad, ya que el artículo 10 del Código Civil al sancionar con la nulidad absoluta los actos jurídicos prohibidos por la ley, sanciona el resultado que la prohibición quiere impedir, cualesquiera que sean las formas de que se hubieren valido las partes. Lo que a la ley le interesa es el fondo, las consecuencias de los actos, y no su forma, aunque ésta se ajuste a la letra de la misma ley. "El legislador -dice un tratadista-, al dictar una orden o una prohibición, quiere que produzca sus efectos aun en contra de combinaciones que tratan de eludirla y aun cuando éstas adopten formas legales; aquél no puede

tolerar que la norma sea burlada por maniobras ingeniosas que adopten formas o vestiduras de esta naturaleza".

El problema del fraude a la ley -dice el autor español Valverde- es un caso de *interpretación del derecho* en el que corresponde al juez determinar el propósito de las partes de violar la norma legal y los perjuicios que con esta violación indirecta se causan. El problema es, por tanto —termina el mencionado profesor-, de arbitrio judicial, más bien que de norma legislativa.

Entre el fraude a la ley y la simulación cabe destacar las siguientes *diferencias*:

1) El acto jurídico simulado produce sólo una apariencia de contrato; el acto concluido en fraude a la ley es real y verdadero;

2) El acto simulado cuando es ilícito, viola directamente la ley; el fraudulento, sólo en forma indirecta; este último en sus formas externas respeta la ley, pero viola en el fondo su espíritu.

3) La simulación puede ser lícita o ilícita; el fraude a la ley es siempre ilícito.

1517. ACTO JURÍDICO O NEGOCIO INDIRECTO

Hay acto jurídico o negocio indirecto o, más exactamente dicho, procedimien-

to indirecto, cuando se emplea en determinados casos concretos un acto o negocio para producir, en última instancia, un fin práctico diverso de los que son propios del tipo a que ese acto pertenece. A través del acto jurídico que utili-

zan, las partes indirectamente consiguen fines diversos de los que "podrían deducirse de la estructura del negocio mismo". Ejemplos habituales: a) en vez de pagar al acreedor, el deudor le cede un crédito que, a su turno, tiene contra un tercero por una suma equivalente; b) una persona quiere donar a otra un bien y, para evitar pago de impuestos o para eludir una prohibición o por cualquiera otra razón, en vez del contrato a título gratuito que corresponde hacer, elige la vía indirecta de conferir mandato a quien desea beneficiar, mandato que lo extiende en forma irrevocable para administrar y enajenar dicho bien; c) un deudor, para garantizar una deuda, vende al acreedor una cosa con pacto de retroventa. En todos estos casos se crean los actos para un fin práctico diverso del que les corresponde por su función propia.

La diferencia entre el acto simulado y el indirecto es evidente. En el último nada es fingido, todo es real y efectivamente querido; ningún desacuerdo hay entre la voluntad y la declaración; lo único que ocurre es que las partes, con el ánimo de lograr indirectamente sus fines, usan un acto jurídico cuya función es diversa. Nótese que ellas "quieren efectivamente el negocio que celebran;

desean someterse efectivamente a su disciplina jurídica y repugnaría a sus pro-
pósitos la aplicación de una disciplina contraria; quieren también constantemente los efectos que son típicos del negocio adoptado, sin los cuales no obtendrían su fin, que no se identifica con la consecuencia de aquellos efectos, pero que, sin embargo, los presupone".²

¹ ASCARELLI, "Il negozio indiretto L. 'c " ieta commerciale", en *Studiper Vivante*, Roma, 1931, p. 23.
² idem.

371

El acto jurídico indirecto no constituye una categoría jurídica, pues el motivo que lo determina permanece extraño al acto mismo y a su causa.

En general, el procedimiento indirecto se considera válido, como quiera que las partes no excluyen los efectos típicos del acto o actos utilizados, sino que los hacen servir a otros fines diversos de los típicos de éstos, a lo sumo ellas agregan otros efectos compatibles con los mencionados para lograr mejor los fines que los mueven a emplear la vía oblicua. No hay en todo esto, como alguien ha subrayado, sino simplemente una consecuencia de la autonomía de la voluntad concedida a las partes. Sólo si el procedimiento se dirige a fines ilícitos, el acto o los actos empleados serán nulos. Pero en verdad en estos casos no se sanciona la existencia del fin indirecto, sino el fin ilícito mismo.⁵

La especie más importante o representativa del acto jurídico o negocio indirecto es el acto fiduciario que, en seguida, pasamos a estudiar.

1518. ACTOS JURÍDICOS FIDUCIARIOS

Concepto. Hay un acto jurídico fiduciario cuando una persona (el fiduciante) traspassa el derecho de propiedad de un bien a otra (el fiduciario), no para incrementar el patrimonio de la última, sino para que ejercite ella el derecho con determinadas limitaciones dirigidas a lograr ciertos fines prácticos, respecto de los cuales el acto tiene una eficacia *mayor* que la necesaria para alcanzarlos. En realidad, al menos de presencia, hay dos actos diversos en que se actúa o desarrolla el fin práctico que con el procedimiento fiduciario se persigue: uno amplio, que por tener efectos sobre la cosa se llama real; *liga* a las partes y es el único que interesa a los terceros y despliega su eficacia propia y

típica; el otro acto, de efectos puramente *obligatorios*, sólo se circunscribe a las partes, sin que cuente para nada respecto de terceros; mediante este otro acto el fiduciario se obliga a no usar la cosa o el derecho traspasado, sino únicamente para los fines establecidos.

Un ejemplo hará comprender más fácilmente el concepto. Con acierto decía Séneca que el camino de la doctrina es largo; breve y eficaz, el del ejemplo. Un acreedor, que quiere una garantía expedita y sin complicaciones, en vez de exigir por la deuda la prenda de una cosa mueble o la hipoteca de un bien raíz, celebra con el deudor la compraventa de la cosa seguida de la respectiva tradición, y conviene devolver el bien en cuanto se le pague la deuda obligándose a no disponer de la cosa entretanto, en el ínterin, como gustan decir los arcaizantes. Salta a la vista que, para el fin de garantía, la transferencia del dominio es *excesiva*, pues habría bastado constituir prenda o hipoteca. Con razón se dice, muy gráficamente, que en el acto o negocio fiduciario las partes quieren un más para conseguir un menos.

Fines más usuales que se persiguen con los actos fiduciarios. Son los que a continuación se indican.

'372

1. Fines de garantía, como el que fluye del ejemplo recién expuesto, o sea, transferencia de la propiedad al acreedor, obligándose éste a restituirla una vez satisfecho su crédito.

2. Fines de administración o gestión; se transfiere la propiedad, pero sólo para que la administre el adquirente o fiduciario, obligándose a devolverla cumplida que sea la misión.

3. Fines de mandato, como si se cede un crédito para que con su producto el fiduciario compre un terreno a nombre del fiduciante.

4. Fines de cobro. Por ejemplo, soy el beneficiario de una letra de cambio girada y aceptada por un amigo; con delicadeza y eficacia cedo plenamente el título de crédito a otro para que éste lo cobre y me entregue después la suma percibida.

5. Fin dirigido a privar a un acreedor del tradente de una cosa sobre la cual el primero podría hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del segundo. Un acto de esta especie, como oportunamente se estudiará, puede impugnarlo el acreedor por los medios adecuados.

Estructura del acto fiduciario. El acto fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos actos, igualmente queridos y efectivos; ningún fingimiento hay como en la simulación.

El primer acto se dirige a traspasar el derecho de propiedad o el crédito, que se realiza de modo perfecto e irrevocable. El acto produce plenamente sus efectos entre las partes y respecto de terceros.

El segundo acto, de efectos meramente obligatorios, sólo vincula a las partes y "corrige" el exceso de eficacia del primer acto, fijando las limitaciones con que se atribuye el bien al fiduciario que, en resumen, suele ser alguna de éstas: a) restitución de la cosa al fiduciante; b) transferencia o transmisión de la misma a la persona que se indica, y c) hacer un determinado uso del bien o darle un destino prefijado.

Que las anteriores limitaciones las cumpla o no el adquirente de la propiedad queda sujeto a la fe (*fiducia*) de éste. De aquí el nombre del acto o negocio fiduciario. Si el fiduciario burla las limitaciones y, por ejemplo, vende el

bien que se le traspasó con la obligación de que lo conservara para devolverlo más tarde, el fiduciante nada puede hacer contra los terceros. Estos adquirieron válidamente, porque las cláusulas limitativas no tienen alcance real o absoluto, sino puramente obligatorio en las relaciones internas entre fiduciante y fiduciario; aquél sólo podrá intentar contra éste la indemnización de perjuicios por incumplimiento de la obligación.

Validez del acto fiduciario. Una parte de la doctrina es contraria a admitir la validez del acto fiduciario, porque a través de éste se desvirtúa o cambia la causa propia del acto de que se trata. Así, por ejemplo, la compraventa, seguida de la tradición, tiene por fin o causa la transferencia de la propiedad y no la constitución de una garantía o una causa fiduciaria, como resulta si se mira el negocio en toda su complejidad. Nadie niega que las partes, en virtud de la autonomía de su voluntad, pueden celebrar todos los actos que les plazcan, aun crear innominados; pero no están facultadas ni tienen poder para cambiar los efectos propios de cada uno de ellos y tampoco está en sus manos alterar ni siquiera en parte la causa que los caracteriza. Sólo los actos abstractos se

realizan sin relación con una causa determinada, y aquí no se trata de ellos sino de actos causales, respecto de los cuales no puede haber una abstracción de causa, aunque sea parcial.*

Empero, la mayoría de los autores considera válido el acto fiduciario siempre que no se dirija a una finalidad ilícita o fraudulenta. Adúcese que el llamado acto fiduciario no es una categoría jurídica, un contrato que se apoye sobre una causa propia, la llamada "causae fiduciae"; como quiera que representa una especie de acto jurídico indirecto, constituye también un procedimiento indirecto, que resulta de un contrato traslativo, que tiene su propia y característica causa, y de una cláusula agregada de efecto obligatorio, que junto a este efecto, que es el adecuado y directo efecto negocial, expresa también el motivo del contrato traslativo. De aquí deriva que la validez del contrato y de la "cláusula fiduciaria", o sea, la hipótesis o situación entera, debe considerarse,

además, de las respectivas causas, los motivos que han determinado dicha situación compleja. Si nada ilícito o fraudulento hay, el procedimiento debe aceptarse.⁵

Bibliografía

1) FERRARA, *La simulación en los negocios jurídicos*, traducción castellana, Madrid, 1953.

2) DIEZ, *La simulación ante la jurisprudencia*. Santiago, 1944; hay 2ª edición.

3) VALENXUELA, *Simulación ante el derecho*, Valparaíso, 1942.

* Véanse, dentro de la corriente que niega validez al negocio fiduciario: SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, p. 212. y GIKSSI-TPI: STOKFI. *teoría del negocio jurídico*, tradnc. española, Madrid, 1959, p. 154, nota 3.

" En favor de la validez del negocio fiduciario, véanse: HARBERO, *ob. cit.*, t. I, pp. 431 a 433; TRABACCI, *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la 15ª edición italiana, tomo I, Madrid, 1967, p. 166, nota 31; TORRISI. *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1965, pp. 151 y 152. También se pronuncia a favor del acto fiduciario el autor español ALFONSO, *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona. 1966. " Según él, la validez del negocio fiduciario se apoya en la validez de la atribución de p.m.". "La cláusula fiduciaria, cuya causa sería la "causae fiduciae".

CAPITULO XLVI MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS NOCIONES COMUNES

1519. CONCEPTO

La palabra *modalidad* tiene una acepción amplia y otra restringida. En la primera significa toda modificación introducida por las partes o la ley en las consecuencias naturales de un acto jurídico.¹ Desde este punto de vista engloba todas las maneras de ser, todas las variantes que los derechos pueden presentar y sufrir. Pero entre estas variantes y maneras de ser, dice Josserand,² hay dos singularmente prácticas e importantes, que constituyen las modalidades por

excelencia, las únicas que ordinariamente se tiene en vista cuando se habla de modalidades: el *plazo* y la *condición*.

A estas dos y al *modo* limitaremos nuestro estudio.

1520. CARACTERÍSTICAS

a) Son elementos *accidentales*, es decir, pueden o no hallarse incorporados en

un acto, sin que ejerzan influencia sobre la existencia o validez de éste; pero esto no debe llevar a confusión: una vez incorporados a un acto jurídico, pasan a ser parte integrante del mismo e influyen sobre su eficacia.

b) Son de carácter *excepcional*: la regla general es que los actos sean *puros* y *simples*, esto es, que produzcan sus efectos inmediatamente y para siempre, porque las personas celebran ordinariamente sus negocios jurídicos con el propósito de alcanzar desde luego el objetivo que persiguen.

c) No se *presumen*, característica ésta derivada de la anterior: es necesario que las partes expresen en alguna forma las modalidades, porque de lo contrario no se subentienden; algunos sostienen que por excepción en ciertos casos la ley las presupone, como ocurre en los artículos 738 y 1489.

Art. 738: "El fideicomiso *supone* siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su substituto, a la época de la restitución".

* CAPITANT, *Introducción* a *l'é'a'dk*
² Obra citada, tomo I, p. 8?-'

Art. 1489: "En los contratos bilaterales *va envuelta* la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado".

A nuestro juicio ninguno de los dos casos constituye una condición. Desde luego, la existencia del fideicomisario jamás puede faltar a la época de la restitución; mal cabe entonces hablar de condición que, como toda modalidad, puede

o no existir en un acto jurídico; en verdad, la existencia del fideicomisario es un *presupuesto* del acto, o sea, un elemento que, si bien extrínseco a éste, lo integra y debe estar presente en el momento en que el acto se cumple o tiene vigor; es indispensable para su validez, como la capacidad del sujeto o la idoneidad del objeto. En cuanto a la llamada condición resolutoria tácita, es un supuesto legal o un elemento natural de los contratos sinalagmáticos, que lógicamente no requiere la mención de la ley ni de las partes. Sin embargo, trataremos la condición resolutoria tácita como condición para seguir el pensamiento

del Código aunque no responda a las ideas jurídico-científicas de hoy.

1521. ACTOS JURÍDICOS QUE PUEDEN SUJETARSE A MODALIDADES

Para dilucidar este punto, es menester distinguir entre actos patrimoniales y actos de familia.

Tratándose de los *primeros*, la regla general es que son susceptibles de someterse a las modalidades, ya que en derecho privado la regla fundamental es que puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe. Excepcionalmente, hay algunos actos que no admiten modalidades. Así, "no se puede aceptar o repudiar (una herencia) condicionalmente, ni hasta o desde cierto día" (artículo 1227);

"la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno" (artículo 1192). Sin embargo, hay que tener presente con respecto a esta última disposición la Ley General de Bancos: establece que podrán sujetarse a la administración de los Bancos comerciales y Bancos hipotecarios la administración de los bienes que constituyen la legítima rigorosa, durante la incapacidad del legitimario (artículo 48, N° 7).

Los *actos de familia*, por el contrario, no admiten modalidades, porque sus efectos son fijados por el legislador en forma expresa e imperativa. Sirva de ejemplo el matrimonio que, según definición legal, "es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen *actual e indisolublemente*, y por toda la vida..." (artículo 102). La palabra "actual" significa que el matrimonio comienza a producir efectos inmediatamente de celebrado; por lo tanto, no podría estipularse que aquéllos se producirán si se cumple una condición o después de cierto plazo. El vocablo "indisolublemente" revela que la terminación del matrimonio

no puede subordinarse a suceso alguno y que la unión dura toda la vida de los cónyuges. Otro ejemplo: la adopción, que, por expresa disposición del legislador, no puede sujetarse a condición, plazo, modo o gravamen algunos (Ley N° 7.613, de 21 de octubre de 1983, artículo 9°).

1522. LUGAR EN QUE EL CÓDIGO SI- O (T TA DE LAS MODALIDADES

El Código Civil se ocupa de las modalidades en el título IV del libro tercero, párrafos 2 ("De las asignaciones testamentarias condicionales"), 3 ("De las asignaciones testamentarias a día") y 4 ("De las asignaciones testamentarias a plazo") del libro IV.

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

naciones testamentarias a día") y 4 ("De las asignaciones testamentarias a plazo") del libro IV.

LA

CONDICIÓN

Generalidades

1523. DEFINICIÓN

Del tenor de los artículos 1070 y 1473, dedúcese que la condición es un hecho

futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho.

1524. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA CONDICIÓN

Los elementos constitutivos de la condición son:

- 1) Que sea un hecho *futuro*, y
- 2) Que sea *incierto*.

1525. 1) LA CONDICIÓN ES UN HECHO FUTURO

La condición es un hecho futuro, lo que quiere decir que debe realizarse en el tiempo que está por venir, o sea, después de celebrado el acto condicional.

No hay, pues, condición cuando las partes han subordinado la existencia de la obligación a un hecho presente o pretérito, aunque no tengan certidumbre sobre su realización.³ Si el hecho existe o ha existido, el acto jurídico se reputa puro y simple, pues la condición se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, se considera que el acto no vale, ni tiene eficacia (artículo 1071 en relación con el 1493).

Un ejemplo: "prometo darte un caballo si Titius es cónsul o si Titius vive. Considerando superficialmente las cosas habría aquí la apariencia de una condición, y no solamente por el empleo del adverbio condicional *si* con que ordinariamente se expresa la condición, sino también y más aún en razón de la duda que tenemos sobre la existencia de la obligación mientras se ignore si Titius ha sido cónsul o si Titius vive. Pero como la duda se refiere simplemente a este hecho, y la situación de las partes no depende de los eventos del porvenir, sino que se reduce a la verificación que hay que hacer, de si el hecho existe o no, la incertidumbre temporal en que se encuentran las partes, no tiene los efectos de una condición pendiente: si Titius ha sido nombrado cónsul o si Titius está vivo, la obligación ha existido pura y simple desde el momento en que la convención se celebró: si Titius no ha sido cónsul o si Titius ha muerto, la obligación no ha existido porque, como decía Justinianus, un

⁵ CI.ARO SOLAR, obra citada, tor.. i X

37í

hecho cierto en sí mismo, por más que sea incierto para los contratantes, no podría retardar una obligación".⁴

1526. 2) LA CONDICIÓN KS UN HECHO INCIERTO

La condición es un hecho incierto, un acontecimiento que puede suceder o no. La duda acerca de su realización es el elemento que diferencia la condición del plazo. De ahí que la muerte de una persona no puede ser jamás condición, ya que tarde o temprano ese fenómeno natural debe producirse. Pero la muerte, agregada a otra circunstancia, puede perfectamente constituir condición, como si estipula donar a un sujeto cien mil escudos si no muere antes de los sesenta años.

Clasificaciones

1527. DIVERSAS CLASIFICACIONES

Las condiciones, según sea el punto de vista que se considere, pueden clasificarse en:

positivas y negativas; posibles e imposibles; potestativas, causales y mixtas, y suspensivas y resolutorias.

1528. CONDICIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS

Atendiendo a la naturaleza del hecho, se distinguen condiciones positivas y negativas. "*La. positiva*, dice el artículo 1474, consiste en acontecer una cosa; la

negativa en que una cosa no acontezca".

La naturaleza del hecho es, pues, lo que caracteriza una y otra condición. Ninguna influencia tiene la forma gramatical en que ésta se expresa. Y así, habrá condición positiva cuando digo "te doy ciento, si te casas", lo mismo que cuando digo: "te doy ciento, si no permaneces soltero"; porque mi declaración de voluntad, dicha en forma positiva o negativa, importa en todo caso en que una cosa acontezca. Ahora, por el contrario, la condición será negativa, si expreso: "te doy ciento, si no tienes más hijos" o "si te quedas con el único que

tienes"; porque la frase, positiva o negativa, implica en todo caso en que una cosa no acontezca.

1529. CONDICIONES POSIBLES E IMPOSIBLES

Según que el hecho sea o no física y moralmente realizable, la condición es posible o imposible.

"Es *físicamente* imposible la condición que consiste en un hecho contrario a las leyes de la naturaleza física, y *moralmente* imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. Se mirarán también como imposibles las que están concebidas

⁴ La misma cita de la nota anterior.

en términos ininteligibles" (artículo 1475). Estas últimas son llamadas por los autores, *intelectualmente* imposibles.

Ejemplo de condición físicamente imposible que viene desde el Derecho Romano: te doy un millón de escudos si tomas una estrella con la mano.

Ejemplo de condición moralmente imposible: te obsequio una casa, si das muerte a Gustavo.

1530. CONDICIONES SUSPENSIVAS Y RESOLUTORIAS

La división más importante es la que se hace desde el punto de vista del efecto, en condición *suspensiva* y condición *resolutoria*.

La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho, y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (artículo 1479).

En otras palabras, podemos definir la condición suspensiva como el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la adquisición de un derecho, y la condición resolutoria como el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción o resolución de un derecho.

Ejemplos de condición suspensiva: un donante, un testador prometen a una persona cierta suma de dinero si ésta se casa; una compañía de seguros se compromete a indemnizar al propietario de un inmueble si éste es destruido o deteriorado por un incendio; el dueño de una casa la arrienda a una persona y le promete vendérsela en un precio determinado al terminar el arrendamiento, si quiere comprarla.⁵

Ejemplos de condición resolutoria: un donante expresa que si el donatario muere antes que él, la donación no tendrá valor alguno; un individuo vende su casa y se reserva el derecho de volverla a adquirir durante cinco años, reembolsando al comprador el precio que pagó por ella (pacto de retroventa).⁶

1531. LAS CONDICIONES SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA AFECTAN A LA EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En la condición suspensiva, el acto existe aun antes de que la condición se cumpla, pero su eficacia, la producción de sus efectos (el nacimiento de los derechos y obligaciones), permanece en suspenso. Tratándose de la condición resolutoria, el acto existe y produce todos los efectos de que es capaz, desde antes de que la condición se realice, y sólo queda la incertidumbre sobre la extinción de estos efectos.

1532. EN DOCTRINA, NO HAY MÁS QUE CONDICIÓN SUSPENSIVA

En realidad, toda condición suspende algo: la suspensiva, el nacimiento del derecho; la resolutoria, su extinción. Por eso puede decirse, en doctrina, que

" COLÍN y CAPITANT, obra citada;,, como l. p 18^.

^h La misma cita de la nota anteno-

.W/ TRATADO DI- DERECHO CIVIL. PARTES PRELIMINAR Y GENERAL.

no hay más que condición suspensiva y que toda condición resolutoria para una de las partes, es suspensiva para la otra: la condición resolutoria no es más que una faz de la condición suspensiva.

En la compraventa puede apreciarse claramente esta situación. Si Primus vende a Secundus una casa y se la transfiere, el derecho de Secundus sobre la casa está sujeto a la condición resolutoria de que pague el precio: si no lo paga. se extingue su derecho. Pero, mirando el asunto desde el lado de Primus, la condición es para él suspensiva, puesto que si Secundus no paga. va a adquirir nuevamente su derecho sobre la casa.

Lo mismo sucede en todos los contratos bilaterales, pues llevan envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, condición que viene a ser suspensiva para la otra (artículo 1489) (condición resolutoria tácita).

1533. CONDICIONES POTESTATIVAS, CAUSALES Y MIXTAS

Atendiendo a la *causa* que produce el acontecimiento futuro e incierto, las condiciones se dividen en potestativas, casuales y mixtas.

"Se llama condición *potestativa*, dice el artículo 1477, la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; *casual* la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; *mixta* la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso."

Bien definidas están las condiciones potestativas y casuales, pero no así las mixtas, en que se omitió mencionar la voluntad del deudor. Puede decirse, en consecuencia, que condición mixta es la que en parte depende de la voluntad del

acreedor o *del deudor* y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso.

Ejemplos:

1) Condición potestativa: Si me voy a Europa, te arriendo mi casa.

2) Condición casual dependiente de la voluntad de un tercero: Si Pedro deja el empleo, te lo reservo a ti.

3) Condición casual dependiente de un acaso: Si llueve en diciembre, te regalo un paraguas.

4) Condición mixta: Si celebro matrimonio con María, te donaré mi auto (es condición mixta, porque depende de la voluntad del deudor —yo— y de un tercero, María).

La condición potestativa puede consistir en la *pura* o *mera* voluntad de una persona, o mejor, en la simple declaración de voluntad, o, todavía, en un hecho tal, que puede o no verificarse indiferentemente, sin que haya serios motivos que induzcan a ejecutarlo o a omitirlo (te daré algo, si quiero, si me agrada, si me saco el sombrero); o puede consistir en un hecho voluntario pero que ordinariamente no se verifica o no se omite sin un motivo (si hago un viaje a Chillan, si termino un estudio). En el primer caso, la condición recibe el nombre específico *de pura o meramente potestativa*: en el segundo, de *simplemente* potestativa.

Todas las condiciones, tanto simplemente potestativas como las puramente potestativas, son válidas, *menos las condiciones suspensivas meramente potes-*

tativas que dependen del deudor. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que

HÜ.HO^ Y ACTOS [I-RIDICOS

Wí

"la condición resolutoria puramente potestativa, dependiente de la mera voluntad de la persona que se obliga, es válida porque la obligación ha podido nacer a la vida del derecho y la condición ha afectado únicamente a su extinción. Pero la condición suspensiva meramente potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga, es nula, porque en tal caso el deudor no manifiesta inalterablemente su voluntad de obligarse",⁷ no manifiesta el propósito serio de obligarse, por lo cual hay falta de voluntad, requisito de existencia del acto jurídico, sin la cual éste no puede formarse.

Efectos de las condiciones

1534. SITUACIONES EN QUE PUEDEN HALLARSE LAS CONDICIONES

Para estudiar los efectos de las condiciones es preciso considerar las tres situaciones en que pueden encontrarse: pendientes, cumplidas y fallidas.

Condición *pendiente* es la que todavía no se ha realizado y que no se sabe si se realizará o no.

Condición *cumplida* es la que se ha realizado; en otros términos, dicese que la condición se ha cumplido, cuando el hecho en que consistía se ha verificado.

Condición *fallida* es la que ya, fuera de toda duda, no puede realizarse; dicho de otro modo: la condición está fallida cuando el hecho en que consistía no se ha verificado y ya no es posible que se realice.

1535. EFECTOS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

Para determinar los efectos de la condición suspensiva debemos distinguir, según se encuentre pendiente, cumplida o fallida.

1536. EFECTOS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA PENDIENTE

Mientras la condición suspensiva está pendiente, el derecho no existe y no puede, por ende, exigirse el cumplimiento de la obligación, y si el deudor paga, la ley lo faculta, mientras pende la condición, para exigir la devolución de lo pagado. Así lo dispone el artículo 1485, al decir: "No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente. Todo lo que se hubiere pagado antes de verificarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido".

Si bien es verdad que el acto condicional, mientras la condición está pendiente, no da nacimiento al derecho, también es cierto que existe un derecho eventual, en virtud del cual el acreedor puede solicitar providencias conservativas, como lo establecen los artículos 61. 1 (P8 v 1492).

⁷ Corte de Talca, 6 de enero de 1961, publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXV (correspondencia: 1.ª parte, segunda parte, sección segunda, p. 19).

W2 TRATADO 1)K DKRK.HO CIV!!.. PARTES PRELIMINAR Y GKNERA1.

Art. 761: "El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo. Podrá,

sin embargo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario".

Art. 1078: "Las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias".

Art. 1492: "El acreedor podrá impetrar durante dicho intervalo (intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición), las providencias conservativas necesarias".

Si el acreedor de una obligación condicional muere *pendente conditione*, transmite este derecho eventual a sus herederos. Así lo hace el artículo 1492:

"El derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicio-

nal y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos, y lo mismo sucede con la obligación del deudor. Esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos".

1537. EFECTOS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA CUMPLIDA; RETROACTIVIDAD DE: LA CONDICIÓN

Cumplida la condición suspensiva, el derecho, que hasta entonces ha estado

en germen, adquiere consistencia, y es tal la fuerza de la condición suspensiva cumplida, que la ley le da efecto retroactivo, no en el sentido de destruir un hecho realizado, sino en el de retrotraer los efectos del acto desde el momento en que se cumple la condición al momento de la celebración del acto condicional. En otros términos, se considera que el acto produjo sus efectos inmediatamente de celebrado, como si hubiera existido siempre puro y simple.

La retroactividad de la condición se justifica. El acto jurídico sujeto a condición suspensiva es un acto existente, y el único motivo por el cual no produce inmediatamente sus efectos es la condición; si este motivo hubiese sido cierto desde el comienzo, el acto habría producido efectos inmediatos. A causa de la incertidumbre, pues, los efectos quedaron en suspenso, por lo que resulta natural que, cuando desaparece la incertidumbre, los efectos se ligen inmediatamente

a su causa anterior, que es el acto, y no al hecho establecido como condición.⁸

La teoría del efecto retroactivo, ¿constituye regla general en nuestro Derecho? El profesor Alessandri sostiene la afirmativa; el profesor Somarriva, por el contrario, estima que nuestro legislador no la ha aceptado como regla general, sino para casos particulares especialmente contemplados en el Código. Dilucidaremos con más detalles el punto en el tomo de las *Obligaciones*.

1538. EFECTOS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA FALLIDA

Si la condición suspensiva falla, se desvanece la esperanza o expectativa del acreedor condicional. El acto jurídico se horra y destruye por completo, tanto para el futuro como para el pasado; se considera que el acto jamás ha existido.

" COVIF.LLO. obra citada, p. -t" ^

1539. EFECTOS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

También debemos distinguir, para precisar los efectos de la condición resolutoria, los tres estados en que puede encontrarse.

1540. EFECTOS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA PENDIENTE

El acto sujeto a condición resolutoria, pendiente ésta, produce provisionalmente todos sus efectos como si fuera puro y simple; la incertidumbre sólo existe respecto de la perduración o muerte de los efectos.

Ejemplo: dono una casa a Manuel, pero si éste muere antes que yo, la donación quedará sin efecto. Manuel disfrutará desde luego mi casa y mientras viva; pero si muere antes que yo, los herederos deberán restituírmela.

1541. EFECTOS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA CUMPLIDA; RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN

Cumplida la condición resolutoria, verificado el hecho que la constituye, el derecho se resuelve o extingue. Y en virtud de la fuerza retroactiva que la ley atribuye a la condición, el derecho no sólo deja de existir para el futuro, sino que también para el pasado: se considera que nunca ha existido. Las cosas vuelven al estado en que se hallaban antes de la celebración del acto jurídico, y las partes deben ser colocadas en la misma situación en que se encontraban antes. Por eso el artículo 1487 dispone que "cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición. ..."

En cuanto a la teoría de la retroactividad de la condición resolutoria, como regla general en nuestra legislación, también hay la misma discrepancia de pareceres que tratándose de la condición suspensiva. Y aquí como allá, hacemos presente que al ocuparnos de las "Obligaciones" enfocaremos el problema.

1542. EFECTOS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA FALLIDA

Fallida la condición, vale decir, cuando el hecho en que consiste no se ha realizado y ya es seguro que no podrá realizarse, el derecho se consolida definitivamente y el acto se considera como puro y simple desde el momento de su celebración.

Ejemplo: dono cien mil escudos a Juan Antonio con la condición de que me los devuelva si se casa con María. Si ésta muere, ya es indudable que el hecho no podrá verificarse; el derecho de Juan Antonio se consolida definitivamente.

1543. LA EVENTUALIDAD Y LA CONDICIÓN. REFERENCIA
Véanse las explicaciones sobre *li. 1^ dc; 'c^; i0s* eventuales.

EL PLAZO

Generalidades

1544. CONCEPTO

De acuerdo con el artículo 1494, el término o plazo "es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación".

Pero esta definición sólo tiene en mira los contratos y obligaciones, por lo cual se hace necesario dar otra más general.

Podemos decir que el plazo es un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho.

De aquí se deducen los elementos constitutivos de la modalidad que es objeto de nuestra atención:

1) El plazo es un *hecho futuro*, un acontecimiento que debe realizarse con posterioridad a la celebración del acto jurídico, y

2) Es un hecho *cierto*, inevitable, que necesariamente ha de llegar.

1545. CARACTERES COMUNES DEL PLAZO Y LA CONDICIÓN

El término plazo y la condición presentan algunos caracteres comunes:

- 1) Ambos son modalidades de los actos jurídicos.
- 2) Tanto uno como otro son hechos futuros, y
- 3) El plazo como la condición permiten la impetración de medidas conservatorias.

1546. DIFERENCIAS ENTRE EL PLAZO Y LA CONDICIÓN

Pero al lado de las semejanzas están las diferencias.

a) El plazo es un hecho cierto, inevitable, que sin duda alguna debe realizarse; la condición, por el contrario, es un acontecimiento incierto, que puede o no suceder. Este carácter distintivo es fundamental, hasta el punto que es la certidumbre del hecho lo que sirve a la ley para clasificar los *días* en condiciones y plazos, al tratar de las asignaciones testamentarias. En efecto, el artículo 1083 dice que "el día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición y se sujeta a las reglas de las condiciones", y el artículo 1086 agrega que "la asignación desde día incierto, sea determinado o no, es siempre condicional. El día cierto y determinado constituye plazo".

b) Difieren también ambas modalidades en los efectos: la condición, suspensiva o resolutoria, afecta la existencia misma del derecho, sea para suspender su nacimiento, sea para extinguirlo; el plazo no afecta la existencia del derecho, sino su ejercicio, su exigibilidad.

c) Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido (artículo 1485); pero lo que se paga antes de cumplirse el plazo suspensivo, no está sujeto a restitución (artículo 1495).

d) El plazo puede ser de origen convencional, legal o judicial; la condición, en cambio, sólo puede tener origen en la voluntad de las partes o en la ley.

Clasificaciones

1547. ENUNCIACIÓN

El plazo, según sea el punto de vista a que se atienda, admite diversas clasifi-

caciones: expreso y tácito; determinado o indeterminado: convencional, legal y judicial: suspensivo y extintivo.

1548. PLAZO EXPRESO Y PLAZO TÁCITO

Plazo expreso es el que las partes fijan y estipulan en el acto o contrato, y tácito, el que necesariamente resulta de la naturaleza del acto jurídico, del fin o de las circunstancias de hecho. Este último, en realidad, no constituye una modalidad propiamente hablando; es sólo el tiempo racionalmente necesario para cumplir la obligación. Y así, la obligación de hacer o dar una cosa en un lugar determinado, necesariamente importa el plazo indispensable para hacer o para trasladarse al lugar en que la prestación ha de cumplirse.

Esta distinción la hace el artículo 1494, en los siguientes términos: "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo".

1549. PLAZO DETERMINADO E INDETERMINADO

El plazo es determinado cuando se sabe el día en que se realizará el hecho futuro e inevitable; por ejemplo, la Pascua de 1975. Y es indeterminado cuando se ignora ese día, por ejemplo, la muerte de una persona.

En el plazo determinado hay dos cosas que se saben de antemano: 1) la realización del hecho., y 2) el día en que ha de ocurrir. En el plazo indeterminado, en cambio, sólo una cosa se sabe: la realización del hecho. Por eso el

primero es llamado "dies certus an et certus quando", y el segundo, "dies certus an, sed incertus quando".

1550. PLAZOS CONVENCIONAL, LEGAL Y JUDICIAL

Según sean las partes, la ley o el juez quien lo establezca, el plazo es convencional, legal o judicial.

Del hecho de que el término sea una modalidad de los actos jurídicos, dedúcese que su fijación, por regla general, es obra de las partes. Sólo en ciertos casos, lo establece la ley (plazos de prescripción: el plazo de diez días del artículo 2200, según el cual si no se ha estipulado plazo en el mutuo, no hay derecho de exigir su pago dentro de los diez días subsiguientes a la entrega de la cosa, etc.).

El plazo judicial es todavía excepcional. Dice el artículo 1494, en su inciso 2º: "No podrá el juez, en los casos que las leyes designen señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar

386

el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes".

Podemos señalar como ejemplos de plazo judicial, los siguientes:

a) El poseedor vencido debe restituir la cosa en el plazo que el juez le señale (artículo 904);

b) En el caso de haberse pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, puede el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término (artículo 2201), y

c) El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiese sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda; por ejemplo si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado. El juez, sin embargo, *concederá en este caso al interesado el plazo que pida* para el pago de la demanda, y que por las circunstancias del demandado parezca equitativo (artículo 2291).

1551. PLAZO SUSPENSIVO Y PLAZO EXTINTIVO

La división que más nos interesa es la que distingue entre plazo suspensivo y extintivo.

Plazo suspensivo o inicial (*dies a quo*) es el que *suspende el ejercicio del derecho*, o, en otros términos, es aquel acontecimiento futuro y cierto desde el cual comienza a producir efectos el acto jurídico.

Plazo extintivo o final (*dies ad quem*) es el que por su cumplimiento extingue un derecho; dicho de otra manera: es aquel acontecimiento futuro y cierto hasta el cual duran los efectos del acto jurídico.

Ejemplo de plazo suspensivo: una compraventa en que se estipula que el precio se pagará seis meses después de celebrado el contrato.

Ejemplo de plazo extintivo: el arrendamiento de una cosa por un período determinado, un año, por ejemplo; al terminar el año, cesa el contrato y se extinguen, consecuentemente, los derechos derivados.

Efectos del plazo

1552. DISTINCIÓN

Para estudiar los efectos del plazo es preciso distinguir entre efectos del

plazo

suspensivo y efectos del plazo extintivo.

1553. EFECTOS DEL PLAZO SUSPENSIVO

Son, como ya se ha dicho, suspender el ejercicio del derecho.

El derecho existe desde un comienzo, porque el plazo no suspende el *nacimiento* del derecho, sino su *ejercicio*. Y ésta es una diferencia con la condición suspensiva, en la cual no surge el derecho sino una vez cumplida aquélla.

Prueba de que el derecho sujeto a plazo suspensivo existe, son las siguientes razones.

1) El capital prestado a plazo produce interés, lo que indica que el acreedor tiene derecho sobre ese capital.

2) El acreedor, en ciertos casos, como tratándose del deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia (artículo 1496). puede ejercitar su derecho antes de expirado el plazo.

3) Lo que se paga antes de cumplirse el plazo, no está sujeto a restitución (artículo 1495), cosa que no sucede en el caso de la condición suspensiva, en que puede repetirse lo pagado antes de su cumplimiento, porque el derecho no ha nacido todavía.

De todo lo dicho se desprende que el derecho constituido bajo plazo suspensivo existe y nace en el momento mismo en que se celebra el acto jurídico que lo genera. Así también lo pone de manifiesto el artículo 1084, al decir que "la asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día".

La regla anterior es también aplicable a las convenciones, a virtud del artículo 1498, que expresa: "Lo dicho en el título IV del libro III sobre las asignaciones testamentarias a día se aplica a las convenciones".

Finalmente, resta por decir que el derecho constituido a plazo permite también la impetración de medidas conservativas.

Vencimiento del plazo suspensivo. El vencimiento del plazo, que es la llegada del mismo o la realización del acontecimiento en que consiste, produce la exigibilidad del derecho; vencido el plazo, puede el acreedor o propietario ejercitar su derecho, porque ya no existe el obstáculo que se oponía, el plazo suspensivo.

Cumplido el plazo, sólo produce efectos para el *futuro* y jamás tiene fuerza *retroactiva*. Por eso el acreedor o propietario de una cosa no tiene derecho a los frutos ni a los intereses producidos antes del vencimiento del plazo.

1554. EFECTOS DEL PLAZO EXTINTIVO

El plazo extintivo pone fin a los efectos del acto jurídico, extingue el derecho.

Por ejemplo, si tomo en arriendo una casa hasta el 1° de mayo próximo, llegada esa fecha, mi derecho a usar la casa cesa.

El plazo extintivo, a diferencia de la condición resolutoria, sólo afecta al futuro, pone un límite a la prolongación de los efectos que nacen del acto jurídico; pero no anula los efectos en cuanto al pasado.

EL MODO

1555. GENERALIDADES

Nuestro Código Civil dice: "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga

por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer

ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un *modo* y no una condición suspensiva" (art. 1089).

Pero en forma más precisa la doctrina define el modo como una carga impuesta al adquirente de un derecho y cuyo fin es limitar éste. La carga se traduce en una prestación que debe realizar el adquirente del derecho. Ejemplos:

"Te instituyo heredero con la obligación de que construyas tres escuelas en diversas zonas fronterizas del país"; "te dono cien millones de pesos para que subvenciones hogares infantiles"; "te lego mi casa con la obligación de que no destruyas la estatua que se encuentra en el jardín de ella".

Ha de subrayarse que la prestación que debe cumplir el adquirente del derecho *no es una contrapartida* por el derecho recibido, sino una restricción de los efectos de éste para satisfacer los motivos o fines del instituyente.

Aunque oportunamente trataremos los perfiles del modo, conviene desde ya advertir, para evitar cualquier asomo de confusión, que el modo se distingue de la condición suspensiva en que no suspende la adquisición del derecho. Conforme a un aforismo, "la condición suspende, pero no obliga"; en cambio, "el modo no suspende, pero obliga" (al menos en general). En efecto, cuando una persona, por ejemplo, dona a otra cinco millones de pesos si erige una estatua que simbolice la justicia frente a la Escuela de Leyes, la donación está subordinada a condición suspensiva; el donatario, aun después de la donación, será libre de levantar o no ese monumento; pero no obtendrá el dinero sino una vez que lo haya erigido. En cambio, si la voluntad del donante es donar el dinero con la obligación de levantar una estatua que simbolice la honradez del abogado, la cláusula importa un modo: el donatario recibirá de inmediato el dinero, pero será obligado a erigir un monumento. Y no estaría de más hacerlo en la realidad para borrar los decires de las malas lenguas, como la de Henry Peter Brouham, según el cual el abogado es un caballero que rescata vuestra hacienda de las manos de vuestros adversarios y se la guarda para sí; desmentir a Lorenzo Pignotti que dice: "Temed, desventurados litigantes, más que a los pleitos a los abogados", o, en fin, al proverbio chino a cuyo tenor "ganar un proceso es adquirir una gallina y perder una vaca".

1556. EFECTOS DEL MODO

El modo no afecta la existencia del derecho: éste existe desde el comienzo: sólo afecta a la manera de ejercerlo. Por eso el artículo 1089 dice en su parte final que "el modo no suspende la adquisición de la cosa asignada".

1557. CUMPLIMIENTO DEL MODO

La persona favorecida con el modo tiene derecho para exigir judicialmente <; cumplimiento. Y así, por ejemplo, si se ha asignado una suma a Primus con L obligación de dar una pensión periódica a un pariente del testador, puede comparente ocurrir a los tribunales para que Primus cumpla con el modo i ...- artículo 1094).

El único derecho que tiene la persona favorecida con el modo es exigir: ' -- cumplimiento; el hecho de no cumplirse el modo, produce la resolución o r:-- tinción del derecho sujeto a modo. a menos que haya cláusula resolutoria iihrnos y ACTOS JURÍDICOS

"En las asignaciones modales, se llama *cláusula resolutoria* Li que impone

la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple e'i modo. No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa" (artículo 1090).

De manera que la cláusula resolutoria no se presume. Hav, sin embargo, un caso en que siempre se presume, y es el relativo a las asignaciones modales dejadas a los Bancos comerciales o hipotecarios, cuando el modo ha sido establecido en beneficio de terceros. "En tales casos, se entenderá que la asignación modal envuelve siempre cláusula resolutoria" (Ley General de Bancos, art. 48, N° 6).

Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que leve cláusula resolutoria (artículo 1092).

Ejemplo: "Dejo a Manuel diez millones de pesos para que adquiera una biblioteca jurídica".

En realidad, en este caso no hay carga alguna para el asignatario, y queda a su arbitrio cumplir o no con el modo; existe aquí, más bien, un simple consejo o recomendación que no crea obligación jurídica alguna, a menos que la asignación lleve cláusula resolutoria.

CAPITULO XLVII

LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

A. EFECTOS ENTRE LAS PARTES Y FRENTE A TERCEROS

1558. PRINCIPIO

En principio, los actos jurídicos sólo producen efectos, esto es, derechos y obligaciones entre las partes, y no aprovechan ni perjudican a las personas que no contribuyeron a generarlos (*res ínter alias acta alius ñeque prodesse ñeque necere potest*). Estas que se llaman terceros, son extrañas a la formación del acto y, por lo mismo, mal podrían quedar ligadas por sus efectos, que son relativos.

Para precisar exactamente el alcance de los actos jurídicos esta idea general no basta; se impone un análisis más profundo del concepto de partes y de terceros.

1559. PARTES

Partes son las personas que, personalmente o representadas, concurren a la formación del acto. Cada parte representa un centro de intereses, por lo cual una parte puede estar constituida no solo por una persona sino también por varias, si todas estas últimas forman un mismo centro de intereses.

Respecto de ellas, un acto produce todos sus efectos. Por eso dice el Código Civil que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales" (artículo 1545).

La persona que con su voluntad genera un acto jurídico recibe el nombre específico de *autor* del acto, y las que con su voluntad forman un acto bilateral, denominanse propiamente *partes*. Pero es frecuente en ambos casos emplear indistintamente una expresión u otra.

Nótese que las partes son las personas que con su voluntad generan el acto. Físte es el elemento decisivo que sirve para calificarlas, y no el de la con-

currencia a la celebración o al otorgamiento del acto. Los testigos y los notarios. por ejemplo, figuran en la celebración o en el otorgamiento de los actos, pero no son partes, por la razón que se dice.

1560. TERCEROS

El concepto de terceros es negativo, y dado por antítesis al de parte.¹

En general, se entiende por tercero toda persona que no ha participado ni ha sido válidamente representada en la generación del acto.

Pero entre los terceros hay que distinguir los terceros absolutos y los terceros relativos.

1561. TERCEROS ABSOLUTOS

Son las personas extrañas a la formación del acto y que no están ni estarán en relaciones jurídicas con las partes.²

Respecto de ellas el acto jurídico no produce efectos, principio que es el reverso del formulado por el artículo 1545 en cuanto a las partes del contrato.

1562. TERCEROS RELATIVOS O INTERESADOS

Son los que están o estarán en relaciones jurídicas con las partes, sea por su propia voluntad o la de la ley.³

"En este sentido -dice el autor italiano Giovene— la idea jurídica de terceros presupone, por una parte, un acto al cual una persona (el tercero) es extraña, y por otra, un nuevo acto (o un nuevo hecho jurídico en general), en el que esta persona es parte con relación a uno de los sujetos del primer acto y en virtud del cual llega, necesariamente, a encontrarse en relación con el otro sujeto del primer acto como consecuencia del contenido de estas dos estipulaciones."⁴

Entre los terceros relativos o interesados hay que distinguir dos categorías:

1ª los sucesores o causahabientes, y 2ª los autores de alguna de las partes.

1563. LOS CAUSAHABIENTES O SUCESORES

"La expresión causahabiente, que viene de Dumoulin —dicen Baudry Lacanti-

nerie y Chenu— es una palabra genérica empleada para designar cualquiera persona *que* deriva el todo o parte de sus derechos de otra que se llama su *autor* y que, desde el punto de vista de estos derechos, se encuentra en el lugar y situación de su autor, en la misma condición que él (*Ule qui causam auctoris habet*). Hay, pues, en la idea de causahabiente dos nociones esenciales: sucesión de 'una persona en los derechos de otra y, como consecuencia, identidad, similitud de posición en cuanto a los derechos transferidos o transmitidos".

¹ CIOVENE, // *Hegozio giltricióco risfietto ai terzi*, Turín, 1917, p. 207.

² BASTIAN, obra citada, p. 5.

¹ *Ihídem*.

⁴ GIOVRNK, obra citada, pp. 234 y 235.

¹ *Obra citada*, tomo II, p. 3-19.

Los causahabientes pueden ser a *título universal*, cuando suceden a su autor en todos sus bienes o en una cuota de ellos, o a *título singular*. cuando lo suceden en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o mas especies indeterminadas de cierto género. La sucesión puede operar por *acto entre vivos* (transferencia) o por *causa de muerte* (transmisión). En nuestro ordenamiento

jurídico esta última puede ser a título universal y a título particular: la sucesión por acto entre vivos sólo puede ser a título particular.

Los sucesores reciben el derecho de su causante en las mismas condiciones en que éste lo tenía; el derecho pasa de causante a sucesor con todas y las mismas ventajas y cargas.

Ahora bien, los sucesores o causahabientes a título universal puede decirse que se encuentran representados por su autor en el sentido de que todos los actos jurídicos de éste les aprovechan o perjudican. Todos los derechos adquiridos por su autor, a excepción de los que son inherentes a su persona, como los de uso y habitación, les aprovechan y deben cumplir todas sus obligaciones sin atender para nada a la fecha de su formación; en una palabra, suceden en todos los derechos y obligaciones de su autor.⁶

Los causahabientes a título singular sólo soportan los actos celebrados por su autor relativos al derecho en que lo han sucedido y deben respetar la situación jurídica creada por él.

Al lado de los causahabientes a título universal y a título singular se suele colocar a los *acreedores comunes o quirografarios*, que no constituyen, en realidad, ni una especie ni otra de sucesores, como lo prueba el hecho de que no pueden perseguirse las deudas del autor en el patrimonio de esos acreedores. Pero tales acreedores, al igual que los causahabientes a título universal, están, en principio, obligados a respetar los actos del autor.

1564. LOS ALTOS DE ALGUNA DE LAS PARTES

Por lo general, como en estos terceros no existe la idea de representación legal, escapan a las consecuencias de los actos de las partes. Hay casos, sin embargo, en que deben considerarse, especialmente en materia de cesión de créditos y de resolución: "el deudor cedido sufre los efectos de la transferencia consentida por su acreedor y los actos celebrados por quien tiene un título resuelto pueden influir en la situación de su autor. De la misma manera, tratándose de solidaridad y cauciones, los actos de uno de los codeudores o del deudor principal modifican la situación de los coobligados".

1565. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Hay casos en que los efectos de un acto jurídico alcanzan a ciertos terceros absolutos.

^h

Ibídem.

^s BASTÍAN, obra citada, p

394 TRATADO I) F. I. PAKTES PRELIMINAR Y GENERAL

Y esto en razón de la seguridad de las relaciones jurídicas o las necesidades de la práctica, como en el caso del pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito, es decir, al acreedor aparente, que es válido en contra del verdadero acreedor (artículo 1560. inciso 2º), o en el de los actos del heredero aparente, que pueden serle opuestos al verdadero heredero, o en la estipulación por otro.

En otras ocasiones un interés superior justifica la excepción al principio de la relatividad de los actos jurídicos. Así, un obrero que ingresa a un sindicato con posterioridad a la firma de un contrato colectivo de trabajo, queda ligado

a éste, a pesar de no haber intervenido para nada en su celebración.

Finalmente, hay actos que por su naturaleza misma exigen y producen efectos absolutos: los de familia. Sería absurdo, por ejemplo, que una persona legitimada tuviera la calidad de hijo legítimo para ciertos individuos y la calidad de ilegítimo para otros.

B. LA REPRESENTACIÓN

1566. CONCEPTO

La voluntad, condición de existencia de todo acto jurídico, puede manifestarse personalmente o por medio de otra persona, llamada representantes.

Los actos jurídicos pueden celebrarse o ejecutarse directamente por sus autores, o bien, por medio de representante.

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.⁸

Representante es el que obra en nombre y por cuenta de otro; *representado* es la persona en cuyo nombre y por cuya cuenta un tercero celebra un acto.

El acto jurídico se celebra por el representante, pero los efectos se producen directa e inmediatamente en la persona o esfera del representado.⁹

1567. LJTILIOAU DE LA REPRESENTACIÓN

La representación es una institución de gran utilidad práctica.

Desde luego es el único medio de suplir la falta de voluntad o discernimiento de los absolutamente incapaces (impúberes, dementes, sordomudos que

no pueden darse a entender por escrito); en su reemplazo actúa la voluntad de los representantes legales encargados de velar por los intereses de dichos incapaces. En cuanto a los incapaces relativos, sus representantes legales susti-

tuyen la voluntad de aquéllos cuando en nombre y por cuenta de los mismos

" COL.IN y CAITANT. obra citada, roño I. p. 189. "in fine".

l) Véase: DAVID STTTCHKIN B.. *I.ci ivpri'^eiifficn'iH en los actos jurídicos,*

Memoria de Prueba. Santiago, 1936.

395

celebran actos jurídicos. Por último, los representantes legales de los incapaces

relativos cooperan y se integran con la voluntad de éstos cuando autorizan a esos incapaces para que concluyan por sí mismos negocios jurídicos.

No menos útil es la representación convencional en que las personas capaces otorgan a otras poder para que las representen. En un momento dado una persona puede estar imposibilitada de concurrir a la celebración de un acto jurídico que le interesa llevar a cabo, imposibilidad que puede deberse a enfermedad, a encontrarse lejos del lugar en que debe celebrarse el contrato o a la necesidad de que una persona calificada actúe por ella o defienda sus intereses, como sucede en los pleitos con los abogados y procuradores.

La designación de representantes para celebrar contratos en países lejanos hoy se ha aminorado gracias al enorme desarrollo de las tecnologías computacionales y de telecomunicaciones que permiten el intercambio instantáneo de proposiciones y contraproposiciones de los posibles contratantes. Sin embar-

go, ciertos negocios complejos y de muchos detalles técnicos, exigen a menudo concurrencia personal y, cuando los directamente interesados no tienen la suficiente competencia, necesariamente deben nombrar a personas que la tengan y actúen como mandatarios o representantes suyos.

1568. ORIGEN HISTÓRICO

A pesar de las ventajas que la representación implica, es un hecho histórico, dicen Colín y Capitant, que ha sido desconocida durante largo tiempo. "El Derecho Romano no admitía que un acto jurídico pudiera crear derechos y obligaciones para otras personas que aquellas que habían contribuido a formarlo. Su punto de partida era esta idea sencilla: los que no han sido partes en un acto no pueden, por efecto de éste, llegar a ser propietarios, ni acreedores, ni deudores. La representación para los jurisconsultos romanos era una imposibilidad jurídica." El escaso poder de abstracción de los romanos de los primeros siglos, les impedía concebir ese instituto.¹⁰

"El principio de la no representación, no se oponía, sin embargo, a que una persona ejecutara un acto por mediación de otra, porque este procedimiento es prácticamente indispensable, y los romanos tenían que emplearlo de hecho para gestión de los bienes de menores sujetos a tutela y para el mandato. Pero ellos daban de la operación un análisis jurídico distinto del nuestro y que en cierto sentido era difícil y pesado. A sus ojos, los efectos del acto ejecutado por un representante se producían siempre para el que lo había realizado; pero este último debía traspasar los derechos que había adquirido al verdadero interesado, de la misma manera que éste debía descargarlo de las obligaciones que aquél había contraído. Por consiguiente, la operación se desdoblaba: había que transportar los derechos y las obligaciones del intermediario al verdadero interesado. Este procedimiento tan complicado exponía al gerente y al representado a sufrir los efectos de su recíproca insolvencia".

¹⁰ COLÍN y CAPITANT, obra citada, tomo I, p. 190.

396

"Los jurisconsultos romanos, dejando subsistente el principio, bajo el imperio de las necesidades de la práctica, perfeccionaron el procedimiento por una serie de reformas, cuyo resultado fue simplificar la formación de la relación jurídica entre el representado y el tercero: se admitió que el acto ejecutado por un intermediario produjera efectos para éste y que, además, engendrara *acciones* útiles entre el principal y aquel que había tratado con el representante."

"Puede decirse que, a partir de este momento, la regla de la representación adquirió carta de naturalización en el mundo jurídico; no quedaba más que suprimir los derechos y las obligaciones que nacen en la persona del intermediario, y admitir que la relación jurídica se formaba directamente entre el representado y el tercero. Pero el Derecho Romano no llegó nunca a esta concepción que fue realizada por el antiguo Derecho Francés".¹¹

1569. NATURALEZA JURÍDICA; TEORÍAS

Diversas teorías tratan de explicar la naturaleza jurídica de la representación.

Entre las principales pueden mencionarse las que siguen.

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 hoy abandonada, sobre todo porque resulta impotente para explicar casos de representación legal como el del demente o impúber. Es imposible admitir que el representante expresa la voluntad de éstos, ya que la ley les da precisamente curador o tutor porque carecen de voluntad.

2) *Teoría del nuntius o mensajero*. Sostiene que el representante no es más que un mensajero, un portavoz que transmite más o menos mecánicamente la voluntad del representado; de manera que el contrato se celebra real y efectivamente entre éste y el tercero.

La teoría del nuncio tampoco es satisfactoria. Decir que un representante es un simple mensajero, implica negarle su calidad de representante. Además, mal puede transmitir éste una voluntad que no existe, como en el caso de impúber o del enajenado mental.

3) *Teoría de la cooperación de voluntades*. Dice que la representación se explica por la cooperación de las voluntades del representante y del representado, concurriendo ambas en la formación del acto jurídico que sólo ha de afectar a este último.

La teoría de la cooperación ha sido repudiada por las complicaciones sin número a que da origen. Considera tantas distinciones y subdistinciones que sólo logra hacer abstruso el problema de la representación. Por otro lado, no explica los casos aludidos de representación legal. ¿Qué cooperación de voluntad cabe entre el demente y el impúber, que carecen de voluntad, y el curador o tutor?

" COLÍN y CAPITANT, obra citada, tomo I. p, 190.

397

4) *Teoría de la representación modalidad del acto jurídico*. Ha sido desarrollada por Lévy-Ullman, quien fundándose en la teoría de Pilon (que sostiene que es la voluntad del representante, substituyéndose a la del representado, la que participa real y directamente en la formación del acto que producirá sus efectos en la persona del representado), afirma que la representación 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.

¿Por qué es una modalidad la representación? Según los defensores de la teoría de las modalidades son modificaciones introducidas por las partes o la ley en las consecuencias naturales de un acto jurídico. Ahora bien, lo natural y corriente es que las consecuencias de un acto afecten a quien lo celebra, y como tratándose de la representación ocurre que las consecuencias afectan a otro, al representado, resulta explicable que se la considere una modalidad del acto jurídico.

Crítica de la teoría de la modalidad. A juicio de Madray,¹² la teoría de la modalidad es inexacta desde su punto de partida y carece de todo valor si se examina 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."¹³ Pero los defensores de la nueva

teoría han ideado una fórmula mucho más elástica y amplia al decir que la modalidad es uno de los elementos accidentales que pueden afectar al acto por mandato de ley o por voluntad de las partes. Y en esta aseveración no se puede fundar la moderna teoría de la representación. No es posible reducir este fenómeno a un elemento accidental del acto jurídico. En el moderno derecho privado la representación es, por el contrario, cuando ella incide, una parte constitutiva del acto jurídico, participa en el acto mismo, constituye su *ser* y no sólo su *manera de ser*. Carece de sentido pretender asimilarla a las otras modalidades del Código Civil, tales como el plazo y la condición. Sólo cuando los elementos esenciales de un acto están reunidos pueden pensarse en someterlo a una modalidad, y siempre que su naturaleza lo permita.'

El problema consiste en explicar el mecanismo del siguiente acto jurídico:

el representante negocia con una persona y es una tercera la que será obliga-

da en lugar del representante. Todo esto es el acto jurídico de la representación; si no contiene todos los elementos indicados, no existe, y es inútil hablar de él o buscar su explicación. El fenómeno representación aparece como un elemento esencial, sin el cual el acto jurídico considerado sería inconcebible;

ver en la representación sólo un elemento accidental, equivale a decir que puede

existir sin los elementos que la constituyen.

Los partidarios de la teoría de la modalidad al explicar la representación convencional dicen que los efectos del acto se radican directamente en

¹² *De la représentation en Droit Privé*. París. 1931, pp. 122 y ss.

¹³ PLANIOL y RIPERT, obra citada.

398 cabeza del representado. Los efectos normales del contrato -ligar a las partes mismas- no se producen y esto por obra de la voluntad de las partes, traducida en la modalidad llamada representación. Pero -objeta Madray- las partes contratantes son, en la especie, las que se designan con el nombre de representante y tercero, ¿qué viene a ser entonces la persona del representado? La teoría de la modalidad lo ha olvidado completamente. ¿Sería acaso suficiente, para que el representado quedara ligado, que un sujeto de derecho declarara al tercero con que contrata que obra en nombre de otro? Los partidarios de la teoría de la modalidad señalan entre las condiciones necesarias para que se produzca la representación "el poder de representar". Sin embargo, cuando estudian la naturaleza jurídica de la institución no hacen la menor alusión a él. Como se ve, la teoría de la modalidad no abarca todo el fenómeno de la representación.

Si la explicación por la idea de la modalidad es incompleta, por lo menos cuando se trata de la representación convencional, resulta incomprensible frente

a la representación legal. En este caso, la modalidad, introducida por la ley, estaría basada en la voluntad presunta de las partes. Pero —refuta Madray— mal

se puede hablar de voluntad presunta de las partes (el representante y el tercero), ya que éstos la manifiestan por hechos exteriores. El representante al celebrar un contrato para el representado afirma una voluntad que le es propia y que revela al tercero; éste, por su lado, da o rehusa su consentimiento con respecto a la representación. No se ve qué cosa puede presumir la ley si

todo es manifiesto. Lo que ocurre -termina Madray- es que la ley interviene para otorgar al representante el poder para obligar, bajo ciertas condiciones, el patrimonio del representado, y eso con el fin de atribuir fuerza obligatoria al fenómeno de la representación.

Explicación del instituto simplemente por el derecho objetivo. La doctrina moderna tiende a arrinconar todas las teorías enunciadas y basa la explicación de los efectos de la representación simplemente en el *derecho objetivo*. Este resuelve que, cumpliéndose determinadas condiciones, los efectos del acto celebrado por el representante se radiquen en cabeza del representado. En esta forma nada se puede aducir contra la representación legal, en que la voluntad del representado no existe. Tratándose de la representación voluntaria o convencional, la ley exige sólo que el representante esté facultado por el representado para obrar en nombre y por cuenta de éste. Eso es todo.

1570. LEGISLACIÓN CHILENA

A juicio de don Arturo Alessandri Rodríguez la teoría de la modalidad encuadra

perfectamente dentro del sistema del Código Civil chileno. Sostiene que de los términos del artículo 1448 aparece claramente que es el representante el que ce-

lebra el acto, pero atribuyéndole los mismos efectos que si hubiese sido ejecuta-

do por el representado; no considera la ley que el acto sea consentido por el representado, sino que estima que los efectos de este acto se radican en el representado, como si él lo hubiese ejecutado. Agrega Alessandri que numerosos artículos también ponen de manifiesto que es la voluntad del representante la que la ley requiere cuando hay representación: artículos 672, 673, 678, 721.

399

En un principio, la Corte Suprema rechazó la teoría de la modalidad que había aceptado una Corte de Apelaciones.¹⁴ Dijo que nuestro Código Civil se pronunciaba por la teoría de la ficción.¹⁵ Más tarde, sin embargo, volvió sobre sus pasos y afirmó que el derecho de representación consignado en el artículo 1448 es una modalidad jurídica.¹⁶

Por nuestra parte, estimamos que no porque diversas disposiciones del Código Civil dejan en claro que es el representante el que celebra el acto, radicándose los efectos de éste en la esfera del representado, debe ligarse la idea de la representación de nuestro Código Civil a la teoría de la modalidad, porque esta teoría sostiene varios postulados que explican el mecanismo de la representación en forma no satisfactoria y que Madray, como se ha visto, puso de relieve. Estamos con los que basan los efectos de la representación simplemente en el *derecho objetivo*, tal como lo expusimos más arriba. No es necesario recurrir a ninguna teoría doctrinaria.

1571. 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 (artículo N° 2116).

Mandato y otorgamiento de poder, es decir, de facultad para representar, son dos conceptos distintos. Mientras el primero señala una relación contractual existente entre dos personas, que obliga a la una a la ejecución de los

negocios que le han sido encomendados por la otra, el acto por el cual se confiere simplemente poder no es otra cosa que una declaración del consentimiento necesario para que una persona (el representante) pueda afectar a otra (el representado), por su sola manifestación de voluntad.¹⁷

El mandato es una relación contractual que supone necesariamente el acuerdo de las voluntades del mandante y el mandatario; el otorgamiento de poder, en cambio, es un acto jurídico unilateral, por el cual una persona confiere a otra la facultad de representarla.

La representación es *independiente del mandato*. 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 (cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos).

¹⁴ Corte de Temuco, 29 de marzo 1939, R. de D. yJ., tomo 40, sec. I^a, p. 304.

¹⁵ Corte Suprema, 26 de noviembre 1942. R. de D. yJ. citada en la nota anterior, misma página.

¹⁶ C. Suprema, 5 junio 1951 (R. de D. y I., r. 48, sec. I^a, p. 171), y 15 de marzo 1954 (misma revista, t. 51, sec. I^a, p. 61).

¹⁷ D. STITCHKIN B., obra citada, p. 80.

400

1572. TODOS LOS ACTOS ADMITEN REPRESENTACIÓN; EXCEPCIÓN

Un aforismo jurídico dice que "puede hacerse por medio de representante todo

lo que puede hacerse personalmente". Sin embargo, dentro de nuestra legislación, el testamento no admite representación: el Código Civil declara que la facultad de testar es indelegable (Art. 1004).

En principio, el albaceazgo también es indelegable, pero el testador puede conceder en forma expresa la facultad de delegarlo (art. 1280, inc. 1^o).

Otra hipótesis en que no cabe la representación es la del menor y del que se halla bajo curaduría que otorgan capitulaciones matrimoniales, las cuales de-

ben llevar a cabo personalmente, sin perjuicio de la autorización del curador o de la justicia, según el caso. Así se desprende del artículo 1721 del Código Civil.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 4.808, sobre Registro Civil, publicada en el Diario Oficial de 10 de febrero de 1930, discutíase sobre si podía o no celebrarse matrimonio por poder. Pero dicha ley puso término a la controversia declarando, en forma expresa, en su artículo 15, que podía hacerse.

1573. FUENTES DE LA REPRESENTACIÓN

La representación puede tener su origen en la ley o en la voluntad del representado, según se desprende del artículo 1448, cuando dice: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla..."

Cuando el carácter de representante emana de una resolución judicial, es la ley la que se lo atribuye a la persona designada; el juez no hace más que determinar ésta. Sostener que toda persona nombrada por el juez para representar a otra ejercita una representación de origen judicial, equivaldría a decir que los curadores dativos son también representantes judiciales, en circunstancias que el Código Civil dice expresamente que el tutor o curador de una persona es representante legal de ella (Art. 43).

1574. 1) REPRESENTACIÓN LEGAL O FORZADA

Esta representación es la que establece la ley.

Llámanse representantes legales las personas que, por mandato del legislador, actúan en nombre y por cuenta de otras que no pueden valerse por sí mismas.

El artículo 43, modificado por la Ley 7.612, cita los casos más comunes de representantes legales de una persona: "el padre, o la madre legítimos, el adoptante y su tutor o curador".

Pero el artículo 43 no es taxativo; hay otros representantes legales que los allí enumerados. Así, en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se trans-

fiere es el tradente, y el juez su representante legal (artículo 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

401

correspondiente escritura (Código de Procedimiento Civil, artículo 659): los as-

cendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera, pueden impetrar las providencias conservatorias que convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario (artículo 761, inciso 3°); hay aquí, pues, representación legal de una persona que no existe, pero que se espera que exista.

Fuera del campo del Derecho Civil, podemos citar como representantes legales: al Presidente del Consejo de Defensa del Estado; al Director de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, que es representante de la misma; al Rector

de la Universidad de Chile, que lo es de esta corporación.

1575. 2) REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Es la que emana de la voluntad de las partes.

Puede tener su origen, dentro de la legislación chilena, en el mandato o en el cuasicontrato de agencia oficiosa.

En esta última, cuando el interesado ratifica lo que el agente oficioso ha hecho, la representación es voluntaria, puesto que aquél por su propia voluntad hace suyo todo lo obrado. Pero cuando el interesado no ratifica y el negocio le ha resultado útil, debe cumplir las obligaciones contraídas en su nombre por el gerente (artículo 2290); hay aquí representación legal, porque es la ley la que impone al interesado el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el gerente en la gestión.

1576. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE EXISTA REPRESENTACIÓN

Son los siguientes:

1) Declaración de voluntad del representante;

2) Existencia al contratar de la *contemplatio domini*, y

3) Existencia de poder.

1577. 1º) EL REPRESENTANTE DEBE DECLARAR SU PROPIA VOLUNTAD, ya que es él quien contrata, es él —para emplear los términos del artículo 1448— quien ejecuta un acto a nombre de otra persona.

Basta que el representante tenga, según lo concluyen los autores y la jurisprudencia, capacidad relativa, pues el acto no va a comprometer su patrimonio, sino el del representado, y la capacidad plena se exige cuando se comprometen los propios derechos. Por eso los relativamente incapaces pueden ser mandatarios (artículos 1581 y 2128).

La capacidad del representado para nada se considera en los actos ejecutados por medio de representantes. Pero en la legislación chilena, tratándose de la representación voluntaria (que sólo puede emanar del mandato, ya que no se reconoce, como en otras legislaciones, la representación voluntaria derivada de un acto unilateral), la capacidad del representado puede influir en la eficacia del acto, no para los efectos de su anulación, sino para ligar al mandante. En efecto, si forzosamente se es representante voluntario a virtud de un mandato, este contrato debe someterse, como todos, a las exigencias del artículo

402 TRATADO DE DERECHO CIVIL PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

1445: "si el mandante es incapaz, no puede consentir, y si otorga mandato,

será nulo, absolutamente o relativamente, según la incapacidad del mandante. Y

si es nulo el mandato y se ha declarado la nulidad, no puede haber mandatario, y el que actúa como tal ejecuta actos que no comprometen al mandante".

1578. 2º) DEBE EXISTIR AL CONTRATAR LA "CONTEMPLATIO DOMINI", lo que quiere

decir que el representante ha de manifestar de un modo inequívoco su intención de obrar en nombre y por cuenta de otro, y que la persona que contrata con el representante, si el acto es bilateral, participe de esa intención. *La contemplatio domini* significa, pues, que el negocio no es para sí, sino para el representado, el "dominus" y que por ello se desenvuelve la actividad comercial, teniéndolo presente, o sea, contemplándolo.

Es indiferente que la doble intención (la del representante y la del sujeto con quien se contrata) sea expresa o tácita. No es necesario que se manifieste el nombre del representado; basta que se obre "a nombre" de otro.

1579. 3º) EL REPRESENTANTE DEBE TENER PODER, esto es, facultad dada por la ley

o por la convención para representar. Lo dice el artículo 1448: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, *estando facultada por ella o por la ley para representarla*".

"La extensión de la representación legal está determinada por el título de que emana, y la de la convencional, por el contrato. Según la Corte Suprema,¹⁸ calificar la extensión del poder es una cuestión de hecho que aprecian soberanamente los jueces de fondo".

En Suiza y Alemania el poder puede otorgarse por un acto unilateral, porque en la legislación de esos países es independiente del mandato y tiene reglas pro-

pías. En Chile no puede suceder otro tanto, porque si bien puede haber mandato sin representación, no cabe la representación voluntaria sin mandato. Confirma este

criterio el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que exige cuando hay mandato de ausentes se pruebe la aceptación expresa o tácita del mandatario.

No hay representación si una persona ejecuta algo por cuenta de otra sin tener poder o excediendo sus límites. Pero puede el representado aceptar lo hecho por el representante, ratificando o confirmando lo obrado. La ratificación equivale a un poder *a posteriori* con efecto retroactivo.

1580. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN

Los efectos de la representación legal y la voluntaria son unos mismos (artículo 1448). Y consisten en que los derechos y las obligaciones del acto se radiquen en la cabeza del representado como si hubiese contratado él mismo (artículo 1448).

Desde este punto de vista, tienen importancia la capacidad y personalidad del representado, porque a él lo afectan los derechos y obligaciones nacidos

¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII, sección primera, p. 473. 403

del acto concluido por medio de representante. Y así, si el acto se refiere a un

bien raíz situado en una parte del territorio en que ciertos extranjeros no pueden adquirir tales bienes, y si el representado es uno de esos extranjeros, quiere decir que el acto es nulo, no por estar viciado en su formación, sino por versar sobre un derecho que el representado no está legitimado para adquirir.

1581. SANCIÓN DE LOS ACTOS EJECUTADOS SIN PODER O CON EXTRALIMITACIÓN DE ÉSTE

Todo acto o contrato ejecutado por quien carece de mandato o de representa-

ción o excediendo de los límites del poder otorgado tiene, en principio, como sanción, la inoponibilidad de los efectos de ese acto o contrato a la persona o que se pretendió obligar.

1582. CASOS EN QUE EL ACTO DEL REPRESENTANTE QUE OBRA SIN PODER O FUERA DE ÉL AFECTA AL REPRESENTADO

En ciertos casos excepcionales el acto del representante que obra sin poder o

extralimitándolo afecta al representado, al igual que si lo ejecutare con poder o dentro de sus facultades. A continuación nos referimos a estos casos:

1) Cuando, habiendo representación voluntaria, *el tercero contrató de buena fe*, "esto es, ignorando *sin culpa de su parte* la ausencia o la insuficiencia del poder del mandatario, sea que éste haya tenido o no conocimiento de dicha ausencia o insuficiencia de poder. Es la solución que consagra el art. 2173 respecto de los actos ejecutados por un mandatario después de la expiración de su mandato. Tal solución puede extenderse al caso de insuficiencia de poder, por constituir la aplicación de un principio general.

Tratándose de un representante legal, el acto ejecutado por él fuera de la órbita de sus atribuciones no afectará al representado en caso alguno; puesto

que la ley se reputa conocida de todos, el tercero no podría invocar buena fe.

2) Cuando el acto *ha sido útil al representado*, como sucede en la agencia oficiosa y en el caso del pupilo contemplado en el art. 426, según veremos en el número 1584.

3) Cuando hay *representación aparente*, y ella existe cada vez que por hecho o culpa del representado se produce una situación tal que permite a los terceros suponer que la persona con quien contratan inviste realmente la representación de aquél. Pues quien crea una apariencia debe soportar las consecuencias que de ella resulten; hay culpa de su parte en producirla. Justo es que repare

el daño que así causa, y no puede haber mejor reparación que obligarla a cumplir el contrato ejecutado en su nombre. A esto se agrega que el sujeto que tole-

ra que otro obre en su nombre consiente en realidad en ello, y según el artículo 2123 el encargo que es objeto del mandato puede hacerse aun por la aquiescencia

tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.

4) Cuando el representado *ratifica* expresa o tácitamente el acto ejecutado por el representante".*

* **ARTURO ALESSANDRI R., De los contratos. Santiago, 1995, N° 167, pág. 133.**

404

del acto concluido por medio de representante. Y así, si el acto se refiere a un

bien raíz situado en una parte del territorio en que ciertos extranjeros no pueden adquirir tales bienes, y si el representado es uno de esos extranjeros, quiere decir que el acto es nulo, no por estar viciado en su formación, sino por versar sobre un derecho que el representado no está legitimado para adquirir.

1581. SANCIÓN DE LOS ACTOS EJECUTADOS SIN PODER O CON EXTRALIMITACIÓN DE ÉSTE

Todo acto o contrato ejecutado por quien carece de mandato o de representa-

ción o excediendo de los límites del poder otorgado tiene, en principio, como sanción, la inoponibilidad de los efectos de ese acto o contrato a la persona o que se pretendió obligar.

1582. CASOS EN QUE EL ACTO DEL REPRESENTANTE QUE OBRA SIN PODER

O FUERA DE ÉL AFECTA AL REPRESENTADO

En ciertos casos excepcionales el acto del representante que obra sin poder o

extralimitándolo afecta al representado, al igual que si lo ejecutare con poder o dentro de sus facultades. A continuación nos referimos a estos casos:

1) Cuando, habiendo representación voluntaria, *el tercero contrato de buena fe*, "esto es, ignorando *sin culpa de su parte* la ausencia o la insuficiencia del poder del mandatario, sea que éste haya tenido o no conocimiento de dicha ausencia o insuficiencia de poder. Es la solución que consagra el art. 2173 respecto de los actos ejecutados por un mandatario después de la expiración de su mandato. Tal solución puede extenderse al caso de insuficiencia de poder, por constituir la aplicación de un principio general.

Tratándose de un representante legal, el acto ejecutado por él fuera de la órbita de sus atribuciones no afectará al representado en caso alguno; puesto que la ley se reputa conocida de todos, el tercero no podría invocar buena fe.

2) Cuando el acto *ha sido útil al representado*, como sucede en la agencia oficiosa y en el caso del pupilo contemplado en el art. 426, según veremos en el número 1584.

3) Cuando hay *representación aparente*, y ella existe cada vez que por hecho o culpa del representado se produce una situación tal que permite a los terceros suponer que la persona con quien contratan inviste realmente la representación de aquél. Pues quien crea una apariencia debe soportar las consecuen-

cias que de ella resulten; hay culpa de su parte en producirla. Justo es que repare

el daño que así causa, y no puede haber mejor reparación que obligarla a cumplir el contrato ejecutado en su nombre. A esto se agrega que el sujeto que tole-

ra que otro obre en su nombre consiente en realidad en ello, y según el artículo 2123 el encargo que es objeto del mandato puede hacerse aun por la aquiescen-

cia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.

4) Cuando el representado *ratifica* expresa o tácitamente el acto ejecutado por el representante".*

* **ARTURO ALESSANDRI R., De ios contratos. Santiago, 1995, N° 167, pág. 133.**

405

1583. LA RATIFICACIÓN

Dicho está que cuando el que se da por representante de otro sin serlo realmente o cuando se extralimita en sus poderes el representante verdadero, el representado, en tesis general, no queda afectado por el contrato concluido sin su poder o más allá de éste. Pero nada impide que el representado voluntariamente apruebe lo hecho por el representante y recoja para sí los beneficios y las cargas del contrato. Este acto del representante se denomina *ratificación*, que nada tiene que ver con la ratificación o confirmación como medio de sanear la nulidad relativa de un acto.

La ratificación de que hablamos es un acto unilateral en virtud del cual el representado aprueba lo hecho por el que se dijo su representante o lo que éste

hizo excediendo las facultades que se le confirieron. Cabe tanto en la representación legal como en la voluntaria. Respecto de la última el artículo 2160 del Cód-

digo Civil se refiere expresamente a la ratificación por parte del mandante de las

obligaciones contraídas a su nombre por el mandatario fuera de los límites del mandato. Pero la ratificación también es procedente en la representación legal, porque la ley no la prohíbe, y en derecho privado se puede hacer todo lo que la ley no veda. Nuestra Corte Suprema ha dicho "que la deficiencia de la representación es subsanable por la ratificación posterior del mandante, pues, confor-

me al artículo 1449 del Código Civil, cualquiera puede estipular a nombre de una tercera persona aunque no tenga derecho para representarla, sujeta, eso

sí,
dicha estipulación a la aceptación posterior del tercero, y, según el artículo 1818,
la venta de cosa ajena ratificada después por el dueño confiere al comprador los
derechos de tal desde la fecha de la venta" (Cas. de fondo, 14 de enero de 1944,
Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLII, sección primera, p. 45).

La ratificación puede ser expresa o tácita. Es de la primera especie cuando el representado declara, por escrito o de palabra, la voluntad de hacer suyo el acto ejecutado a su nombre, y es de la segunda, cuando se desprende de cualquier hecho ejecutado por el representado que manifieste en forma inequívoca la voluntad de aceptar lo que en su nombre se ha hecho, como si exige los derechos que le otorga el contrato que ratifica o si cauciona las obligaciones que ese mismo contrato le impone.

Los tribunales del fondo son soberanos para determinar los hechos y circunstancias que implican ratificación tácita. La ratificación no es susceptible de casación, pues se trata simplemente de establecer un hecho del pleito.

Si el acto por ratificar es solemne, la ratificación también deberá serlo. Y deberán llenarse las mismas solemnidades que la ley exija para ejecutar el acto de que se trata.

Si el acto de que se trata no es solemne, la ratificación no necesita para su validez de ninguna solemnidad (Corte Suprema, 26 de marzo de 1941, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 39, sección primera, p. 12).

La ratificación es un acto jurídico *unilateral*, es decir, para que se genere basta la exclusiva voluntad del representado. Declarada esta voluntad en cualquiera de las formas que el Derecho admite para que sea eficaz, la ratificación surte efectos, aun cuando no sea conocida y aun cuando no sea aceptada. Para
que produzca sus efectos propios, que no son otros que hacer que empiece el

405

acto a la persona del interesado, basta únicamente la declaración de voluntad de éste, porque los actos jurídicos unilaterales son aquellos que para generarse requieren la voluntad de una sola persona.

La ratificación debe emanar necesariamente del representado, sus herederos o representantes legales y, en todo caso, el que ratifica debe tener *capacidad* suficiente para ejecutar el acto a que la ratificación se refiere.

La ratificación puede hacerse en cualquier momento, aun después de la muerte de la otra parte, del representante o del representado, si bien siempre debe emanar del representado o de sus herederos, porque ella es independiente del contrato a que se refiere. El contrato produce sus efectos, los que, si se quiere, están en suspenso, esperando que el representado los haga suyos. Por eso, mientras el contrato subsiste, mientras está vigente el plazo señalado, si alguno se indica, y la ratificación se produce, ella opera útilmente, aunque sobrevenga la incapacidad de alguna de las partes o la muerte de éstas.

La ratificación una vez producida es irrevocable; no podría dejarse sin efecto por la sola voluntad del interesado, aunque la otra parte no la haya aceptado o siquiera conocido. Sólo podría dejarse sin efecto la ratificación por *causas legales* o de *común acuerdo*, porque los actos jurídicos *unilaterales* (excepción hecha del testamento), al igual que las convenciones, no pueden dejarse sin efecto por la sola voluntad de su autor. Si bien basta la voluntad de una sola persona para generar los actos unilaterales, no siempre basta para dejarlos sin efecto; porque producen consecuencias en el patrimonio ajeno, que no pueden ser destruidas por la sola voluntad del que las creó.

Nuestra Corte Suprema ha dicho que "no cabe la revocación unilateral de la ratificación que ha producido efectos respecto de terceros" (Cas., 26 de marzo de 1941, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 39, sección primera, p. 12).

"Tan pronto como se produce, la ratificación obliga al representado respecto del tercero contratante del mismo modo que si hubiera existido un mandato previo, con *efectos retroactivos* desde la fecha del contrato celebrado por el representante".

Sin embargo, "si el acto ratificado estuviera sujeto a medidas de publicidad, la retroactividad de la ratificación no perjudicará a los terceros que hubieran adquirido derechos antes de que esa publicidad se hubiera llevado a cabo" (Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, tomo IV, La Habana, 1940, N° 64, p. 88).

1584. GESTIÓN DE NEGOCIOS O AGENCIA OFICIOSA

La agencia oficiosa o *gestión de negocios ajenos*, llamada comúnmente *gestión de negocios*, es un cuasicontrato por el cual el que administra *sin mandato* los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y *la obliga* en ciertos casos (artículo 2286).

Ahora bien, en esta hipótesis, en que no hay mandato, y aunque no haya ratificación posterior, la representación de todas maneras existe si el acto del gestor es útil al representado. El artículo 2290 dispone que si el negocio ha sido bien administrado, *cumplirá el interesado las obligaciones*

406

que el gerente ha contraído en la gestión y le reembolsará las expensas útiles o necesarias.

Este mismo principio lo aplica la ley tratándose de incapaces. Dice el artículo 426: "El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, *y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja*".

1585. DERECHO COMPARADO

Casi todos los Códigos actualmente vigentes reglamentan la representación dentro del mandato, y no como una institución independiente. Excepcionalmente, hay Códigos como los de Alemania, Suiza y Turquía, que dedican un título especial a la representación y aceptan que *ésta* emane de un acto unilateral sin relación con el mandato.

El Código Civil italiano de 1942 consagra un capítulo muy completo a la

representación dentro del título que podríamos llamar de la teoría general del contrato. El Código Civil de Etiopía de 1960 presenta un título especial sobre la representación y lo divide en cinco capítulos:

- 1) Disposiciones generales (arts. 2179 a 2198);
- 2) Del mandato (arts. 2199 a 2233);
- 3) De la comisión (arts. 2234 a 2252);
- 4) Del mandato conferido por los jueces (arts. 2253 a 2256), y
- 5) De la gestión del negocio (arts. 2257 a 2265).

La importancia del Código etíope deriva de que es el fruto del moderno Derecho Comparado; fue redactado por una Comisión de juristas europeos; las instituciones autóctonas tuvieron cabida en los sectores del derecho en que debían tomarse en cuenta (Derecho de Familia y de Sucesiones).

C. OTRAS HIPÓTESIS EN QUE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

ALCANZAN A LOS TERCEROS

1586. GENERALIDADES

Según fluye de lo explicado, los actos jurídicos producen sus efectos, por lo general, sólo para las partes, es decir, para los sujetos que con su voluntad generan el acto jurídico. Es el principio de la relatividad de éste. Sin embargo, hay excepciones. Una importante es la representación, en que el acto beneficia o perjudica, no a quien lo delibera y genera, sino aquel cuya voluntad es sustituida por la del representante, o sea, el representado. Pero en estos casos jurídicamente no se trata de un tercero, sino de la parte, comoquiera que se considera parte al que obra personalmente o por medio de representante. Y al respecto hay autores que distinguen entre parte formal y parte sustancial. *Parte formal* es aquella, el que delibera al concluir el acto o contrato. Y *parte*

407

sustancial es aquella que es o llega a ser sujeto de la relación jurídica que en

el acto o contrato se constituye, modifica o extingue; en otras palabras, como dice Carresi, partes en sentido sustancial son los sujetos que reciben en su propia

esfera jurídica los efectos de derecho directos del acto o contrato. El representante sería un caso de parte formal, y el representado de parte sustancial.

Hay diversas hipótesis en que los terceros, por excepción, son afectados por los actos jurídicos. Ya vimos algunos como el de los causahabientes, aunque se trata de terceros relativos, otros se refieren a ciertos terceros absolutos. Al respecto nos remitimos a lo explicado oportunamente. En este lugar nos detendremos en dos institutos, el de la estipulación para otro y el de la promesa de hecho ajeno. Veremos si cada uno de ellos importa o no una excepción al principio de la relatividad de los actos jurídicos.

1587. ESTIPULACIÓN PARA OTRO

La estipulación para otro o a favor de tercero es una estipulación mediante la

cual una de las partes, el estipulante, se hace prometer de la otra, el prome-
tiente, una prestación a favor de un tercero, llamado beneficiario. Nuestro Có-
digo Civil dispone: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona,
aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona
podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa
o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concu-

rrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato" (art. 1449). Hay un ejemplo típico de estipulación para otro en el que asegura su vida, comprometiéndose la empresa aseguradora a entregar, a la muerte de aquél, una suma de dinero, a la mujer el mismo o a sus hijos, que son los terceros beneficiarios.¹⁹

El tercero se ve, pues, afectado por un acto en el que no ha participado en su generación.

1588. PROMESA DE HECHO AJENO; NO AFECTA AL TERCERO

Según el Código Civil chileno, "siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa" (art. 1450). Ejemplo de promesa de hecho ajeno: el vendedor de una casa se compromete frente al comprador que el vecino derribará los árboles que tiene en su propiedad y que malogran la perspectiva de la casa comprada.

Como lo deja en claro la disposición legal citada, al revés de la estipulación en favor de otro, la promesa de hecho ajeno no es uno de los casos excepcionales en que un tercero queda afectado por un contrato celebrado por otras personas, pues el tercero no adquiere obligación alguna por el pacto de

¹⁹ Véase OSVALDO CONTRERAS S.. *Derecho de Seguros, Santiago, 1982.*

409

LA PRUEBA DE LOS HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

A. PRELIMINARES

1590.- Generalidades.- No siempre los derechos subjetivos se disfrutan pacíficamente. A menudo un tercero los viola y desconoce. Y entonces si la litis, si el conflicto de intereses entre los sujetos, no se compone y arregla buenamente, habrá que ir a la justicia. Ante el juez no bastará hacer meras afirmaciones, decir que el derecho existe y nos corresponde; las aseveraciones sin más, a favor propio, no cuentan, son irrelevantes. Será necesario probar, es decir, demostrar la realidad del hecho que se sostiene. Y de otra manera no puede ser. Las afirmaciones no establecidas como ciertas se destruyen con negaciones de la parte contraria o con otras afirmaciones de ésta que neutralizan a las primeras. Si Primus cobra una suma de dinero a Secundus que dice haberle prestado, el requerido podrá contestar que el otro jamás le prestó algo o que si lo hizo ya le pagó. El juez no tiene porqué creer mas a uno que a otro, y sólo dará la razón a quien lo convenza, mediante la prueba, que la realidad está de su parte.

Pero no sólo en las contiendas, en los juicios, en los procesos contenciosos es necesario producir la prueba del derecho en discusión; también lo es en los procesos no contenciosos y en otras gestiones de muy diverso carácter en que se reclama un beneficio jurídico. Si yo pido los bienes de una persona muerta, aunque nadie se oponga a mi solicitud, deberé establecer ante el juez que soy heredero. Si pido se me conceda la jubilación, será indispensable que demuestre los hechos de que deriva el derecho que solicito me sea reconocido.

410

1591. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

Ni en la lógica, ni en las ciencias ni en la filosofía puede prescindirse de la

demostración en sentido amplio o prueba. Sin embargo, algunas tendencias (pragmatismo, intuicionismo) restan importancia a la demostración como cualidad necesaria del pensamiento. Según Bergson, no existe, por ejemplo, ningún medio concebible de probar experimentalmente la imposibilidad de un hecho.² Otras corrientes, como la marxista, rechazan con vehemencia cualquiera postura que no vea en la demostración el nervio vital del pensamiento científico. Por cierto, en la teoría jurídica esos contradictorios puntos de vista también se dan; pero no en el campo práctico de las controversias judiciales y en cualquiera gestión dirigida al reconocimiento de un derecho. Las partes, si quieren ver acogidas sus peticiones, necesitan establecer la verdad o existencia de los hechos que originan o fundamentan el derecho que pretenden.

En el ordenamiento jurídico positivo la prueba es de tal trascendencia que, con razón, se ha dicho que un derecho, aunque realmente exista, si no puede demostrarse es como si no tuviera vida: su utilidad es nula.

1592. ETIMOLOGÍA Y ACEPCIONES

a) *Etimología*. Según algunos, la palabra *prueba* deriva del adverbio *probé*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende. A juicio de otros, prueba vendría de *probandum*, en el sentido de recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fe, como expresan varias leyes del Derecho Romano.

La palabra prueba tiene acepciones diversas.

En primer lugar, es la *demostración* de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia. Dícese, siguiendo a un civilista francés muy en boga a comienzos de siglo, Baudry-Lacantinerie, que "es el establecimiento, por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama".

En segundo lugar, prueba equivale a los *medios de prueba*, o sea, los medios de convicción considerados en sí mismos y que llevan a la inteligencia a admitir la realidad de un hecho; son medios de prueba las manifestaciones materiales de los hechos: las cosas corpóreas que representan a éstos y a las declaraciones de voluntad (documentos) o que constituyen indicios para inferir hechos acaecidos.

La prueba puede ser histórica o crítica. *Pruebas históricas* son las que constituyen la representación del hecho o la exposición de los hechos sucedidos (instrumentos, testimonios, confesión). *Pruebas críticas o lógicas* son las que implican la reconstrucción de los hechos a base de indicios de éstos, conforme a un razonamiento inductivo (presunciones, pericia), o sea, el hecho que se desconoce y averigua se infiere de otro u otros hechos.

² *L'évolution créatrice, 52 édition, París, 1940, pp. 36-37.*

411

En tercer lugar, hablase de prueba para referirse al hecho mismo de su *producción*, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales, y en este sentido se dice, por ejemplo, que la prueba incumbe al actor o al demandado.

Por último (sin perjuicio de que haya otras acepciones, que por ahora no vale la pena subrayar), por prueba se entiende 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. Así se dirá que el demandante probó su acción o que no logró hacerlo.

1593. LA MATERIA DE LA PRUEBA CAE DENTRO DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO PROCESAL

La materia relativa a la prueba cae principalmente dentro del campo del Derecho Procesal, porque, por regla general, es ante los tribunales, como motivo de un litigio, cuando los interesados intentan probar sus respectivas pretensiones. De ahí que el Código de Procedimiento Civil consagre minuciosas disposiciones al respecto.

Pero, por otra parte, la materia está igualmente ligada al Derecho Civil y los principios que la gobiernan forman parte integrante de nuestro Código. Esto se justifica.

En primer lugar, hay situaciones que deben probarse fuera de todo juicio o litigio. Así, por ejemplo, las personas que quieren contraer matrimonio deben acreditar la edad competente.

En segundo lugar, la prueba presenta una parte substantiva, fundamental, que es naturalmente de Derecho Civil, como ser la determinación de los medios de prueba, su admisibilidad o procedencia y el valor probatorio de los diversos medios. El Derecho Procesal se ocupa de la prueba desde el punto de vista adjetivo, y así el Código correspondiente reglamenta la manera como se rinde la prueba en juicio.

Finalmente, debemos estudiar en nuestro ramo la prueba, porque el legislador le ha consagrado en el Código Civil mismo todo un título.

Los procesalistas modernos están divididos sobre el carácter de la materia relativa a la prueba. Carnelutti³ acepta el criterio que ve en la prueba un objeto del dominio del Derecho Civil y del Derecho Procesal. Y dice que este último sólo debe ocuparse de las maneras en particular en que las pruebas se aplican en el proceso. Betti, por el contrario, opina que la materia referente a la prueba, dado su destino, está regida por normas de derecho procesal; la inclusión de ellas en el Código Civil -agrega- no debe inducirnos a confusión acerca de su naturaleza.⁴ El derecho soviético remite la prueba a la legislación procesal.

³ *Instituciones del nuevo proceso civil italiano, traducción castellana, Barcelona, 1942, p.155.*

⁴ *Diritto Processuale Italiano. Roma. 1936, p. 348.*

412

1594. UBICACIÓN DE LA MATERIA DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO CIVIL

Pothier dedica una parte de su *Tratado de las Obligaciones* a la prueba de éstas-

tas y a la de su pago. Los redactores del Código Civil francés, sin mayor espíritu crítico, optaron por la imitación. En el último capítulo del vapuleado Libro III -vapuleado por la abismante heterogeneidad de asuntos que contiene-, hablan con las mismas palabras del gran jurista de Orleans: "De la preuve des obligations et de celle du payement" (artículos 1315 y siguientes). Incrustaron, pues, la teoría de la prueba en el título consagrado a las obligaciones.

Don Andrés, el hijo de Bartolomé Bello y Antonia López, con gran tino, desechó enmarcar en un solo libro todo el contenido del Tercero del Código de Napoleón, y lo dividió en dos, agrupando, en lo posible, las materias afines. Sin embargo, dada la sistemática general del Código, hubo de colocar la

prueba en el Libro IV, el "De las obligaciones en general y de los contratos", y más precisamente en el Título XXV, "De la prueba de las obligaciones" (artículos 1698 a 1714). Sin duda, la ubicación es inadecuada. Las normas sobre la prueba dominan el Derecho Civil entero y se aplican a los hechos y actos que generan toda clase de derechos (reales, de familia) y no sólo los de obligación o de crédito. Únicamente no se utilizan esas normas -que son generales- cuando

hay reglas especiales, diversas, consignadas en forma expresa, como sucede tratándose "de las pruebas del estado civil" (artículos 304 a 320).

Las corrientes modernas, aunque siguen diversas técnicas, llegan todas a la adecuada ubicación general del tema. El Código Civil italiano de 1942 consagra su último Libro a la tutela o protección de los derechos, y dentro de él regula la prueba. La Comisión de Reforma del Código Civil francés, creada por decreto de 7 de junio de 1945, dentro de un plan provisional, dedica el Libro IV a "Los actos y los hechos jurídicos", y en un título especial (el 3º) regula la prueba de unos y otros. La Unión Soviética entrega la prueba por completo a la legislación procesal; ésta la trata en los "Preceptos Generales" (Bases del procedimiento judicial civil soviético, puestas en vigor el 1º de mayo de 1962, artículos 17 a 20).

B. OBJETO DE LA PRUEBA

1595. LA PRUEBA VERSA SOBRE LOS HECHOS Y TOCA A LAS PARTES, POR REGLA GENERAL, SUMINISTRARLA

El objeto de la prueba se refiere a la cosa que debe probarse, y esa cosa son

los hechos y no el derecho. Deben acreditarse, pues, los actos y, en general, los hechos jurídicos.

Si Primus exige de Secundus el cumplimiento de una obligación, deberá acreditar qué hecho dio nacimiento a ese vínculo, o sea, deberá establecer la existencia de un contrato, de un legado, de una gestión de negocios u otro acto por el estilo generador de la obligación reclamada, y si no se trata de un acto jurídico, preciso será que demuestre la realidad de un hecho jurídico en sentido estricto capaz de engendrar dicha obligación, como un hecho ilícito dañoso, o un enriquecimiento injusto, etc.

413

Los derechos no necesitan probarse, comoquiera que emanan o son reconocidos por la ley, y la ley se presume o se finge conocida de todos. Sin embargo, a salvo queda lo que más adelante se dirá de la prueba del derecho extranjero y la costumbre.

1596. DISPONIBILIDAD DE LA PRUEBA

El juez, en el proceso, tiene la tarea de fijar el significado de la norma jurídica

y, además, comprobar o verificar la realidad de los hechos del juicio. Las atribuciones en estos dos extremos no son iguales.

Es facultad propia del juez la llamada noción del derecho, o sea, es a él a quien corresponde determinar la norma jurídica aplicable y su interpretación. De acuerdo con el adagio, estimase que "el juez conoce los derechos" (*iura novit curia*). El origen de la frase es pintoresco: según algunos, surgió como un verdadero exabrupto de un magistrado; éste perdió la paciencia ante las

largas disquisiciones jurídicas del abogado que alegaba y de improviso lo interrumpió diciéndole: "Venite ad factum Curia novit ius", o sea, "pase a los hechos; la Corte sabe el derecho".⁵

La circunstancia de que toca al juez señalar el derecho aplicable no libera a las partes de exponer los fundamentos de derecho en que apoyan sus pretensiones; por el contrario, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, deben hacerlo (art. 254, N° 4°). Pero el juez es libre para utilizar o no las argumentaciones jurídicas del actor y el demandado; de ninguna manera queda vinculado a ellas, y nada le impide decidir que la norma aplicable es distinta a las que invocaban las partes o que su significado no es el que éstas, incluso concordantemente, le atribuían. La doctrina y la jurisprudencia son al respecto uniformes. Ha dicho, por ejemplo: a) que los jueces tienen libertad para exponer las razones legales que, a su juicio, justifican su resolución, hayan sido alegadas o no por las partes;⁶ b) que esta libertad de los jueces en la aplicación del derecho es lo que constituye la esencia de la facultad de juzgar, y si fuera restringida a las argumentaciones de los litigantes, la justicia pasaría a ser ilusoria, comoquiera que bastaría la falta de una defensa adecuada para que, como con-

secuencia, se perdiera o negara un derecho indiscutido⁷ y c) que si compete a las partes señalar los hechos en que basan sus pretensiones y a los jueces los preceptos que estimen aplícales a la especie, obvio es que mal puede fundamentarse un recurso de queja en la cita por el juez de un precepto legal no invocado por el actor.⁸

Es muy sabido que en el proceso civil domina el llamado *principio dispositivo*, en virtud del cual las partes son las llamadas a iniciar y a hacer avanzar el proceso, delimitar el contenido de éste y proporcionar la prueba, el actor de

⁵ Véase el libro de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, *El Juez y el Derecho (Iura novit curia)*, Buenos Aires, 1957.

⁶ C. Suprema, 3 noviembre 1964, R. de D. y 1.. t. 61, sec. 1ª, p. 358.

⁷ C. Suprema, 11 agosto 1965, R. de D. y 1.. t. 62, sec. 1ª, p. 272.

⁸ C. Concepción, 24 agosto 1966, R. de D. y J.. t. 63, sec. 2ª, p. 63.

414

los hechos que fundamentan su acción y el demandado de los hechos que constituyen el fundamento de su excepción, limitándose el juez a pronunciarse sobre el objeto de la demanda y a aquilatar la prueba ofrecida por las partes, no pudiendo él, salvo raras excepciones, tomar la iniciativa en la búsqueda del material probatorio. En el proceso penal impera el principio contrario, el *inquisitivo*, conforme al cual el juez desempeña un papel activo en el impulso del proceso, en las indagaciones y pruebas de los hechos deducidos en juicio.

En el proceso civil toca, pues, a las partes indicar y probar los hechos sobre los cuales el juez formará juicio y aplicara el derecho pertinente. La diferenciación

de tareas la pone de relieve un adagio de muy viejo cuño, que dice: "Da mihi factum dabo tibi ius", o sea: "Dame los hechos y yo (el juez) te diré el derecho".

1597. EL JUEZ NO PUEDE DAR POR PROBADOS LOS HECHOS POR EL CONOCIMIENTO PERSONAL QUE DE ELLOS TENGA

Conforme al principio dispositivo es tarea de las partes, entre otras cosas, bus-

car y proporcionar las pruebas para convencer al juez. Este no puede utilizar

en el proceso el conocimiento personal o privado que tenga acerca de los hechos alegados por las partes. Su limitación es doble. Por un lado, no puede por iniciativa propia ampliar el campo del proceso con otros hechos distintos de los aportados por las partes y, por otro, le está vedado recurrir, para alcanzar la verdad de los hechos alegados por el demandante y el demandado, a otros medios de prueba que no sean los recogidos en el proceso. No puede fundamentar sus decisiones en hechos de la causa que no hayan sido probados; en consecuencia, no puede averiguarlos de oficio y tampoco atenerse al conocimiento privado que por cualquier causa de los mismos tenga: el juez debe resolver sujetándose a lo alegado y probado (*iudex secundum alligata et probata indicare debet*). Si el juez fuera libre para tomar como base de la sentencia el conocimiento personal que tuviera de los hechos, agregaría a su función propia la del testigo, y se configuraría una incompatibilidad psicológica evidente. Como dice un autor español, si la apreciación del testimonio ajeno es difícil, la dificultad sube de punto cuando se trata del testimonio propio, y la valorización de éste, todavía, como afirma Calamandrei, quedaría sin correctivo, aparte de que el juez, "agudo crítico del testimonio ajeno, no sería crítico eficaz del testimonio propio".

1598. LOS HECHOS PACÍFICOS NO REQUIEREN PRUEBA

Es consecuencia del propio principio dispositivo que no han menester de prueba

los *hechos pacíficos*, o sea, los no controvertidos, los que las partes aceptan sin contradicción. En virtud de la admisión concorde de las partes, el juez debe tenerlos por acreditados.

1599. LOS HECHOS NOTORIOS NO NECESITAN SER PROBADOS

Esta afirmación no es corolario del principio dispositivo, sino al revés: una fundada excepción.

415

Repúlanse *notorios* o, como dicen otros, *públicamente notorios*, los hechos cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos, de cultura media, en el tiempo y en el lugar en que se pronuncia la sentencia.⁹ Ejemplos:

una noticia científica trascendente, la fecha de la última elección presidencial,

la desvalorización monetaria durante cierto período en determinado país, la ubicación de un importante edificio público en una ciudad, la muerte de un personaje histórico o muy conocido, al menos en la región en que funciona el tribunal, etc. El hecho notorio puede ser de conocimiento más o menos general o local. Nuestra jurisprudencia ha declarado que constituye notorio el hecho de que en un quiosco (o kiosco, como también puede decirse) de cierta ciudad funciona un negocio de custodia de objetos del público,¹⁰ la solvencia de una institución."

No se exige la prueba de los hechos notorios porque por su misma naturaleza

son tan evidentes e indiscutibles que cualquiera demostración en nada aumenta-

ría el grado de convicción que el juez debe tener acerca de ellos. Los caracteres

de los mismos, por otra parte, permiten al juez utilizarlos sin que surja la incompatibilidad psicológica entre el oficio del juez y el del testigo.¹²

Muchos Códigos nada dicen sobre la no necesidad de probar los hechos notorios; sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que el silencio al respecto carece de relieve, pues, "el objeto mismo de las pruebas judiciales elimina la necesidad de probar los hechos conocidos con un grado tal de certeza que el resultado de la prueba más perfecta no podría superar". En verdad, la notoriedad destierra toda duda sobre la existencia de los hechos y sobre su modo de ser; por eso la prueba resulta superflua sobre cualquiera de estos extremos.

El Código de Procedimiento Civil italiano expresamente libera de la prueba de los hechos notorios. Después de preceptuar que "salvo los casos prescritos por la ley, el Juez debe fundar la decisión en las pruebas producidas por las partes o por el ministerio público", agrega: "Sin embargo, puede fundar la decisión, sin necesidad de prueba, en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común" (art. 115).

Nuestro Código de Procedimiento Civil, al hablar de los incidentes, y a partir de la reforma que le introdujo la ley N° 7.760, de 5 de febrero de 1944, faculta

[^] Definición de CARNELUTTI, modificada por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil para Italia. Al fin se excluyó el Código, no porque fuera poco satisfactoria, sino porque se estimó inadecuado el papel de dar definiciones por el legislador. En su lugar se consignó la norma de que "puede (el juez) fundar la decisión, sin necesidad de prueba, en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común" (art. 115, inc. 2°), o sea, se hizo la referencia a los hechos notorios, pero sin definirlos.

¹⁰ *C. Concepción, 27 septiembre 1967, R., t. 64, sec. 4ª, p. 281.*

"C. Suprema, 1° julio 1931, R. de D. yJ., t. 28, sec. 1ª, p. 626.

¹² Véanse CAIAMANDREI, "La definición del hecho notorio", en *Estudios sobre el proceso civil, traduc. castellana, B. Aires, p. 206*; LORENZO CARNELLI, *El hecho notorio, B. Aires, 1944*;

SANTIAGO SENTÍS MELENDO, "Hecho notorio", en *Revista de Derecho Procesal, B. Aires, 1953, p. 43, segunda parte*; JUAN LORENZINI CORREA, *El hecho notorio. Memoria de Licenciado, Santiago, 1950. Este último autor hace unas breves consideraciones sobre el concepto de notoriedad que emplea el art. 89 de nuestro C. de Procedimiento Civil (pp. 64 a 68).*

416

al juez para que pueda resolver de plano y sin necesidad de tramitación alguna de aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten del proceso, o sean de pública notoriedad; el tribunal en su resolución está

obligado a consignar estas circunstancias (art. 89). Por las razones expuestas poco más arriba la pública notoriedad debe eximir de prueba no sólo en los incidentes, sino en cualesquiera casos.

1600. OTRAS DEROGACIONES AL PRINCIPIO DISPOSITIVO: LA INSPECCIÓN PERSONAL DEL JUEZ Y LAS PRESUNCIONES

El rol pasivo que, en general, tiene el juez en el proceso civil adquiere excepciones tratándose de su inspección personal y de las presunciones que puede deducir de los hechos del juicio.

Más adelante han de estudiarse ambos puntos. Por ahora diremos que la *inspección personal del tribunal o vista ocular del juez* -que el antiguo derecho español llamaba "vista de ojos o de evidencia"- consiste en 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. Hay casos expresamente señalados por la ley que obligan al juez a tomar esta iniciativa probatoria: en los juicios posesorios, de deslindes, de medianería. Fuera

de estas hipótesis, es decir, de las expresamente señaladas por la ley, la inspección personal del juez sólo se decreta cuando éste lo estima necesario (C. de Procedimiento Civil, artículo 403), y la resolución, como toda aquella que dispone la práctica de alguna diligencia probatoria, es inapelable (C. de Procedimiento Civil, art. 326, inc. 2º).

Sabemos que las *presunciones* son las consecuencias que la ley o el juez deducen de ciertos antecedentes conocidos a fin de averiguar la verdad de un hecho desconocido. El juez goza del poder de sacar presunciones de los antecedentes o circunstancias que constan en el proceso, y la ley deja a su criterio y prudencia el hecho de establecerlas, bajo la pauta, sí, que le señala y que oportunamente ha de explicarse.

1601. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

La legislación procesal chilena, como la de casi todos los países, nada dice sobre la prueba del derecho extranjero. Este, ante el ordenamiento jurídico nuestro, representa sólo un hecho de la causa y, como tal, debe probarse por la parte que lo invoque, tanto en cuanto a su actual existencia como a su recta interpretación. La ley extranjera se prueba, pues, como un hecho.¹³

¿Podría el juez aplicarla de oficio? No se discute la afirmativa en dos casos:

a) cuando se trata de la legislación vigente en los Estados que ratificaron el Código de Derecho Internacional Privado, conocido con el nombre de Código

¹³ **C. Suprema, 7 septiembre 1923, R. de D. yJ., t. 22, sec. 1ª, p. 398; 10 agosto 1936, R., t. 33, sec. 1ª, p. 449; 16 diciembre 1941, R. de D. yJ., t. 39, sec. 1ª, p. 388; C. Suprema, 27 octubre 1954, R. de D. yJ., t. 51, sec. 1ª, p. 531.**

417

de Bustamante, pues entonces es ley nacional y corresponde aplicarla de ofi-

cio (arts. 408 a 411); b) cuando la ley chilena, apropiándose de la extranjera, ordena aplicarla. Es el caso, por ejemplo, de la norma según la cual "la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados" (C. Civil, art. 17). Pero, fuera de estas hipótesis, ¿podría el juez

aplicar de oficio en Chile la ley extranjera? En Alemania se da la afirmativa: no se le impone el deber de investigar por sí mismo el derecho extranjero, pero se deduce de la circunstancia de permitirle que pueda exigir de las partes "la aportación de informes", según preceptúa la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana. Algo parecido sostienen algunos autores en Chile. Parten de la base que el extranjero es tan derecho como el nacional y no necesita de prueba alguna cuando procede, a menos que el juez, como mero apoyo a su actuación de oficio, ordene la aportación de las partes, sin que se encuentre obligado a aplicar

la ley extranjera probada por las partes o en el sentido que le han atribuido. La libertad del juez para proceder de oficio la patentizaría el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, pues éste, a insinuación de la Comisión Mixta de Diputados y Senadores, varió de redacción: decía que *deberá* también oírse el informe de peritos "sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera", y dicha comisión "acordó sustituir la palabra *deberá por podrá*, ya que es *facultativo* oír el dictamen de peritos en los casos de este artículo".¹⁴ Parece obvio que se procedió así considerando que el juez estaría capacitado para obrar de oficio por el conocimiento personal que pudiera tener de la ley extranjera, tras haberla investigado y estudiado directamente.¹⁵

La jurisprudencia chilena, como la de varios países, establece que el recurso de casación en el fondo no procede respecto de las cuestiones de derecho resueltas en conformidad a las leyes extranjeras que no estén incorporadas al ordenamiento jurídico nacional. Esa falta de incorporación las equipara a simples cuestiones de hecho, que caen bajo la facultad privativa de los jueces del fondo. Por excepción, el Código Bustamante da lugar al recurso de casación por violación de la ley de otro Estado contratante (artículos 412 y 413).¹⁶ Sin embargo, hay sentencias, repudiadas por la doctrina, que niegan la casación en el fondo por violación de la ley extranjera cuando es aplicable por los tribunales chilenos.¹⁷

¹⁴ SANTIAGO LAZO, *Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Civil, Santiago, 1918, art. 413 (antiguo), Comisión Mixta, sesión 21, p. 373, 1ª columna.*

¹⁵ *En este sentido: F. ROGEL C., Aplicación de leyes civiles extranjeras en Chile, Mem. de Lie., Santiago, 1935, p. 149; F. ALBÓNICO V., El Derecho Internacional Privado ante la jurisprudencia chilena, Mem. de Lie., Santiago, 1943, p. 18; E. LAEMMERMAN, Teoría General de la Prueba, Mem. de Lie., Concepción, 1943, pp. 55-56.*

En general, véase: ARTURO ARMANDO CARVAJAL C., El juez y el derecho extranjero, Mem. de Lie., Santiago, 1966 (200 páginas).

¹⁶ *C. Suprema, 7 septiembre 1923. R. de D. y J., t. 22, sec. 1ª, p. 398, y C. Suprema, 10 agosto 1936, R. de D. y J., t. 33, sec. 1ª, p. 449. Adhiere a la doctrina de estas sentencias EMILIO RIOSECO ENRÍQUEZ, La prueba ante la jurisprudencia (Derecho Civil y Procesal Civil), Santiago, 1958, N° 139 (pp. 86-87) y N° 1-i0 (Comentario, p. 88).*

¹⁷ *C. Suprema, 12 noviembre 1926. R. de D. y J., t. 24, sec. 1ª, p. 289; 27 octubre 1954, R. de D. y J., t. 51, sec. 1ª, p. 531.*

418

1002. PRUEBA DE LA COSTUMBRE: DISTINCIÓN EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

Ya hemos hablado en otro lugar de la costumbre; ahora retomamos algunos conceptos por razón de método y para dejar completa la visión de la materia. Sabemos que la costumbre, según el Código Civil, no constituye derecho, es decir, norma jurídica, sino en los casos en que la ley se remite a ella (art. 2°). Ejemplos de esta remisión: el Código dice que no se tomarán en cuenta para imputarlos a la legítima los presentes hechos a un descendiente, con ocasión de su matrimonio ni otros regalos de costumbre (art. 1198); que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a las cosas que por la cos-

tumbre pertenecen a la naturaleza de esos contratos (art. 1546), y, en fin, al tratar de la interpretación de los contratos, señalan que las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen (art. 1563).

Cuando la costumbre tiene fuerza de ley por mandato expreso del legislador, aunque es tan norma jurídica como la ley misma, requiere de prueba; ante los tribunales de justicia necesita ser probada como un hecho. ¿Por qué? Porque al revés de lo que sucede con la ley, ninguna autoridad pública certifica su existencia. En materia civil, su existencia o modo de ser puede demostrarse por cualquier medio idóneo: instrumentos públicos o privados, testigos, etc. La prueba de la costumbre mercantil es más rigurosa que la civil, porque ésta entra a operar casuísticamente, o sea, sólo en los casos taxativos en que la ley la llama a regir; en cambio, la costumbre comercial actúa en general cada vez que no haya ley escrita (mercantil ni civil) que regule el caso. Según el artículo 4° del Código de Comercio, "las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos y generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio".

Hay dos formas de probar la costumbre mercantil. Dice el Código (art. 5°):

"No constando a los jueces de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por algunos de estos medios:

1° Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2° Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba".

Obsérvese que las sentencias (N° 1°) no es preciso que se hayan dictado antes de los hechos que dan lugar al proceso en que debe hacerse valer la prueba. La exigencia de la antelación sólo se refiere a las escrituras públicas (N° 2°), porque éstas pueden prefabricarse para demostrar la costumbre, riesgo que no se corre tratándose de sentencias.

1603. APLICACIÓN DE LA COSTUMBRE DE OFICIO POR EL JUEZ

La costumbre, como norma jurídica, equivale a la ley y como fuente de derecho que es, el juez debe aplicarla de oficio aunque las partes no la invoquen, supuesto que la existencia de ella le sea notoria; sólo requerirá prueba cuando

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

419

tenga dudas sobre su existencia, contenido o modo de ser. Sin embargo, no faltan quienes sostienen que el juez no puede aplicar la costumbre por propia iniciativa, pues, según el Código de Procedimiento Civil (art. 160), las sentencias han de pronunciarse conforme al mérito del proceso, es decir, de acuerdo con lo alegado y probado por las partes.¹⁸ Replícase, con razón, que la norma procesal alude a los *hechos*, que el juez no puede alterar en los términos que han sido planteados por las partes, so pena de caer en el vicio de *ultra petita*;

pero la costumbre constituye derecho y nada tiene que ver con la limitación impuesta al juez en cuanto a los hechos.¹⁹

1004. INFRACCIÓN DE LA COSTUMBRE COMO CAUSAL DE CASACIÓN EN EL FONDO

El establecimiento de la costumbre es una cuestión de la facultad privativa de

los jueces sentenciadores, porque se trata de fijar un hecho, si algo existe o

no; pero demostrada la existencia de la costumbre, queda demostrada la de una norma jurídica, la cual, si corresponde aplicarla y no se hace, constituye una violación de ley, una doble violación, la de la costumbre que constituye derecho y la de la ley que la llama a regir, esto es, el respectivo artículo que hace el llamado. En consecuencia, si la costumbre no se aplica cuando procede o se aplica erradamente, hay lugar al recurso de casación en el fondo. Este recurso tiene por objeto invalidar determinadas sentencias cuando se han pronunciado con infracción de ley, influyendo dicha infracción substancialmente en lo dispositivo del fallo.

C. "ONUS PROBANDI" O CARGA DE LA PRUEBA

1605. CONCEPTO

La prueba, esto es, la demostración de un hecho del cual se deriva el derecho

que se pretende, no constituye propiamente una obligación, porque falta el derecho correlativo; y el que prueba no puede ser constreñido a ello por nadie. Pero con esta actitud se perjudicará a sí mismo, ya que su pretensión no será acogida por el juez. Por eso la prueba constituye una necesidad práctica, o, como más comúnmente se dice, una carga o un peso.²⁰

La necesidad de probar si se quiere obtener el resultado que se persigue no es una *obligación*, sino, como se ha dicho, una *carga*. La diferencia entre i, ambas figuras se ha puesto de relieve nítidamente por la doctrina moderna: la

; obligación implica la subordinación de un interés del obligado al interés de

otra persona, so pena de sanción si la subordinación no se efectúa; la carga, en cambio, supone la subordinación de uno o más intereses del titular de ellos

¹⁸ **Luis BARCELÓ LIRA, Apuntes de Derecho Comercial (tomados en su clase), Santiago, 1911, p. 25; RAFAEL CORREA F., Derecho Comercial, Santiago, 1949, pp. 13-14.**

¹⁹ **RAÚL VÁRELA VÁRELA, Derecho Comercial, t. I, Santiago, 1966, N° 20, p. 28; ENRIQUE MUNITA B., Derecho Comercial, Santiago. 1951. pp. 16-17.**

²⁰ **COVIELLO, Doctrina general del Derecho Civil, p. 563.**

420

a otro interés del *mismo*; por ejemplo, el interés de una persona de obtener el

reconocimiento de su derecho, está subordinado al interés de esa misma persona de probar los hechos que lo fundamentan o apoyan, porque de lo contrario no lograría ese reconocimiento. El litigante no está, pues, obligado a probar, la ley no lo compele a ello, es libre para hacerlo o no hacerlo; pero si no proporciona la prueba de su derecho, sus pretensiones no serán acogidas por el juez.

El *onus probandi*, carga o peso de la prueba, es la necesidad en que se encuentra la persona que sostiene un hecho o reclama un derecho de probar la existencia de uno u otro.

También se dice que la carga de la prueba es la necesidad de las partes de *establecer* los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invocan a su favor y, en caso necesario, la de *probar su existencia*. Todavía, agreguemos

la definición según la cual la carga de la prueba es la necesidad en que se encuentra un litigante o interesado, de probar los hechos o actos que son el fundamento de su pretensión.

1006. A QUIÉN INCUMBE RENDIR LA PRUEBA

Quién debe probar, es decir, cargar con el peso de la prueba, no es fácil determinar. Pero, en términos generales, podría sentarse el principio de que la prueba

le corresponde rendirla al que sostiene una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas, o al que pretende destruir una situación adquirida.

De aquí que, en primer lugar deba el actor o demandante probar los hechos en que funda su acción. Lo dice el tradicional adagio *actori incumbit probatio*. Y, en efecto, no puede ser de otro modo. El demandante quiere introducir un cambio en la situación presente; se cree dueño de una cosa que está en posesión de su adversario, acreedor de éste, etc. Luego, hasta que se pruebe lo contrario, es lógico pensar que aquel que tiene una cosa es propietario de ella, porque lo normal y corriente es que el poseedor de una cosa sea su dueño; o que una persona no sea deudora, porque lo ordinario es que los individuos no se hallen obligados a otros. El demandado debe, pues, conservar las ventajas de su situación; mientras no se pruebe lo contrario, debe presumírsele dueño, no deudor.²¹

Y el hecho de atribuir el "onus probandi" al demandante, tiene su fundamento, porque, como dice el procesalista francés Garsonnet,²² "si bastara ejercitar una acción contra el demandado para imponerle la carga de la prueba, todas las probabilidades estarían en contra suya, y aun el proceso más injusto sería fácil de ganar".

En consecuencia, el demandado que se limita a negar los hechos alegados por el demandante, no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación.²³

²¹ COLÍN y CAPITANT, obra citada, tomo I, p. 199, *infra*.

²² *Traité de procédure civile*, tomo II, párrafo 274. Citado por COLÍN y CAPITANT.

²³ COLÍN y CAPITANT, obra citada, tomo I, p. 200.

421

Cuando, por el contrario, el demandante prueba la exactitud de los hechos en que funda su pretensión, se invierte la situación primera; la presunción originaria queda destruida. Por consiguiente, si el demandado opone medios de defensa, excepciones, es decir, si pretende que las consecuencias jurídicas de los hechos alegados se paralizan por otros hechos, por ejemplo, si sostiene que es propietario por prescripción adquisitiva, o que ha pagado su deuda, o aún más, que la obligación es nula, es él el que tiene que aducir las pruebas de estos medios de defensa,²⁴ pues el demandado en la excepción se convierte en actor (*reus in exceptione actor fit*).

Todos estos principios que dicen que debe probar el que sostiene una proposición contraria al estado normal de las cosas, o el que pretende destruir una situación adquirida, se hallan compendiados en el inciso 1° del artículo 1698 del Código Civil, que dice: "Incumbe probar las obligaciones o su

extinción al que alega aquéllas o ésta". Es decir, si alguien sostiene que determinada persona le debe una cosa, debe probar la existencia de la obligación, y si el deudor afirma que ya pagó la obligación, o que prescribió, etc., debe probar la extinción.

En derecho procesal se dice que corresponde al actor probar los hechos en que fundamenta su acción y al demandado aquellos en que fundamenta su excepción.

Doctrina moderna sobre la atribución de la carga de la prueba. Para los fines de la prueba, la doctrina moderna clasifica los hechos jurídicos en constitutivos, extintivos, impeditivos y modificativos. *Constitutivos* son aquellos que producen el nacimiento de un derecho o de una situación jurídica que antes no existía (el contrato del cual deriva el crédito, el testamento que atribuye un legado); *extintivos* son los hechos que producen la extinción de un derecho o de una situación jurídica que existía antes (pago y los modos de extinguir las obligaciones en general); *impeditivos* son aquellos hechos que, cuando acompañan a un hecho constitutivo, impiden que éste produzca su efecto normal (incapacidad de una de las partes, vicios del consentimiento, que obstan a la validez del acto o contrato y determinan, consecuentemente, que no se genere el derecho respectivo); por fin, son, hechos *modificativos* los que alteran el contenido o los efectos de un derecho (pago parcial).

El actor o demandante debe probar los hechos constitutivos, que son el fundamento de su demanda; el demandado está en la necesidad de probar los hechos extintivos, impeditivos o modificativos capaces de justificar el rechazo de la demanda del actor.

"La posición del demandado es naturalmente más cómoda, porque a su respecto no sobreviene carga alguna hasta que el demandante no haya probado el hecho constitutivo; sólo si éste es probado, aparece para él la necesidad de contraponerle una excepción y de probar los hechos impeditivos, extintivos o modificativos sobre los cuales se funda. De este modo resulta confirmado que a cada parte incumbe la carga de probar los hechos que ella tiene interés en ver establecidos... y si la prueba no se logra, quiere decir que el hecho no subsiste".

²⁴ **COLÍN y CAPITANT, obra citada. Tomo I. p. 200.**

422

"Sin embargo, la dificultad surge cuando se trata de dar aplicación a este criterio simple y claro, porque se debe proceder a la exacta calificación de los hechos, desde el punto de vista de la mencionada clasificación. Ahora bien, no todas las circunstancias que deben concurrir para la producción de un determinado efecto jurídico entran sin más en la categoría de los hechos constitutivos; por ejemplo, para que un contrato pueda formarse válidamente, es necesaria

la capacidad de los contratantes, la licitud del objeto y de la causa y así por el estilo; pero hecho constitutivo es solamente la celebración del contrato, o sea, el hecho específico del cual deriva el efecto que interesa, despojado de todos los requisitos de carácter general que son dados por las circunstancias con-

mitantes, que normalmente acompañan a aquel hecho y que, por lo mismo, si bien son necesarios para que pueda producirse el efecto querido, no pueden sin embargo considerarse como causa directa del efecto mismo. Serán, por esto,

al contrario, la incapacidad de las partes, la invalidez del consentimiento, la ilicitud de la causa o del objeto, etc., las que podrán ser hechos impeditivos, en cuanto productivos de nulidad del contrato. Como se ve por estos ejemplos, la verdadera dificultad es planteada por la categoría de los hechos impeditivos, es decir, por la necesidad de distinguir el hecho constitutivo de aquellos otros hechos que, si bien indispensables a la producción del efecto jurídico, no deben considerarse como elementos integrantes del hecho constitutivo mismo, sino como elementos que deben concurrir con él para permitirle desplegar su particular eficacia".

"A tal fin es menester proceder al análisis atento del caso legal establecido por la norma y separar el hecho específico que es considerado como productivo de un determinado efecto jurídico, de los requisitos genéricos normalmente presentes, cuya inexistencia podrá, caso por caso, representar otros tantos hechos impeditivos".²⁵

1607. EXCEPCIONES A LOS PRINCIPIOS SOBRE EL PESO DE LA PRUEBA

Pero los anteriores principios sobre quién debe probar, no son de una eficacia

absoluta, porque pueden ser alterados, ya por la ley mediante las presunciones legales, ya por la voluntad del hombre.

Las *presunciones legales* hacen que hechos que deberían probarse por el que en ellos funda su derecho, no tengan necesidad de prueba. Ahora bien, las presunciones legales pueden ser presunciones de derecho y presunciones legales propiamente tales: las primeras hacen que lo que por ellas supone el legislador, se tenga por verdad inconcusa, no admitiéndose ninguna prueba en contrario; pero las presunciones simplemente legales sólo dispensan de la prueba

a la parte que, a no mediar ellas, debería probar, mas no impide que la parte contraria destruya lo que el legislador supone, que pruebe que lo que presume el legislador no corresponde a la realidad.

Los principios sobre el peso de la prueba también pueden ser modificados por la *voluntad del hombre*. Puede ocurrir que la parte a quien, conforme a

²⁵ TULLIO LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, t. II, Milano, 1959, pp. 86-87.

423

los principios establecidos por la ley, no incumbe probar, asuma voluntariamente la carga, durante el mismo juicio o en virtud de un convenio anterior.

Esta voluntad es perfectamente válida; no podría estimarse como contraria a una ley de orden público. Los preceptos que regulan el peso de la prueba se hallan establecidos en interés de las partes y son, por lo tanto, renunciables. Además, como ya se ha hecho notar, la carga de la prueba no es una obligación a la que corresponda un derecho, sino una simple necesidad de hecho, la cual llega a faltar cuando el que podría negar simplemente, prefiere rendir la prueba.²⁶

Pero hay procesalistas como Goldschmidt y Chiovenda que afirman que la carga de la prueba *no puede invertirse por convención de las partes*. Lo mismo ha dicho nuestra Corte Suprema, que ve objeto ilícito en semejantes estipula-

ciones.²⁷ La principal razón que se da para rechazar la inversión convencional de la prueba dice que "cohibe la actividad judicial, que ha de ejercitarse con arreglo a normas legales y según un determinado sistema procesal, y no según la voluntad de las partes".

El moderno Código Civil italiano de 1942 declara nulos los pactos con los cuales se invierte o modifica la carga de la prueba, tratándose de derechos de los cuales las partes no pueden disponer o cuando la inversión o modificación tiene por efecto hacer a una de la partes excesivamente difícil el ejercicio del derecho (art. 2698).

1608. ¿PUEDEN PROBARSE LOS HECHOS NEGATIVOS?

De la fórmula romana *Ei incumbit probatis qui dicit, non ei qui negat*, inferían los glosadores antiguos que la prueba negativa no es admisible, porque, en concepto de ellos, una negación no puede probarse. Por lo tanto, decían, la afirmación de un hecho negativo sostenida por una de las partes, importa la inversión de la carga de la prueba; el "onus probandi" pasa a la parte que tiene interés en impugnar el hecho negativo.

Pero, en verdad, tal interpretación de la fórmula romana es errónea. Lo que ella quería decir era que "el demandado que se limita a negar los hechos aducidos por el demandante, no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación"; pero no que los hechos negativos no pueden ni deben probarse.

Todo hecho negativo, pues, si es elemento constitutivo del hecho jurídico que se alega, debe probarse como los hechos positivos.

En el fondo, toda negación se reduce a una afirmación de la posición contraria, y por ende, la prueba de un hecho negativo se reduce a la prueba del hecho positivo contrario. Por ejemplo, si sostengo que el 10 de enero no estuve en Santiago, puedo demostrarlo probando que ese día estuve en Antofagasta y era imposible, en consecuencia, que estuviera en la capital; si digo que no

²⁶ COVIELLO, obra citada, p. 565.

²⁷ Cas. 30 de diciembre de 1909. *Perista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VIII, sección primera, p. 62.

424

es de noche, lo pruebo demostrando que es de día; si afirmo que no soy chi-

leno, puedo probarlo acreditando que soy inglés, etc.

Lo que no puede probarse es la proposición *vaga e indeterminada*, sea positiva o negativa. Si digo que jamás he visto a una persona, me sería materialmente imposible probar el aserto; como también lo sería, si dijera que desde hace treinta años la veo constantemente minuto a minuto.

1609. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Los tribunales del fondo aprecian soberanamente la prueba.

La Corte Suprema sólo puede controlar el cumplimiento de las *leyes reguladoras de la prueba*. Y se ha entendido que hay infracción de las leyes reguladoras de la prueba cuando los sentenciadores invierten el peso de la prueba, aceptan un medio de prueba que la ley rechaza, desestiman alguno que la ley autoriza o alteran el valor probatorio de los distintos medios o elementos de convicción producidos en autos.

D. MEDIOS DE PRUEBA

Generalidades

1610. DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA

Los diversos medios de prueba que la ley señala son:

- 1) Instrumentos públicos o privados;
- 2) Testigos;
- 3) Presunciones;
- 4) Confesión de parte;
- 5) Juramento deferido (hoy suprimido);
- 6) Inspección personal del juez, y
- 7) Informe de peritos.

Los seis primeros se hallan ya establecidos por el Código Civil, en su artículo 1698; el último medio de prueba fue agregado por el artículo 341 (actual) del Código de Procedimiento Civil.

1611. SISTEMAS PROBATORIOS

En las legislaciones se conocen tres sistemas probatorios:

1) El *sistema de la prueba legal*, en que el legislador determina taxativamente los medios de prueba, su fuerza probatoria general y su grado de valor probatorio;

2) El *sistema de la prueba libre* o de la *persuasión racional del juez*, en que son admisibles todos los medios de prueba; la eficacia de cada medio probatorio depende de la valoración que le dé el juez, en conciencia y racionalmente, y

3) El *sistema mixto*, que sigue fundamentalmente uno de los dos anteriores paliando su rigidez absoluta v exclusiva.

425

En principio, el Derecho Chileno adopta el primer sistema, pues establece taxativamente los medios de prueba y a cada uno le asigna determinada fuerza probatoria. Pero nuestro Derecho contempla sensibles atenuaciones al principio,

como se desprende del hecho que la apreciación comparativa de los medios de prueba quede entregada al criterio del tribunal (Código de Procedimiento Civil, artículo 428, actual); de la circunstancia que el juez puede valorar algunas prue-

bas (testigos, presunciones) según la convicción personal que le hayan produci-

do. En efecto, el inciso 2° del artículo 426 (actual) del Código de Procedimiento Civil dice que "una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a *juicio del tribunal*, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento". El número 2 del actual artículo 384 del mismo Código otorga facultad a los jueces para dar por acreditado un hecho en la causa cuando dos o más testigos contestes en él y en sus circunstancias esenciales y que dan razón de sus dichos lo afirmen y sus afirmaciones no hayan sido desvirtuadas por otra prueba en contrario. La concurrencia de estos requisitos o condicio-

nes, ha dicho nuestra Corte Suprema, "por su propia naturaleza *queda*

entregada

por entero a la apreciación que bagan dichos jueces" y las "conclusiones a que lleguen no pueden ser revisadas por vía de casación".²⁸

1612. PRUEBA PRECONSTITUIDA Y PRUEBA A POSTERIORI

Pruebas preconstituidas son las que se crean de antemano teniendo en mira el porvenir; son las que nacen con anterioridad a la existencia del litigio y sirven para prevenirlo unas veces y para resolverlo otras.²⁹

La escritura pública en el contrato de compraventa de bienes raíces es una prueba preconstituida; sirve para acreditar después la celebración y existencia del contrato.

Pruebas simples o "a posteriori" son las que nacen durante el decurso del pleito; por ejemplo, la de testigos y la confesión en juicio.³⁰

1613. PRUEBA PLENA Y PRUEBA SEMIPLENA

La prueba, según su fuerza de convicción, es plena y semiplena.

Prueba *plena, perfecta o completa* "es la que manifiesta, sin dejar duda alguna, la verdad del hecho controvertido, instruyendo suficientemente al juez para que en virtud de ella pueda dar sentencia".³¹

Prueba *semiplena, imperfecta o incompleta*, "es la que por sí sola no demuestra claramente el hecho, dejando duda acerca de la verdad de él y, por consiguiente, no instruye al juez en términos de poder dar sentencia".³²

²⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXVII, sección primera, página 94. Más detalles sobre estos tópicos véanse en la bien calificada Memoria de Prueba de don R. LAEM-MERMAN M., titulada Teoría General de la Prueba, Concepción, 1943.*

²⁹ *MAGÍN FÁBREGA y CORTÉS, Lecciones de práctica forense, Barcelona, segunda edición, p. 62.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Esriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.*

³² *Ibidem.*

426 En forma más breve, puede decirse que prueba plena es la que por sí sola basta para establecer la existencia de un hecho, y prueba semiplena la que por sí sola no basta para dar por establecido un hecho.

La escritura pública, la confesión de parte constituyen plena prueba; la inspección personal del juez, el informe de peritos y, la más de las veces, la prueba testimonial, sólo constituyen prueba semiplena.

Empezaremos ahora con el estudio de los medios de prueba en particular.

CAPITULO XLIX

DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN GENERAL Y DEL INSTRUMENTO PUBLICO EN PARTICULAR

DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS

1614. GENERALIDADES

Prueba documental o literal es la que se produce por medio de documentos, en la forma prefijada por las leyes.

Goza de gran confianza por parte del legislador en atención a la fijeza que al hecho a probar da el documento. "La escritura ha dicho Montesquieu es un testigo que difícilmente se corrompe".

1615. DOCUMENTO E INSTRUMENTO

Prueba documental es la constituida por documentos. En la doctrina jurídica contemporánea se entiende por *documento* toda. Cosa idónea para representar un hecho o la imagen de una persona o de un objeto, en forma de permitir tomar conocimiento de lo representado a través del tiempo. Por tanto, son documentos las escrituras públicas y privadas, certificados, facturas, cartas, las reproducciones mecánicas como las fotográficas o cinematográficas, los registros fonográficos y, en general, cualquiera otra representación mecánica de hechos y cosas.

Nuestra legislación sólo se refiere a los instrumentos, o sea, los documentos que consignan un hecho por escrito. Distingue los instrumentos públicos y los privados.

1616. título EI INSTRUMENTO

Propiamente, *título* es el acto o contrato de que da cuenta o prueba el instrumento, mientras que éste es sólo su prueba escrita. Sin embargo, a menudo la primera palabra se emplea en el sentido de instrumento.

En el Derecho Francés, el instrumento toma el nombre de *título* "cuando consta, un hecho generador de derecho, que establece, modifica o transmite un derecho, y de *finiquito* ("quitase") cuando constata un hecho extintivo de obligación".¹

¹ JOSEPH HÉMARD, *Précis El émentaire de Droit Civil*, tomo 1 (París, 1938), p. 153, N° 329.

428

1617. CLASIFICACIONES

a) Atendiendo a su *origen*, los instrumentos se clasifican en públicos y privados.

Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario (Código Civil, artículo 1699).

Instrumentos privados son todos los demás, es decir, los otorgados por cual-

quier persona y que no son autorizados por un funcionario público competente.

La diferencia fundamental entre ambas clases de instrumentos arranca de la intervención del funcionario público competente, que les da sello de autenticidad a los instrumentos públicos. La persona que presenta en apoyo de su demanda uno de estos documentos no. está obligada a justificar la verdad del

mismo, sino que la parte que lo refuta o impugna de falso debe acreditar su "impugnación"; mientras que, a la inversa, la persona que exhibe un instrumento privado está obligada a probar que es verdadero, si la otra parte lo niega.²

b) Según la *razón por la cual se exigen*, los instrumentos pueden ser de probación o de solemnidad.

Los instrumentos exigidos por vía de *solemnidad (ad solemnitatem)* constituyen un elemento del hecho a probar, del acto o contrato de que dan cuenta (sentencias, testamentos, escritura pública de compraventa de bienes raíces,

etc.). Su omisión produce la inexistencia o nulidad absoluta del acto o contrato a que se refieren y del cual forman parte (Código Civil, artículo 1682). El acto o contrato en que inciden no produce efecto alguno (Código Civil, artículos 1443 y 1701).

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. Por eso su omisión no afecta la existencia o validez del acto y éste puede probarse por otros medios.

B. LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS

1. Generalidades

1618. DEFINICIÓN

Instrumento público o auténtico es, según la definición del Código Civil, el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario (artículo 1699).

1619. SINONIMIA ENTRE LAS EXPRESIONES PÚBLICO Y AUTÉNTICO

El legislador chileno considera que es lo mismo instrumento público que auténtico.

El empleo del vocablo *auténtico* algunos lo justifican, porque según la propia etimología de esta palabra, significa que tiene autoridad, y que produce por lo mismo fe pública. Otros, en cambio, observan que "en rigor, no es lo mismo instrumento público, que instrumento auténtico, porque atendiendo al significado estricto de las palabras, *público* es aquel que ha sido autorizado por persona en quien reside autoridad pública, y *auténtico* el que ha sido realmente otorgado y autorizado por la persona que en él se expresa (artículo 17, inciso 2°).

Ha habido discrepancias sobre la inteligencia de la locución instrumento público o auténtico para los efectos penales. Una sentencia dice que para dichos efectos no puede considerarse como público un documento que no se ajusta a las exigencias que contempla la definición de instrumento público o auténtico que da el artículo 1699 del Código Civil.³ Pero otra sentencia de la misma Corte de Apelaciones de Santiago expresa que las locuciones "documento público" o "auténtico" que emplea el artículo 194 del Código Penal (falsedades cometidas por particulares en documento público o auténtico) están referidas en un sentido amplio a aquellos instrumentos que han sido emitidos en una forma oficial por algún órgano del Estado, actuando dentro de la esfera de *sus* atribuciones propias.

1620. ESPECIES

Las especies de instrumentos públicos son muy variadas: escrituras públicas, sentencias, partidas del Registro Civil, decretos del Presidente de la República, etc.

1621. ORIGINAL y COPIA

Copia, en términos generales, es el documento que reproduce el contenido de otro (el original). Tanto el original del instrumento público como la copia dada u obtenida en conformidad a los requisitos legales, son instrumentos públicos (Código de Procedimiento Civil, artículo 342).

1622. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL INSTRUMENTO PÚBLICO

De la definición del artículo 1699 se desprende que deben concurrir tres requisitos para que un instrumento tenga la calidad de público o auténtico.

1) Debe ser autorizado por un funcionario público en su carácter de tal.

La fuerza probatoria deriva precisamente de la confianza o fe pública que inspira la persona investida de la facultad de autorizar instrumentos auténticos. Por eso si esta persona ha sido suspendida o destituida de *sus* funciones, no hay tal instrumento público. Sin embargo, si una persona inhábil es designada el cargo y de hecho lo desempeña, se reconoce validez a los instrumentos por ella autorizados, si concurren los requisitos que hacen aplicable la máxima *error comunis facit jus*. Nuestra jurisprudencia ha aceptado esta máxima respecto de funcionarios, notarios, que exhiben su investidura con las apariencias que ordinariamente ostentan dichos funcionarios, o sea, que estén en posesión de un título colorado.⁵

No puede exigirse a los que concurren a una oficina pública que se atiende dé acuerdo con las condiciones que la ley exige, que averigüen la legalidad del nombramiento del funcionario, porque se llegaría a extremos inverosímiles y perturbadores; basta pensar que no sólo habría que inquirir la legalidad del nombramiento del funcionario que interviene en un acto, sino también la de la autoridad que lo designó, y así indefinidamente.⁶

2) El funcionario debe ser competente en cuanto a la materia a que el instrumento se refiere y en cuanto al lugar en que lo autoriza (competencia en cuanto a la *materia* y en cuanto al *territorio*).

3) Finalmente, el instrumento debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales varían en cada caso. Así, son distintas las formalidades que debe llenar una sentencia, un decreto del Presidente de la República, las escrituras públicas, las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción, etc.

1623. EFECTOS DE LA FALTA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO EN LOS ACTOS EN QUE ES EXIGIDO COMO SOLEMNIDAD

Cuándo se omite un instrumento público exigido por vía de solemnidad, el acto o contrato no llega a perfeccionarse porque le falta uno de sus requisitos? de existencia, y mal puede probarse lo que *no existe* o resulta inútil la prueba de lo que es *absolutamente nulo*. De ahí que el inciso 1° del artículo 1701 disponga que "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad: y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno". La ley va más allá todavía. Establece que ni siquiera la reina de las pruebas, la confesión judicial, tiene valor para acreditar la existencia de un acto o contrato cuya solemnidad es el instrumento público. si éste se omite (Código Civil, artículo 1713).

1624. CONVERSIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO NULO EN PRIVADO

Cuando el instrumento público no es exigido por vía de solemnidad y es defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, la ley

⁵ Por *título colorado* se entiende el nulo con apariencia de válido, por lo que, erróneamente y de buena fe, el común de las gentes cree que tal título es realmente válido. Por ejemplo, una escritura pública autorizada por un notario que ejerce pública y pacíficamente su oficio a pesar de haber sido nombrado con omisión de algún requisito que hace ilegal el nombramiento.

⁶ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, C. Civil, t. V, 2ª edición, p. 306,

le da el valor de instrumento privado si está firmado por las partes (Código Civil, artículo 1701). Aplicable aquí la máxima según la cual lo inútil no vicia lo útil: *utite per inutile non vitiatur*.

Para que el instrumento público nulo valga como privado debe reunir los siguientes requisitos:

1) Debe ser nulo por incompetencia del funcionario o vicios en la forma (escritura pública en que no concurren testigos, o no la firman éstos, o se redacta en idioma extranjero, etc.).

2) Debe referirse a actos o contratos en que la ley no requiera como solemnidad el instrumento público.

3) Debe estar firmado por las partes.

Convertido en instrumento privado el público que llena los requisitos señalados

, se le aplican las reglas del instrumento, privado, entre las cuales está la que dice que el instrumento privado pasa a tener el valor probatorio de la escritura pública *si es reconocido por la parte a quien se opone*, o, en caso de desconocido, si por resolución judicial es *mandado tener por reconocido* (Código Civil, artículo 1702, y Código de Procedimiento Civil, artículo 346, antiguo 335).

2. Escritura pública

1625. DEFINICIÓN

La escritura pública no es más que *una especie de instrumento público*. Es el instrumento público o auténtico autorizado con las solemnidades legales por el competente notario e incorporado en su protocolo o registro (Código Orgánico de Tribunales, artículo 403, y Código Civil, artículo 1699).

1626. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACION NOTARIAL

El oficio y las atribuciones de los *escribanos* (nombre con que antes se designaban los notarios) como los requisitos de las escrituras públicas estaban reglamentados en nuestro país, hasta el año 1925, en diversos cuerpos de la antigua legislación española, particularmente en las Partidas y en algunos títulos de la Novísima Recopilación, modificados o complementados por algunas leyes patrias, como la Ley Orgánica de Tribunales.

En el año 1925 se puso término a esta situación con la dictación del decreto ley W 407 (de 19 de marzo de ese año), llamado Código del Notariado.

El vigente texto definitivo del Código Orgánico de Tribunales, aprobado el 15 de junio de 1943, reprodujo las disposiciones del decreto ley 407 referentes a las funciones de los notarios, a los libros que deben llevar, a las escrituras públicas y a las protocolizaciones.

El artículo 399 del Código Orgánico de Tribunales define los notarios como ministros de fe pública encargados de redactar, autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les recomiende.

432

Cabe hacer presente que los *Oficiales del Registro Civil* de las comunas que no sean asiento de un notario, están facultados por la Ley N° 4.808, sobre

Registro Civil, para desempeñar ciertas funciones de los notarios. En efecto, están obligados esos Oficiales a llevar registros públicos con el fin de autorizar testamentos abiertos, poderes judiciales, inventarios solemnes, escrituras de reconocimiento o de legitimación de hijos y demás instrumentos que las leyes les encomienden (ley N° 4.808, artículo 86, inciso 1°).

1627. REQUISITOS DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

Para que un instrumento público sea escritura pública debe llenar tres requisitos:

- a) Ser autorizado por un notario competente;
- b) Incorporarse en un registro público o protocolo;
- c) Otorgarse con las solemnidades legales.

1628. a) AUTORIZACIÓN POR NOTARIO COMPETENTE

y es tal el legalmente nombrado, que autoriza el instrumento dentro de la sección territorial para la cual fue designado y que está en ejercicio, de sus funciones.

No se considera pública o auténtica la escritura autorizada por persona que no es notario, o por notario incompetente, suspendido o inhabilitado en forma legal (Código Orgánico de Tribunales, artículo 426, 1°).

En cuanto a los Oficiales del Registro Civil de las comunas que no sean asiento de un notario (a los cuales aludimos en el número anterior) y que están facultados para autorizar determinadas escrituras, se les aplican normas iguales. Así, el artículo 85 de la Ley NO 4.808 dice que los Oficiales del Registro Civil no pueden ejercer sus funciones fuera de los límites de su comuna, salvos los casos expresamente señalados por esta ley.

1629. b) INCORPORACIÓN EN UN REGISTRO PÚBLICO O PROTOCOLO

El protocolo, según el Diccionario de la Lengua, es la ordenada serie de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza o custodia con ciertas formalidades.

El Código Orgánico de Tribunales determina minuciosamente cómo se forma y lleva el protocolo. Dice que todo notario debe llevar un protocolo. Este se forma insertando las escrituras en el orden numérico que les haya correspondido en el *repertorio*, que es un libro breve o prontuario en que se anotan las escrituras públicas y los documentos protocolizados, asignándose un número a cada uno de esos instrumentos por riguroso orden de presentación. Los protocolos deben empastarse a lo menos cada dos meses, no pudiendo formarse cada libro con más de quinientas fajas, incluidos los documentos protocolizados, los cuales se agregan al final en el mismo orden del repertorio.

Cada foja se numera en su parte superior con letras y números. En casos calificados, los notarios pueden solicitar de la Corte de Apelaciones respectiva autorización para efectuar los empastes por períodos superiores, siempre que no excedan de un año. Cada protocolo lleva, además, un *índice* de las escrituras y documentos protocolizados que contiene. Los índices de escrituras deben ser hechos con el nombre de los otorgantes y, si se trata de personas jurídicas, sucesiones u otra clase de comunidades, basta con anotar el nombre de éstas (c. Orgánico de Tribunales, art. 429, incisos 1° a 5°). Cada protocolo *se inicia* con un certificado del notario en que expresa la fecha en que lo

comienza, enunciación del respectivo contrato o escritura y nombre de los otorgantes de la escritura con que principia. Transcurridos dos meses, desde la fecha de cierre del protocolo, el notario debe certificar las escrituras que hubieren quedado sin efecto por no haberse suscrito por todos los otorgantes. Este certificado se pone al final del protocolo, indicando el número de escrituras y documentos que contiene y la enunciación de las que hayan quedado sin efecto (c. Orgánico de Tribunales, art. 429, inciso penúltimo y final).

La escritura pública misma se escribe en el protocolo, lleva la autorización notarial y la firma de las partes y testigos. Esta es la llamada escritura *matriz*. Lo que a las partes se da, no es, pues, esta escritura, sino copias de ella, esto es, documentos en que consta la transcripción fiel de la escritura matriz, extendidos con arreglo a la ley.

No se considera pública o auténtica la escritura que no esté en el protocolo o se escriba en alguno que no pertenezca al notario autorizante o al de quien esté subrogando legalmente (Código Orgánico de Tribunales, artículo 426, 2°).

Por faltar este requisito de la incorporación en el protocolo no son escrituras públicas los documentos *protocolizados*, que son los que se *agregan* (pero no incorporan) al final del registro de un notario, a pedido de parte interesada (Código Orgánico de Tribunales, artículo 415, inciso 1°).

Por la misma razón, no son escrituras públicas los instrumentos privados firmados ante notario, lo que a menudo se hace con las letras de cambio.

1630. c) OTORGAMIENTO CON LAS SOLEMNIDADES LEGALES

Las solemnidades de las escrituras públicas son las que siguen.

a) Deben 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 emplearse también palabras de otro idioma que sean generalmente usadas o como términos de una determinada ciencia o arte (c. Orgánico de Tribunales, art. 4.04, inciso 1° y 2°),

b) Las escrituras públicas deben otorgarse ante notario y pueden extenderse manuscritas, mecanografiadas o en otra forma que leyes especiales autoricen. Han de indicar el lugar y fecha de su otorgamiento, la individualización del notario autorizante y el nombre de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad. Pero, tratándose de extranjeros y chilenos radicados fuera de nuestro país, pueden ellos acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso en el país (c. Orgánico de Tribunales, art. 405, inc. 1°

434

c) La escritura pública debe ser firmada por las partes y el notario que la autoriza. Este debe también rubricar y sellar todas las fojas de la escritura. Si alguno de los comparecientes o todos ellos no saben o no pueden firmar, ha de hacerlo a su ruego uno de los otorgantes que no tenga interés contrario según el texto de la escritura, o una tercera persona, debiendo los que no firmen poner junto a la del que la haya firmado a su ruego la impresión del pulgar de la mano derecha o, en su defecto, el de la izquierda. El notario debe dejar constancia de este hecho o de la imposibilidad absoluta de efectuarlo (C. Orgánico de Tribunales, art. 406, 408 Y 412 W 2).

Carece de valor el *retiro unilateral de la firma estampada en el instrumento*, si éste ya lo hubiere suscrito otro de los otorgantes (C. Orgánico de Tribunales,

art. 406, inciso 2°).

Cualquiera de las partes, antes de firmar, puede exigir al notario que *la lea en alta VOZ*; pero si todos los otorgantes están de acuerdo en omitir esta formalidad, leyéndola ellos mismos, puede procederse así (c. Orgánico de Tribunales, art. 407).

d) La *autorización del notario* es la fe que ésta da, en la última parte de la escritura, del contenido de la misma, firmándola a continuación. No haya al respecto una fórmula sacra mental; pero generalmente los notarios cumplen el requisito de la autorización usando la expresión "Doy fe".

El Código Orgánico de Tribunales se limita a decir que "el notario autorizará las escrituras una vez que ellas estén completas y hayan sido firmadas por todos los comparecientes" (art. 413, inciso final).

1631. MOMENTO EN QUE DEBE EXISTIR EL CONSENTIMIENTO

En las escrituras públicas la última solemnidad es la autorización del notario. A partir de este instante la escritura pública está perfeccionada; antes es sólo un mero proyecto. Por eso, si *todas* las partes ya han firmado y se arrepienten antes de que el notario autorice el instrumento, no hay consentimiento para el otorgamiento de la escritura. El notario no debe autorizarla, sino que limitarse a dejar constancia de la retractación.

Pero puede suceder que después de haber firmado y antes de la autorización del notario, una parte se arrepienta y declare retractarse pidiendo que se dé por retirada su firma. En este caso pueden presentarse dos situaciones: a) que hasta ese momento la única que ha firmado el documento es la que se retracta; y b) que al momento de retractarse una de las partes firmantes, la otra ya hubiere suscrito el documento. En la primera hipótesis *vale* el retiro de firma y no hay consentimiento para otorgar la escritura; en la otra hipótesis el retiro de firma no tiene ningún valor y existe el consentimiento. Todo esto se desprende de la norma del Código Orgánico de Tribunales según la cual "carecerá de valor el retiro *unilateral* de la firma estampada en el instrumento si éste ya lo hubiere suscrito otro de los otorgantes" (art. 406, inciso 2°).

El fundamento para rechazar el retiro unilateral es que cuando firman los otorgantes de la escritura el consentimiento de ellos ya se ha perfeccionado, y no puede dejarse sin efecto sin el concurso de todos.

Verdad es que la escritura pública sólo queda perfecta con la autorización notarial, pero se trata de un acto por etapas que tienden a este perfeccionamiento, y

435

la etapa de los panes queda concluida con la firma de todas ellas, por lo que para borrar esa etapa necesariamente deben concurrir todos los que la han formado y no uno solo. Las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen.

Cuando la escritura es solemnidad de un acto o contrato y vale el retiro de firma, naturalmente el consentimiento del acto o contrato mismo no se perfecciona ni adquiere validez; pero si la escritura se otorga como un simple medio de prueba para un acto que no la requiere como solemnidad, el consentimiento dado antes para el acto queda a firme; el retiro válido de firma para la escritura, sólo privará de esta prueba a dicho acto o contrato no solemne, pero no atentará contra su validez.

1632. MATRIZ

Ya hemos dicho que la escritura pública misma se llama matriz y queda incorporada en el protocolo del cual forma parte.

Matriz es, pues, la escritura extendida con las formalidades legales en el registro del escribano y que sirve de fuente para sacar de ellas las copias, traslados y testimonios que pidan los interesados.

1633. COPLAS

La escritura pública queda extendida y firmada en el protocolo del notario, constituyendo la matriz u original de la misma; obvio entonces la matriz no pueda suministrarse en juicio o en otros asuntos; para estos efectos las escrituras públicas se hacen valer por medio de copias.

Sólo pueden dar copia autorizada de escrituras públicas o documentos protocolizados el notario autorizante, el que lo subroga o sucede legalmente o el archivero a cuyo cargo esté el protocolo respectivo (C. Orgánico de Tribunales, artículo 421).

Las copias pueden ser manuscritas, dactilografiadas, impresas, fotocopiadas, litografiadas o fotograbadas. En ellas debe expresarse que son testimonio fiel de su original y han de llevar la fecha, la firma y sello del funcionario autorizante. El notario debe otorgar tantas copias cuantas se soliciten (C. Orgánico de Tribunales, art. 422).

Los notarios no pueden otorgar copia de una escritura pública antes que se paguen los impuestos que correspondan. Esta misma norma se aplica a los documentos protocolizados (C. Orgánico de Tribunales, art. 423).

Tiene mérito ejecutivo toda copia autorizada de escritura pública (C. de Procedimiento Civil, art. 434 número 2, conforme a la modificación que le introdujo el artículo 2° de la Ley N° 18.181, de 26 de noviembre de 1982).

1634. OBJECION DE LAS COPIAS

La fidelidad o autenticidad de las copias puede ser objetada. Entonces, para despejar las dudas, será necesario cotejarlas con el original o con otras copias que hagan fe respecto de quien las objeta. Corresponde al tribunal resolver sobre la conformidad o disconformidad entre los documentos cotejados.

437

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese (Código Civil, artículo 17).

1639. LEGALIZACIÓN

Los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deben presentarse debidamente *legalizados*, y se entiende que lo están cuando en ellos consta el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarlas.

La autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios sé comprueba en Chile por alguno de los medios siguientes: 1° El atestado de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede y cuyas firmas se comprueben con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores; 2° El atestado de un agente diplomático o consular de una Nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose en este caso la firma por conducto

del Ministerio de Relaciones Exteriores del país a que pertenezca el agente o del Ministro Diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en ambos casos, y 3° El atestado del agente diplomático acreditado en Chile por el Gobierno del país en donde se otorgó el instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República (Código de Procedimiento Civil, artículo 345).

1640. INSTRUMENTOS EXTENDIDOS EN LENGUA EXTRANJERA

Cuando se presentan como medios de prueba instrumentos extendidos en lengua extranjera, deben mandarse traducir por el perito que el tribunal designe. Si al tiempo de acompañarse se agrega su traducción, vale ésta, salvo que la parte contraria exija, dentro de seis días, que sea revisado por un perito (Código de Procedimiento Civil, artículo 347, antiguo 36).

1641. VALOR PROBATORIO

Una vez legalizados, los instrumentos públicos otorgados en país extranjero tienen el mismo valor probatorio que el de los otorgados en Chile, que en seguida estudiaremos.

4. Valor probatorio de los instrumentos públicos

1642. PLENA FE

El Código Civil (artículo 1700) dice que el instrumento público hace plena fe en ciertos puntos que indica.

438

Una prueba es *plena* cuando es entera, bastante para condenar, no así la *semiplena*, que es media, no bastante para condenar.⁹

Que un instrumento haga plena fe o plena prueba quiere decir que por sí solo basta para acreditar el hecho a que se refiere, sin que sea necesario, para que produzca convicción, el auxilio de otros medios probatorios. *Pero esto no quiere decir que la plena fe no pueda ser contradicha*; y, por el contrario, como oportunamente lo veremos, puede ser desvirtuada por el mérito de otras pruebas.

1645. RAZONES EN VIRTUD DE LAS CUALES HACE PLENA PRUEBA EL INSTRUMENTO PÚBLICO

Estas razones son las siguientes:

1) La intervención del funcionario público. Este debe cumplir determinados requisitos para ser designado; está sometido a vigilancia, y sobre él pesan serias sanciones si se aparta de sus deberes, si incurre en falsedad. Por esto es lógica la confianza que inspira el funcionario público. Y es en razón de esta confianza que la plena fe del instrumento público se limita sólo a las aseveraciones que conforme a la ley hace el mismo funcionario, y a nada más.

2) Las solemnidades que rodean el otorgamiento del instrumento: presencia de testigos, lectura, etc.

3) La dificultad material de falsificar los instrumentos públicos. La notoriedad de la firma del funcionario, la aposición de su timbre, la competencia que exige la redacción de un acto auténtico y la gravedad de las penas que amenazan a los falsificadores, son factores que dificultan la falsificación y facilitan su descubrimiento.

1644. VALOR PROBATORIO; DISTINCIÓN ENTRE LAS PARTES Y LOS TERCEROS

El Código, en cuanto al valor probatorio del instrumento público, distingue

entre las partes y los terceros, por un lado, y en cuanto al otorgamiento del instrumento, a su fecha y a la verdad de las declaraciones que contiene, por otro.

a) Valor probatorio entre las partes

1645. OTORGAMIENTO

El instrumento público hace plena fe entre las partes en cuanto al hecho de haberse otorgado realmente por las personas y de la manera que en el instrumento se expresa (Código Civil, artículos 17 y 1700).

Así, pues, un instrumento público acredita que se otorgó; que comparecieron tales y cuales personas; que declararon, una vender, y la otra comprar tal objeto en determinada suma de dinero; que una parte del precio se canceló al contado y que la restante se dijo pagar en tal plazo, etc.

⁹ Hevia Bolaño.s, citado por MANUEL DE LA PLAZA en su *Derecho Procesal Civil Español*, tomo I, Madrid, 1942, p. 429.

439

En el otorgamiento hay que distinguir las declaraciones de las partes y las que emite el funcionario autorizante. Las primeras, si bien por lo general se presumen sinceras, no hacen fe pública, porque ésta se atribuye al instrumento en consideración al funcionario, y no a las partes. Y las mismas declaraciones del funcionario deben ser analizadas, porque no todas producen plena fe.

1646. DECLARACIONES DEL FUNCIONARIO

1) Las declaraciones del funcionario producen plena fe en cuanto se refieren a *hechos propios suyos*. Ejemplo: la declaración del notario que dice que él mismo dio lectura al testamento abierto.

2) También producen plena prueba las declaraciones del funcionario autorizante en que asevera *hechos que percibe por sus propios sentidos (de visu aut de auditu)*. Ejemplos: declaración en que el notario afirma que las partes firmaron el instrumento en presencia suya o que el precio de venta fue pagado en el acto de otorgarse la escritura, etc.

3) Igualmente producen plena fe "las declaraciones del funcionario relativas a hechos que, si bien no son suyos propios ni ha percibido él mismo, *los ha comprobado por medios que la propia ley le suministra*. Así el artículo 18 del Código del Notariado, cuyo texto reproduce el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales, da al notario los medios de comprobar la identidad de las partes que no conoce por medio de la cédula de identidad respectiva o la aserción firmada de dos testigos; de tal manera, la escritura hace plena fe en cuanto a la identidad de las partes que aparecen otorgándola, aunque esa identidad no sea un hecho que el notario haya podido apreciar por su propio y directo conocimiento". 10

4) Pero *no* producen plena prueba las declaraciones que el funcionario hace *confiando en el dicho de otras personas (de credulitate)*, como son las relativas a la edad, al estado civil o la nacionalidad de las partes.

5) *Tampoco* hacen fe plena las declaraciones del funcionario *que imponen meras apreciaciones*, sea porque los hechos a que se refieren no pueden percibirlos por sus propios sentidos, sea porque no puede legalmente comprobarlos. Ejemplo: la declaración del notario en que dice que el testador compareció ante él "estando en su sano juicio".

El artículo 1700 del Código Civil dice que el instrumento público hace plena

fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su *fecha*. y en esto, como se ha hecho notar, es redundante, puesto que la fecha es una modalidad del otorgamiento y representa un hecho que el funcionario puede acreditar porque lo percibe él mismo.

10 V. SANTA CRUZ, S., "El instrumento público", estudio publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomos XXXVIII y XXXIX. Véase este último tomo, sección Derecho, p. 10.

440

1647. DECLARACIONES DE LAS PARTES

De acuerdo con el artículo 1700, el instrumento público, en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, no hace plena fe sino contra los declarantes.

Hay que distinguir en este punto la formulación de las declaraciones de las partes y la verdad o sinceridad de estas declaraciones. Por lo que atañen al hecho de haberse formulado las declaraciones, el instrumento público hace plena fe, porque se trata de un hecho que el funcionario atestigua competentemente, como quiera que lo percibe por sus propios sentidos. "Lo dicho resulta directamente de la disposición de los artículos 17 y 1700 que establecen la plena fe del instrumento en cuanto al hecho de haberse otorgado, y de haberse otorgado por las personas y de la manera que en ellos se expresa. El hecho de haberse otorgado el instrumento se confunde con el hecho de haber efectuado los interesados las declaraciones contenidas en él y de haberlas efectuado en la forma que él mismo expresa. El artículo 477 (antiguo 505) del Código de Procedimiento Penal confirma esto, pues expresamente dice que el instrumento público 'constituye prueba completa de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas' y no sería posible sostener que tal mérito sólo corresponde en materia penal y no en lo civil".

Si bien sólo la formulación de las declaraciones de los interesados, la circunstancia de haber sido hechas, dice relación con la fe pública y produce plena prueba, la verdad de lo declarado, la sinceridad del contenido de la declaración, en muchos casos se presume, no por razones de fe pública (que con ella nada tiene que ver), sino por otras, que enseguida estudiaremos.

En Derecho las declaraciones de las partes se dividen en dispositivas y enunciativas.

1648. DECLARACIONES DISPOSITIVAS y DECLARACIONES ENUNCIATIVAS

Son *dispositivas* las declaraciones de las partes que constituyen el objeto mismo del acto o contrato; expresan el consentimiento y especifican el objeto sobre que éste recae, con todas sus modalidades. Ejemplo: las declaraciones del comprador y el vendedor en que dicen celebrar el contrato de compraventa sobre tal cosa, que el precio es de tal suma, pagadero a tantos meses, etc.

Enunciativas son las declaraciones de las partes que no constituyen el objeto mismo del acto o contrato 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.

1649. FE DEL INSTRUMENTO EN CUANTO A LA FORMULACIÓN DE LAS DECLARACIONES DISPOSITIVAS

Conforme al artículo 1700, el instrumento público no hace fe de la *verdad* de las declaraciones dispositivas que contiene. Esto no quiere decir, por las razones ya dadas, que el instrumento no 'hace fe, en cuanto a estas declaraciones, del hecho de haber sido formuladas, sino que significa que el instrumento público no hace prueba de la verdad de los hechos a que la declaración se refiere, que no garantiza la sinceridad de las declaraciones de los interesados. Y esta interpretación está de acuerdo con:

a) La doctrina, que dice que el instrumento hace plena fe en lo *material* del acto (hechos percibidos por el funcionario); pero no en lo *moral* (sinceridad de las declaraciones de las partes), y

b) La legislación positiva nuestra, según resulta de la relación de los artículos 17 y 1700 del Código Civil y 477 (antiguo 505) del Código de Procedimiento Penal.

1650. Presunción DE SINCERIDAD DE LAS DECLARACIONES DISPOSITIVAS

Pero si bien con respecto a la sinceridad de las declaraciones, el instrumento público no hace plena prueba, las declaraciones dispositivas se *presumen* verdaderas, porque conforme al principio fundamental del "onus probandi" lo normal se presume y lo anormal o excepcional debe probarse, y lo normal es que el contenido de las declaraciones sea verdadero, sincero y no falso o simulado. Todavía, "hay una demostración de texto que confirma la presunción de verdad o sinceridad que ampara las declaraciones del instrumento, y es el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, que en su último inciso dice que las reglas sobre impugnación de la autenticidad de una escritura pública no se aplican cuando se trata de impugnar la verdad de las declaraciones de la escritura, lo que demuestra que tal verdad se presume y que hay que impugnada".

"La presunción de verdad o sinceridad de las declaraciones dispositivas de las partes resulta, pues, de la simple aplicación de las reglas del 'onus probandi'. No deriva en manera alguna de la fe pública, la cual sólo ampara a las declaraciones del funcionario autorizante" .11

La presunción de que hablamos, como más adelante veremos, sólo subsiste mientras no se demuestre lo contrario.

La verdad o sinceridad de las declaraciones dispositivas se presume a favor y en contra de todas las partes otorgantes del instrumento, porque forman un todo indivisible una vez creado el acto. De ahí que se haya criticado una sentencia de la Corte Suprema, 12 según la cual es necesario discriminar de parte de quién emana la declaración dispositiva, pues ésta sólo se presume verdadera contra la parte que la emite y no contra las demás que concurren al otorgamiento del instrumento.

1651. FORMULACIÓN y SINCERIDAD DE LAS DECLARACIONES ENUNCIATIVAS MÉRITO PROBATORIO

Con respecto a las declaraciones enunciativas, el instrumento público hace plena prueba en cuanto al hecho de haber sido formuladas, por las mismas razones

11 SANTA CRUZ, obra citada, p. 11.

12 Sentencia de 24 de octubre de 1939, R. de D. y], t. 37, seco 1", p. 385.

que tratándose de lo dispositivo. 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, la declaración enunciativa tiene el mérito de una confesión extrajudicial, que, en conformidad al artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, sólo sirve de base a una presunción judicial; pero si la confesión extrajudicial ha sido prestada a presencia de la parte que la invoca, ella tiene el mérito de presunción grave para acreditar los hechos a que se refiere. En consecuencia, si es alguno de los comparecientes al instrumento público

el que invoca la declaración enunciativa de otro, ésta tiene el carácter de presunción grave para acreditar los hechos declarados.

"*Contra terceros* la declaración enunciativa no constituye sino un testimonio irregular, prestado fuera de juicio, dado sin las conainterrogaciones y formalidades propias de la prueba testimonial y carece, en consecuencia, de mérito

probatorio, si bien podría aceptarse como antecedente de una presunción".

"Las partes que concurren al instrumento y que son *diversas* de la parte que hace la declaración enunciativa se encuentran en la misma situación que los terceros. Contra ellas la declaración carece de valor, no habiendo por qué presumirla verdadera, puesto que es una confesión de otro y no de ellas. La propia parte que hace la declaración enunciativa no puede invocarla contra ellas, porque nadie puede transformar en medio de prueba sus propios dichos. Y tampoco podrían invocarla contra ellas los terceros, porque en tal caso la enunciativa no sería sino un testimonio irregular, sin valor, si no es el de simple antecedente de una presunción judicial. Tratándose de enunciativas es admisible, pues, distinguir entre las partes mismas que otorgan el instrumento, dando mérito a la enunciativa contra la parte que la formula y no contra las demás partes. Esta distinción la habíamos rechazado respecto de las dispositivas".¹³

1052. DECLARACIONES ENUNCIATIVAS DIRECTAMENTE RELACIONADAS CON LAS DISPOSITIVAS

Pero hay ciertas declaraciones enunciativas que el legislador *asimila* a las dis-

positivas: las que tienen relación directa con éstas. Dice el artículo 1706: "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".

La razón de este trato jurídico estriba en que la declaración enunciativa relacionada directamente con la declaración dispositiva, está tan ligada a ésta

¹³ SANTA CRUZ, obra citada, tomo XXXIX de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, p, 16 de la sección Derecho.

en estas 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 precisar en cada especie en particular. Pero en general podría decirse "que las enunciativas tienen relación directa con las declaraciones dispositivas, cuando refieren hechos que contribuyen a determinar o precisar el objeto o causa de la declaración dispositiva o que extingue en todo o parte o modifican los derechos nacidos de ésta".¹⁴

Ejemplo de declaración enunciativa relacionada directamente con lo dispositivo del acto: la declaración que se hace en una compraventa de que el precio fue pagado anticipadamente.

Ejemplo de enunciativa no relacionada directamente con lo dispositivo del acto o contrato: "Pedro me vende una finca, que' dice haber heredado de Pablo. Si uno de los herederos de éste pretende reivindicar su parte respectiva en la finca, no podrá fundar su demanda en la sola enunciación que Pedro hizo en el instrumento de haberla heredado de Pablo, aunque yo fuese parte en él: la enunciación es extraña a lo dispositivo del instrumento, y yo no tenía entonces interés en oponerme a ella".¹⁵

b) Valor probatorio respecto de terceros

1653. OTORGAMIENTO y FECHA

En estos puntos el instrumento público produce la misma fe plena respecto de terceros que entre las partes, y en los mismos términos.

El texto del artículo 1700 no ofrece dudas al respecto porque sus términos son absolutos: declaran auténtico el instrumento público tanto respecto de las partes otorgantes entre sí, como entre una de ellas o ambas con terceros o respecto de terceros entre sí (*Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XIII, sección primera, página 239).

1654. FORMULACIÓN DE LAS DECLARACIONES

El instrumento público hace plena fe respecto de terceros del hecho de haberse efectuado las declaraciones de las partes, como quiera que la formulación de esas declaraciones constituye el contenido del otorgamiento, y el otorgamiento se acredita plenamente con el instrumento público, según el artículo 1700 que en este punto no distingue entre las partes y los terceros. Vale también aquí el argumento basado en el artículo 477 (antiguo 505) del Código de Procedimiento Penal, que hicimos presente al tratar del valor probatorio del instrumento público entre las partes.

¹⁴ SANTA CRUZ, obra citada, p. 18.

¹⁵ FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852, tomo m, p. 220.

1655. PRESUNCIÓN DE VERDAD O SINCERIDAD DE LAS DECLARACIONES DISPOSITIVAS

Las declaraciones *dispositivas* también se presumen verdaderas frente a terceros, porque la regla fundamental del *onus probandi* dice que lo normal se presume y lo excepcional necesita acreditarse, y lo normal es que las declaraciones respondan a la sinceridad y no a la simulación.

Esta afirmación deriva de las reglas de los *onus probandi*, y no del artículo 1700, que parece decir lo contrario; textualmente expresa:

"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.

Las obligaciones y descargos¹⁶ contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular".

El equívoco proviene de que el artículo 1700 confundió el efecto probatorio del instrumento y el efecto obligatorio del acto o contrato a que el instrumento se refiere. Lo que en realidad quiso decir esa disposición 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.

Corrobora que las declaraciones dispositivas se presumen sinceras con respecto a terceros el Código de Procedimiento Civil, al prescribir que las reglas sobre impugnación de autenticidad de una escritura pública no se aplican cuando se trata de impugnar la verdad de las declaraciones consignadas en ella (art. 429, inc. final).

Todavía si se diera al artículo 1700 el alcance que parece derivarse de su tenor literal, se caería en el absurdo de no poderse probar jamás frente a terceros los actos y contratos de que da cuenta el instrumento público, porque la sinceridad o veracidad de las declaraciones resulta imposible de probarse. En consecuencia, el artículo 1700 no puede interpretarse en ese sentido, porque conduce al absurdo y toda interpretación que lleva al absurdo debe rechazarse.

Así, pues, los terceros' deben partir de la base de que las declaraciones dispositivas son verdaderas, y por ellas deben pasar mientras no demuestren lo contrario. Esto resulta principalmente de la simple aplicación de las reglas del *onus probandi*.

Nuestra Corte Suprema está de acuerdo con las ideas aquí expresadas, pues ha dicho "que es propio del instrumento público o auténtico, como su nombre lo indica, hacer fe contra todo el mundo y no sólo respecto de los declarantes, en cuanto lo que en él han dicho los interesados; y tal presunción de verdad debe subsistir mientras no se pruebe lo contrario" (Sentencia de 16 de agosto de 1940, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXXVII, sección primera, p. 283).

¹⁶ Descargo es el acto que modifica o extingue la obligación.
445

1656. MÉRITO DE LAS DECLARACIONES ENUNCIATIVAS

La declaración enunciativa no tiene mérito alguno contra terceros.

"La parte que formula la declaración no puede invocada contra el tercero como prueba de la verdad de los hechos referidos, porque nadie puede forjar como medio de prueba sus propias declaraciones. Otros terceros, entre los que deben también contarse las personas diversas del declarante que concurren a la escritura, tampoco pueden invocar la declaración enunciativa frente al tercero, porque tal declaración no sería sino un testimonio irregular, dado fuera de juicio, sin las formalidades de la prueba testimonial. La declaración podría ser, sí, en tal caso, un débil antecedente de una presunción judicial para acreditar los hechos referidos en la declaración.

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 confe-

sados (artículo 398 del Código de Procedimiento Civil).

Los que concurren al instrumento público y no son el que hace la declaración enunciativa, tienen frente a ésta el carácter de terceros. La enunciativa no puede ser invocada en su contra: pero ellos pueden invocada contra el declarante como confesión extrajudicial, la que, en este caso, por haber sido prestada a presencia de la parte que la invoca, tiene el carácter de presunción grave para acreditar los hechos confesados (Código de Procedimiento Civil, artículos 398).

En todo caso, el instrumento público hace prueba a favor y en contra de terceros de la *existencia* de la declaración enunciativa".

1657. PRESUNCIÓN DE SINCERIDAD DE LA ENUNCIATIVA DIRECTAMENTE LIGADA CON LO DISPOSITIVO

"El artículo 1706 dice que el instrumento público hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

Ya lo vimos: las enunciativas que se relacionan directamente con las declaraciones dispositivas, se presumen, al igual que éstas, ser sinceras o verdaderas entre las partes. Existe igual presunción frente a terceros.

El Código sólo se refiere a las partes y con eso da a entender que excluye a terceros. Sin embargo, esto tiene una explicación: el artículo 1706 ha copiado al artículo 1320 del Código Francés, que sólo se refiere a las partes, manteniendo la ya anotada confusión del efecto obligatorio con el efecto probatorio. Pese al texto del artículo 1706, sostenemos -dice Santa Cruz- que las declaraciones enunciativas que se relacionan directamente con las dispositivas se presumen sinceras o verdaderas, tanto entre las partes como frente a terceros. En efecto, si las reglas del *onus probandi* llevan a presumir sinceras o verdaderas las declaraciones dispositivas, si hay enunciativas que tienen íntima e indestructible unión con dichas declaraciones dispositivas, ¿cómo no presumir también verdaderas estas enunciativas? Ellas se incorporan a la declaración dispositiva, están unidas con ella, le imprimen carácter; la presunción de verdad que ampara a las dispositivas debe amparar también a las enunciativas. Y esta presunción de verdad que existe indudablemente entre las partes debe existir también para terceros. Lo que se tiene por verdadero para uno no puede tenerse por falso para otros. Si así no fuera, hubiese que concluir que para las partes el acto o contrato se prueba íntegro, con el carácter y modalidades que le imprimen las enunciativas y, en cambio, para terceros el instrumento probaría un acto distinto, sin ese carácter, sin esas modalidades que le imprimen las enunciativas. Y esto sería absurdo".¹⁷

5. Impugnación

1658. GENERALIDADES

La impugnación de los instrumentos públicos es la refutación destinada a destruir su fe probatoria.

La calidad de plena prueba que tienen los instrumentos públicos no se opone, según dijimos, a la prueba contraria para atacarlos, al igual de lo que se puede hacer contra cualquier otro acto jurídico (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXV, sección primera, p. 245).

1659. VÍAS DE IMPUGNACIÓN

El instrumento público puede impugnarse por vía de nulidad y por vía de falta de autenticidad.

También pueden impugnarse las declaraciones de los particulares contenidas en el instrumento. Y si bien en este caso la fe del instrumento no se destruye, su mérito probatorio queda indirectamente afectado, pues se desvirtúan las declaraciones en él consignadas.

1. Impugnación por vía de nulidad

1660. PRINCIPIO

Son plenamente aplicables al instrumento público las disposiciones que rigen

la nulidad de los actos jurídicos (Corte Suprema, 18 de julio de 1939, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVII, sección primera, página 137).

La nulidad puede tener relación con el funcionario autorizante o el instrumento mismo.

1661 . a) NULIDAD POR CAUSA DEL FUNCIONARIO AUTORIZANTE

El funcionario puede no serlo en realidad, por ejemplo, por ser nulo su nombramiento. En tal caso el instrumento también es nulo, a menos que se trate de un funcionario *aparente*, caso en que sus actuaciones se consideran válidas, por aplicación de la máxima "error communis facit jus".

¹⁷ SANTA CRUZ, obra citada, pp. 26-27.
447

El funcionario puede ser incompetente, en razón de la materia o del lugar. Los instrumentos que dicho funcionario autorice serán nulos absolutamente (Constitución Política del Estado, artículo 4°, y Código Civil, artículo 1682).

La misma sanción tienen los instrumentos autorizados por un funcionario que en determinado caso la ley le prohíbe actuar (Código Civil, artículo 10).

1662. b) NULIDAD QUE SE REFIERE AL INSTRUMENTO MISMO

La omisión de cualquiera formalidad que debe llenar el instrumento público, trae aparejada la nulidad absoluta del mismo (Código Civil, artículo 1682). Por ejemplo, una escritura pública en que se omite la firma de los otorgantes, de los testigos o la autorización del notario.

Sin embargo, no hay nulidad cuando la ley misma señala otra sanción diversa, o cuando expresamente establece que la omisión no produce nulidad, como ocurre en el testamento solemne en que se omiten determinadas formalidades; en este caso, dice el artículo 1026 del Código Civil, "no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo".

1663. PRUEBA DE LOS HECHOS QUE MOTIVAN LA NULIDAD

Los hechos que motivan la nulidad del instrumento público pueden demostrarse por cualquier medio de prueba, incluso el de testigos, pues las limitaciones establecidas a este medio en los artículos 1708 a 1711 del Código Civil son referidas a la prueba de *actos y contratos*, y en el caso que tratamos, lo que se quiere probar son *hechos materiales* que conducen a establecer la nulidad del instrumento.

Sin embargo, en ciertos casos la prueba testimonial tiene restricciones para la impugnación de una escritura. Pero estas restricciones, como más adelante veremos, dicen relación con la impugnación por falta de autenticidad, pero no por omisión de las solemnidades legales.

2. Impugnación por falta de autenticidad

1664. DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD Y FALSIFICACIÓN O FALTA DE AUTENTICIDAD

Un instrumento público puede también ser impugnado por falso o falta de autenticidad, esto es, por no haber 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 (artículo 17, a contrario sensu).

No es lo mismo un instrumento nulo que uno falsificado. Así, un instrumento otorgado en la ciudad de Santiago ante el notario de Rancagua sería nulo, por incompetencia del funcionario, pero no falsificado, porque el documento expresa que se otorgó ante el notario de Rancagua, como en realidad fue. Y puede haber un instrumento falsificado y no nulo en el sentido que a esta última palabra da el artículo 1681 del Código Civil, como si se otorga un instrumento ante notario competente, suplantándose las personas de los otorgantes.

El Código entendió bien esta diferencia, pues continuamente separa el título falsificado del nulo: artículos 704, 1876 del Código Civil.

1665. MEDIOS DE PRUEBA

En materia penal, la falsificación del instrumento público se prueba en conformidad a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

En el campo civil, la falta de autenticidad puede impugnarse por todos los medios aceptados por la ley para establecer el fraude (testigos, confesión de parte, presunciones, informe de peritos) y, especialmente, por el cotejo de letras, por la comparación de las firmas (Código de Procedimiento Civil, artículo 355, antiguo 344).

Pero en el caso de *escritura pública* la ley ha establecido una limitación cuando se trata de impugnar su *autenticidad* por medio de *testigos*. Dice el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil: "Para que pueda invalidarse con prueba testimonial una escritura pública, se requiere la concurrencia de cinco testigos, que reúnan las condiciones expresadas en la regla segunda del artículo 384 (o sea, que estén contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, que sean sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos), que acrediten que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento, o el escribano, o alguno de los testigos instrumentales, ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes. Esta prueba, sin embargo, queda sujeta a la calificación del tribunal, quien la apreciará según las reglas de la sana crítica. La disposición de este artículo sólo se aplicará cuando se trate de impugnar la *autenticidad* de la escritura misma, pero no las *declaraciones* consignadas en una escritura pública auténtica".

Nótese que este artículo sólo se refiere a la *escritura pública*; no a los de-

más instrumentos públicos; y sólo limita en la forma que indica la prueba testimonial para impugnar la falta de *autenticidad*, pero no se aplica la disposición como dice su inciso final, con respecto a las *declaraciones* consignadas en la escritura pública. Además, cabe hacer presente que hay una contradicción entre este artículo y el 426 del Código Orgánico de Tribunales, pues el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil habla de los *setenta* días siguientes al otorgamiento, y el artículo 426 del Código Orgánico de Tribunales dice que no se considera pública o auténtica la escritura que no se firme dentro de los *sesenta* días siguientes a su otorgamiento.

3. Impugnación por falsedad de las declaraciones de las partes

1666. No ES UNA IMPUGNACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

"La impugnación de la verdad de las declaraciones de las partes no es propiamente una impugnación del instrumento público. La fe pública que ampara el instrumento sólo se refiere a lo declarado por el funcionario, no a lo declarado

449

por las partes. Se puede, pues, alegar la falsedad de lo que las partes refieren sin tocar en lo más mínimo la autenticidad y fe plena del instrumento".

En consecuencia, cuando se impugna la falsedad de las declaraciones no se ataca su formulación, el hecho de que se expresaron, porque eso significaría atacar el instrumento por falta de autenticidad, puesto que la existencia de las declaraciones consta por el atestado del funcionario autorizante. Cuando se impugna la falsedad de las declaraciones se pretende demostrar que el contenido de éstas no corresponde a la voluntad real de los otorgantes, sea por error, dolo o simulación, y en este caso entran en juego las reglas de fondo que a estas figuras jurídicas rigen.

1667. IMPUGNACIÓN DE LAS DECLARACIONES MERAMENTE ENUNCIATIVAS

Como estas declaraciones sólo representan una confesión extrajudicial y sólo sirven de base para una presunción judicial, *el propio declarante* puede impugnadas, demostrar que los hechos a que se refieren son falsos.

Las demás personas no están obligadas a impugnadas, pues las declaraciones enunciativas no hacen fe contra ellas. De manera que si el declarante quiere hacerlas valer contra otras personas, a él le corresponderá acreditar su veracidad.

1668. IMPUGNACIÓN DE LAS DECLARACIONES DISPOSITIVAS

Las declaraciones de las partes se presumen verdaderas por aplicación de los principios del *onus probandi*. En consecuencia, los *terceros* pueden destruir esta presunción por cualquier medio, y no rigen para ellos las limitaciones de la prueba testimonial, porque se encuentran en el caso de haber estado en la imposibilidad de obtener una prueba escrita sobre la simulación (Código Civil, artículo 1711, inciso fina!), que es la figura que en este caso se da.

Adviértase que los terceros de *buena fe*, que ignoran la simulación, pueden

hacer valer contra las partes la voluntad declarada, la simulada. Las partes no pueden escudarse frente a ellos en el acto oculto o disimulado que expresa la voluntad real, como lo demuestra el artículo 1707 del Código Civil, que niega valor a las contraescrituras contra terceros, "pues si se desecha la acción de simulación cuando ella es probada con el mérito de una declaración escrita, con mayor razón ha de repudiarse en otros casos".

y las *partes*, ¿pueden impugnar las declaraciones que ellas mismas hicieron en el instrumento público? ¿Podría, por ejemplo, el mutuario que declaró en escritura pública haber recibido cierta suma de dinero, probar después, cuando pretende cobrarsele, que no la ha recibido?

Algunos autores y ciertas sentencias de nuestros Tribunales responden negativamente a la interrogante, porque el tenor del artículo 1700 del Código Civil expresa que el instrumento público hace plena fe contra los declarantes en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho. Así, una sentencia de la Corte de Valparaíso (de 31 de julio de 1935, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXXIII, sección segunda, página 65) dice: "Como ampliación del principio contenido en el artículo 1700 del Código Civil, el inciso 2° del artículo 1876 del mismo Código no admite prueba alguna en contrario de

450

la aseveración hecha por las partes en la escritura de haberse pagado el precio, salvo la encaminada a probar que la escritura es nula o falsificada".

Otros estiman erróneas estas ideas, porque si bien el instrumento público produce plena prueba, nada obsta a que se rinda en contrario otra plena prueba, confesión de parte, por ejemplo, correspondiendo en definitiva al juez de la causa apreciar en forma soberana la prueba rendida, dar o no por probado que las declaraciones contenidas en el instrumento son falsas. Y la mejor confirmación de esta manera de pensar agregan algunos de esos autores- es precisamente el inciso 2° del artículo 1876, (colocado en el Título de la Compraventa), porque si el legislador dijo en este caso que las partes no pueden probar contra la declaración contenida en la escritura de haberse pagado el precio, es porque por regla general las partes son admitidas a probar en contra de lo declarado en un instrumento. Si la regla general fuera la contraria, carecería de razón de ser el citado inciso 2° del artículo 1876.

Consecuentemente, hay fallos que permiten al mutuario probar que no se le ha entregado el dinero del cual se declara recibido en una escritura pública.¹⁸

Naturalmente que por *testigos* no podría probarse en contra de lo declarado en el instrumento público, porque lo prohíbe el Código Civil, al disponer que no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma (art. 1709, inciso 2°).

Por fin el Código de Comercio señala un caso en que es inadmisibles la impugnación de la verdad de las declaraciones contenidas en una escritura pública. En efecto, establece que no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas para la formación y prueba de la sociedad

colectiva, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en dichas escrituras (art. 350 y 353).

1669. IMPUGNACIÓN DE LAS DECLARACIONES ENUNCIATIVAS QUE SE RELACIONAN DIRECTAMENTE CON LAS DISPOSITIVAS

Las declaraciones enunciativas ligadas directamente a las dispositivas, por su

relación íntima se entienden incorporadas a éstas, gozando de la presunción de verdad o sinceridad que a las últimas ampara.

"Lo dicho no impide que *terceros* demuestren la falsedad de la declaración enunciativa ligada directamente a la dispositiva. Pueden impugnarla y demostrar que los hechos declarados en ella no existen o son distintos de los que se refieren".

"Las *partes* pueden hacer igual impugnación, aunque algunos lo niegan esgrimiendo los mismos argumentos que hacen valer contra las dispositivas. No son obstáculo para ello las disposiciones de los artículos 1700 y 1706 que dan

¹⁸ C. Santiago, 7 junio 1905 (R. de D. y J., T. 3, sec. I^a, p. 115) y 16 junio 1928, misma revista, T. 27, sec. I^a, p. 693.

451

plena fe entre las partes a las declaraciones enunciativas relacionadas directamente con las dispositivas del acto o contrato. La enunciativa que se relaciona directamente con lo dispositivo del acto o contrato, no es otra cosa que una confesión común a todas las partes en el instrumento. Todas confiesan la verdad del hecho de que se trata. Pero tal confesión es revocable, aunque sé refiere a hechos personales de los otorgantes, pues la única confesión irrevocable es la confesión judicial referente a hechos personales (Código Civil, artículo 1713, y Código de Procedimiento Civil, artículo 402, antiguo 392). Por otra parte, el que un medio de prueba haga plena fe no impide que se contradiga y se pruebe lo contrario por otros medios".¹⁹

6. Documentos protocolizados

1670. PROTOCOUZACIÓN

Según definición del Código Orgánico de Tribunales, *protocolización* es el hecho de *agregar* un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicite. Para que surta efecto legal debe dejarse constancia de ella, en la forma prescrita por la ley, en el libro repertorio el día en que se presente el documento (art. 415).

El documento protocolizado no es una escritura pública, ya que no sé extiende en el registro o protocolo del notario, sino que sólo se "agrega" al final de dicho registro.

1671. DOCUMENTOS CUYA PROTOCOLIZACIÓN NO PUEDE SOLICITARSE POR SUS OTORGANTES O BENEFICIARIOS

Hay documentos en que se consignan actos o contratos con causa u objeto ilícitos; pues bien, los otorgantes o beneficiarios de esos actos no pueden solicitar que se protocolicen los respectivos documentos, y si de hecho se realiza la protocolización, no surte efecto alguno. Sólo pueden solicitar la protocolización de los documentos en referencia personas distintas de sus otorgantes o beneficiarios (c. Orgánico de Tribunales, art. 416).

1672. UTILIDAD E IMPORTANCIA DE LA PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS

La protocolización permite asegurar la ubicación precisa de ciertos documentos para sacar copias de ellos con las cuales hacer valer los derechos y obligaciones que aquéllos consignan.

Enseguida cabe recordar que, como luego se verá, el artículo 1703 del Código Civil establece ciertos hechos desde los cuales se cuenta, respecto de terceros, la fecha de un instrumento privado. Sin perjuicio de lo ahí señalado, dice el Código Orgánico de Tribunales, "la fecha de un instrumento privado sé

/ 19 SANTA CRUZ, obra citada, p. 56.

452

contará respecto de terceros desde su anotación en el repertorio que, como sabemos, es un libro abreviado en que se anotan, por riguroso orden de presentación, además de las escrituras públicas, los documentos protocolizados (C.

Orgánico de Tribunales, art. 419 en relación con el 430).

Por último, la ley exige la protocolización de ciertos documentos como requisito para que puedan hacerse valer como instrumentos públicos. Así ocurre con ciertos testamentos, las actas de oferta de pago, los instrumentos otorgados en el extranjero (C. Orgánico de Tribunales, art. 420).

Bibliografía

1) V. SANTA CRUZ S., "El instrumento público". Estudio publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomos XXXVIII, sección Derecho, pp. 149 y siguientes, y XXXIX, sección Derecho, pp. 5 y siguientes.

2) J. ECHEVERRÍA ALESSANDRI, Escrituras públicas. Memoria de Prueba. Santiago, 1942.

3) H. ALEGRE A., Impugnación de la escritura pública. Memoria de Prueba. Valparaíso, 1944. Este trabajo contiene un capítulo sobre la escritura pública ante la jurisprudencia.

4) M. VALENCIA, La prueba ante la jurisprudencia. Memoria de Prueba. Santiago, 1941.

5) O. WARTH L., De la prueba documental. Memoria de Prueba, Santiago, 1929.

6) EMILIO RIOSECO E., La prueba ante la jurisprudencia, Santiago, 1958.

Véase también la bibliografía señalada en la nota 1 del número 1590 de este mismo tomo.

CAPITULO L

EL INSTRUMENTO PUBLICO

1673. CONCEPTO

En una acepción amplia, son instrumentos privados los otorgados por los

particulares sin intervención de funcionario público en su calidad de tal.

Ningún sello de garantía llevan en sí y, por lo general, fuera de la firma, están exentos de formalidades. Excepcionalmente se exigen éstas en algunos casos, como en la letra de cambio, que es un instrumento privado solemne. Sin embargo, en razón del elevado número de operaciones de crédito que realizan las instituciones financieras con sus clientes mediante el giro de letras de cambio o el endoso de las mismas y de pagarés en su favor, se ha dispuesto que "la firma del librador de una letra de cambio cuyo beneficiario sea un banco"

o una institución financiera podrá estamparse mediante un timbre de goma o metálico u otros procedimientos mecánicos que impriman el facsímil autorizado de la firma. La firma del endosante de una letra de cambio o pagaré, cuando el endoso sea a favor de un banco o de una institución financiera, podrá estamparse mediante un timbre de goma o metálico u otros procedimientos mecánicos que impriman el facsímil autorizado de la firma. La firma estampada en conformidad a lo establecido anteriormente se entenderá efectuada bajo la responsabilidad del librador o endosante, según corresponda ("Reglamento sobre Giro y Endoso de Documentos en favor de Bancos e Instituciones Financieras", decreto N° 276, de 1991, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 10 de mayo de 1991, artículos 1° a 3°).

Son instrumentos privados los que testimonian actos y contratos no autorizados por funcionarios públicos, los pagarés, las letras de cambio, los cheques, las facturas mercantiles o civiles, las cartas misivas y de contestación, los telegramas, etc. También son instrumentos privados los autorizados por el funcionario público fuera de su competencia.

1674. FIRMA DE LOS OTORGANTES

Los autores exigen que el instrumento privado esté firmado por los otorgantes,

porque la firma es el signo que demuestra que se aprueba y hace propio lo escrito. Sin la firma, el documento no pasa de ser un borrador o un proyecto, pero no constituye instrumento privado.

⁴⁵⁴

Esta parece ser también la idea general de nuestra legislación, como lo demuestran: el artículo 1701, que dice en su inciso 2° que fuera de los casos en que la ley exige el instrumento público por vía de solemnidad, el instrumento público defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere *firmado* por las partes; el artículo 1702, que 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; el artículo 1703, que dice que la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de tercero, sino, entre otros casos, desde el fallecimiento de alguno de los que le han *firmado*.

Refuerza esta manera de pensar, según Ricci, 'el inciso 2° del artículo 1701, al tenor del cual, en ciertos casos, el instrumento público, nulo como tal, vale como privado si ha sido *firmado* por las partes. Ahora bien, dice el autor italiano, si el documento público, a pesar de la intervención del funcionario público y de los testigos, no puede tener valor como escritura privada si no está firmado por las partes, evidente es que tales firmas constituyen una formalidad esencial de la escritura privada. 1

Nuestra jurisprudencia ha dicho, por lo general, que un instrumento privado para que sea tal debe, por lo menos, ser firmado por el otorgante (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomos: XL, sección segunda, p. 33; XXXIX, sección primera, p. 557; XVI, sección primera, p. 422).

Sin embargo, en un fallo, la Corte Suprema da a entender que basta que el instrumento privado, para ser tal, esté escrito o firmado por el otorgante (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIX, sección primera, p. 500).

Con todo, hay ciertos documentos que no necesitan estar firmados por la persona contra quien se hacen valer. Así, según el artículo 1704 de nuestro Código Civil, los asientos, registros y papeles domésticos, hacen fe, en ciertas condiciones, contra el que los ha escrito o firmado. Pero los autores dicen que disposiciones como ésta sólo revelan la excepción a la regla general que resulta del contexto de los preceptos que más arriba señalamos.² Otros maestros, entre los que destaca Claro Solar,³ expresan que los documentos como las cartas misivas, los libros de comercio, los asientos, los registros y papeles domésticos, no son por sí solos instrumentos privados en la acepción teórica o técnica de estas palabras, "porque no ostentan siempre la característica de formas substanciales de las obligaciones o de su extinción, constituyendo simples formalidades testificativas y que pueden contribuir a establecer la prueba o interpretación de los respectivos instrumentos privados".⁴

1675. INSTRUMENTOS PRIVADOS FIRMADOS ANTE NOTARIO E INSTRUMENTOS PRIVADOS PROTOCOLIZADOS

Los notarios pueden autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, siempre que den fe del conocimiento o de la identidad de los firmantes y

¹ RICCI, *Tratado de las pruebas*, tomo 1, p. 249, N° 95.

² BARROS ERRÁZURIZ, obra citada, volumen 11 (Santiago, 1932), p. 351, N° 248. ³ Obra citada, tomo XI, p. 696.

⁴ Giorgi, citado por CLARO SOLAR.

dejen constancia de la fecha en que se firman (C. Orgánico de Tribunales, art. 425; inciso 1°).

La autorización notarial de la firma no transforma, por sí sola, en instrumento público al privado. En estos casos el notario desempeña el papel de un testigo calificado.

Pero en ciertos documentos la autorización de la firma del otorgante por el notario produce un importante efecto. Según el Código de Procedimiento Civil, tienen *mérito ejecutivo*, sin necesidad de reconocimiento previo, la letra de cambio, el pagaré o el cheque, respecto del obligado, cuya firma aparezca autorizada por un notario o por el oficial del Registro Civil en las comunas donde no tenga asiento un notario (artículo 434, inciso 2° del número 4°).

Se ha fallado que "la autorización del notario de la firma del suscriptor de un pagaré no supone necesariamente la presencia de éste ante el ministro de fe. El vocablo "autorizar" no supone la presencia de la persona cuya rúbrica se autentifica. Por consiguiente, la correcta interpretación del artículo 434 N° 4° inciso 2° del Código de Procedimiento Civil no lleva a exigir siquiera la comparecencia, ante el notario, del obligado que firma un instrumento mercantil, sea pagaré, cheque o letra de cambio; basta, al efecto, la sola actuación de ese ministro de fe. Para autorizar la firma del obligado es suficiente que al notario le conste por cualquier medio que ella corresponde a dicha persona. 5

Tampoco le da el carácter de público a un instrumento privado el hecho de *protocolizarse*. Véase lo dicho al hablar de la protocolización de documentos.

1676. FORMALIDAD FISCAL DEL IMPUESTO

La Ley de Timbres y Estampillas grava con impuesto a ciertos documentos y les niega mérito ejecutivo y la posibilidad de hacerlos valer ante las autoridades judiciales, administrativas y municipales hasta que no se acredite el pago del impuesto con los reajustes, intereses y sanciones que correspondan (Ley de Timbres y Estampillas, art. 26, inciso 1°).

No se establece, pues, la nulidad del documento, sino sólo se aplican las medidas indicadas como una manera de forzar al pago del impuesto que no se hizo.

1677. LA FORMALIDAD DE LA MULTIPLICIDAD

Algunas legislaciones, como la francesa y la holandesa, establecen respecto de los instrumentos privados la formalidad de la multiplicidad de ejemplares, llamada por los franceses la "formalidad del doble" (*formalité du double*). De acuerdo con esta formalidad, el instrumento que constata una convención sinalagmática no es válido como prueba sino bajo la condición de haberse redactado en tantos originales cuantas sean las partes que tienen un interés distinto en el acto. Como lo corriente es que en un contrato sinalagmático haya dos

5 C. Santiago, 15 abril 1987, R., t. 84, seco Z', p. 47, Y 16 junio 1988, R., r. 85, .sec., . p.54.
456

partes con intereses distintos, el contrato debe redactarse en doble ejemplar: de aquí el nombre de "formalidad del doble".

Si no se redacta el número de ejemplares que corresponde, la sanción no es la nulidad del acto que constata el instrumento privado ni la de este documento, sino que el instrumento privado redactado en un solo ejemplar no sirve de prueba escrita; constituye a lo sumo un principio de prueba por escrito, permitiendo recurrir a la prueba de testigos o de presunciones.

En nuestro sentir; esta formalidad no cabe en la legislación chilena, sin perjuicio de reconocer la utilidad de redactar tantos ejemplares cuantas sean las partes que tienen intereses distintos en el acto. Así se asegura una perfecta igualdad entre los interesados y se impide que el uno quede a la merced del otro en la prueba de su derecho. Por eso en la práctica en nuestro país se sigue la llamada "formalidad del doble".

1678. VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PRIVADO

Al revés del público, el instrumento privado no prueba su origen, porque falta toda garantía que asegure que el que aparece como signatario lo haya suscrito realmente; la ausencia de funcionario público en su otorgamiento impide que la ley le atribuya un valor análogo al del instrumento público.

En principio, el instrumento privado carece de valor probatorio con respecto a todos; pero si es reconocido o mandado tener por reconocido, adquiere valor probatorio *respecto de las partes que lo han suscrito*, conforme al artículo 1702 del Código Civil, que dice:

"El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han traspasado las obligaciones y derechos de éstos".

El instrumento privado reconocido, al igual que el instrumento público, hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, cantal que tenga relación

directa con lo dispositivo del acto o contrato (artículo 1706).

Con respecto a los *terceros*, algunos dicen que el instrumento privado carece de todo mérito probatorio. El artículo 1702 se refiere al valor probatorio entre las partes; en consecuencia, frente a los terceros no tendría mérito alguno. El redactor piensa lo contrario: establecida la autenticidad del instrumento privado, su valor probatorio es el mismo entre las partes que con respecto a terceros. Y esto por simple aplicación del 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.

Don Luis Claro Solar también estima que el instrumento privado produce prueba respecto de todos, *erga omnes*. Y agrega que el Código no se ocupó en el artículo 1702 de la fuerza probatoria de los instrumentos privados respecto de terceros, pero que de este silencio nada se puede deducir sobre el punto que tratamos. Más adelante dice: "El artículo 1702 se limita a expresar

que el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que

457

se ha mandado tener por reconocido, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito y de las personas a quienes se han traspasado las obligaciones y derechos de éstos, sin hacer referencia alguna a los terceros; y el artículo 1703, al contrario, se refiere únicamente a los terceros al expresar que la fecha de un instrumento privado no se cuenta sino desde los días que respectivamente indica. Dedúcese, por lo tanto, de estas disposiciones que el documento privado cuya autenticidad está establecida, produce plena prueba lo mismo que la escritura pública tanto respecto de los firmantes y sus herederos o causahabientes, como respecto de terceros, sin más diferencia que para los firmantes y sucesores hace plena prueba de su contenido y de su fecha mientras no se pruebe lo contrario; y para los terceros hace solamente prueba de su contenido, pero no de la fecha. Si la ley se ocupa de la fecha del instrumento privado sólo con relación a los terceros para establecer el principio que respecto de éstos no tiene fecha cierta y que para fijar la fecha del instrumento privado respecto de éstos, es necesario relacionarlo con un acontecimiento que haga imposible la antedata de dicho instrumento o que acredite la existencia anterior del mismo, es porque por una parte el instrumento privado tiene fecha cierta respecto de los firmantes o sucesores de ellos, y por otra parte, fuera de la fecha, hace también fe respecto de terceros de haberse celebrado la convención que contiene en los términos indica

1679. RECONOCIMIENTO DEL INSTRUMENTO PRIVADO

Los instrumentos privados se tienen por reconocidos judicial o voluntariamente.

El reconocimiento es *judicial* cuando se declara la autenticidad del instrumento por resolución del juez (Código de Procedimiento Civil, artículo 346, N° 4).

Reconocimiento *voluntario* es el que emana de la declaración de las partes. Puede ser expreso o tácito. Hay reconocimiento *expreso* cuando así lo declara en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer, y cuando igual declaración se hace en un instrumento público o en otro juicio diverso (artículo 346, N°S 1 y 2). Hay reconocimiento *tácito* cuando puesto el instrumento privado en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto,

apercibir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo (Código de Procedimiento Civil, artículo 346, N° 3).

También hay reconocimiento tácito respecto. del aceptante de una letra de cambio o subscriptor de un pagaré a la orden que no hayan puesto tacha de falsedad a su firma al tiempo de protestarse el documento por falta de pago, siempre que el protesto haya sido personal, y respecto de cualquiera de los obligados al pago de una letra de cambio, pagaré a la orden o cheque, cuando, puesto el protesto en su conocimiento por notificación judicial, no alegue

6 CLARO SOLAR, obra citada, tomo XII, p. 711.
458

tampoco en este mismo acto o dentro de tercero día tacha de falsedad (Código de Procedimiento Civil, artículo 434, W 4). También hay reconocimiento tácito cuando en una letra de cambio, pagaré a la orden o cheque aparece la firma del obligado autorizada por un notario (Código de Procedimiento Civil, artículo 434, W 4, inciso 2°).

Según consta de la discusión del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, el valor de escritura pública que confiere el artículo 1702 al instrumento privado reconocido, se refiere al caso del reconocimiento hecho por la persona que aparece o se reputa haberlo suscrito. De modo que si lo reconoce cualquiera otra persona que no sea ésta, y aun cuando haga el reconocimiento la contraparte del que lo invoca, ese reconocimiento no tiene la virtud de conferirle al instrumento privado el valor probatorio de es

escritura pública..

Pero, cabe preguntarse, el reconocimiento de un tercero, si bien no le da valor de escritura pública al instrumento privado, ¿no le dará algún otro valor probatorio? La jurisprudencia ha respondido, a veces, negativamente; en otras ocasiones ha dicho que el instrumento privado reconocido por un tercero puede tener algún mérito probatorio,⁷ y éste no es otro que el de servir de base a una presunción judicial.

El instrumento público defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta de forma vale como instrumento privado si estuviere firmado por las partes (artículo 1701, inciso 2°). Ahora bien, respecto de este instrumento público, para que valga como privado, ¿será necesario el reconocimiento de que hemos hablado? Sí, ha dicho nuestra Corte Suprema (Casación de 16 de agosto de 1919, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XVII, sección primera, p. 426). Y esto, por tratarse de un instrumento privado, que sin dicho reconocimiento ningún valor probatorio tiene.

1680. NEGACIÓN DE LA AUTENTICIDAD DE UN INSTRUMENTO PRNADO

Si una parte presenta un instrumento privado y la otra lo desconoce, corresponde probar la autenticidad a la persona que exhibe ese documento, porque en los instrumentos privados no existe, como en los públicos, la garantía del funcionario público.

La parte que presenta el instrumento privado puede, para demostrar su autenticidad, valerse de todos los medios que las leyes franquean para la prueba del fraude. Puede valerse del cotejo de letras con algún instrumento *indultado*. Se consideran indultados para el cotejo los instrumentos que las partes acepten como tales, de común acuerdo; los instrumentos públicos no tachados

de apócrifos o suplantados, y los instrumentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en conformidad a la ley (Código de Procedimiento Civil, artículo 352). La prueba de testigos es procedente para probar la autenticidad del instrumento privado, porque en este caso no se trata de demostrar la ver

⁷ Véase SOMARRIVA, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, Santiago, 1984, N° 177, pp. 130 Y SS.

459

Dad y existencia de la obligación sino el hecho material de haberse otorgado y firmado el documento y porque el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil dispone que en el incidente sobre autenticidad de un instrumento sé admitirán como medios probatorios, además del cotejo, los que las leyes autoricen para la prueba del fraude, y entre estos últimos queda comprendida la prueba testimonial.

1681. MÉRITO EJECUTIVO

El instrumento privado, reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido, tiene también mérito ejecutivo (Código de Procedimiento Civil, artículo 434, W 4).

1682. DESDE CUÁNDO SE CUENTA LA FECHA DE UN INSTRUMENTO PRIVADO

RESPECTO DE LAS PARTES Y RESPECTO DE TERCEROS

La fecha del instrumento público es para todos la que él mismo indica, porque es algo que consta al funcionario público autorizante; pero la del instrumento privado no se encuentra en las mismas condiciones. Puede ella fácilmente adulterarse, adelantándola o atrasándola con respecto al día en que efectivamente el instrumento se otorgó. Este peligro se presenta continuamente y casi es imposible después probar la adulteración. Por eso el legislador tomó precauciones en lo que atañe a este punto.

Para determinar la fecha de un instrumento privado, hay que distinguir entre

las partes y los terceros.

Con respecto a las partes, tiene la fecha que en él se indica, pero sólo cuando ha sido reconocido o mandado tener por reconocido.

En cuanto a los terceros, la situación es diversa. A ellos no les puede constar la autenticidad de la fecha aunque las partes la reconozcan, porque bien pueden éstas confabularse en contra de un tercero. Por eso la ley, cautelando los intereses de las personas extrañas al otorgamiento del instrumento privado, adopta como fecha cierta respecto de terceros aquella desde la cual ya no es posible su adulteración, o sea, cuando se ha producido una situación en que el cambio es imposible. En efecto, dice el artículo 1703 del Código Civil: "La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de alguno de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal".

A esta enumeración se agregó por el Código Orgánico de Tribunales otro caso en que el documento privado adquiere fecha cierta respecto de terceros. Dice que "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1703 del Código Civil, la fecha de un instrumento privado se contará respecto de terceros *desde su anotación* en el repertorio con arreglo al presente Código" (art. 419).

El sentido de la palabra *terceros* debe entenderse en estos casos conside-

rando el fin de la disposición del artículo 1703, "que es hacer ineficaz el fraude preparado por medio de fechas anticipadas en daño de los que, siendo

⁴⁶⁰

causahabientes a título singular, no intervienen en la convención ni por sí, ni por representantes".

Según el autor Baudry-Lacantinerie, los terceros a los cuales protege el artículo.

1328 (similar al artículo 1703 de nuestro Código Civil) son los *causahabientes a título singular* a quienes se opone un acto bajo la firma privada emanado de su autor, tendiente a destruir o a modificar sus derechos. Este acto

no adquiere fecha cierta a su respecto sino a contar desde la ocurrencia de uno de los acontecimientos señalados limitativamente por la ley.⁸

Constituye excepción al artículo 1703 del Código Civil el artículo 127 del Código de Comercio, que dice: "Las escrituras privadas que guarden conformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos que enumera el artículo 1703 del Código Civil".

1683. FOTOCOPIAS DE INSTRUMENTOS PRIVADOS

En general, hay repugnancia a reconocer valor probatorio a las fotocopias de

instrumentos privados, porque, entre otras razones, carecen de firma, como no sea la reproducida, y en estas condiciones ningún signo de autenticidad las abona. La Corte Suprema resolvió que las querellas presentadas en fotocopias no deben proveerse si éstas no son firmadas en original.⁹

También merecen desconfianza las fotocopias porque se prestan para trucos fotográficos y para verdaderos fraudes por parte de los acreedores que no entregan a sus deudores los títulos después de pagados pretextando que los han perdido cuando en realidad los han ocultado para tomar una fotocopia y cobrar de nuevo el crédito.¹⁰

Claro que —como dice un autor— la fotocopia de instrumento privado es admi-

sible si existe el original y puede hacerse el cotejo en caso de impugnación. Con

mayor razón si la parte contra la cual se hace valer no la objeta. Pero la fotocopia

resulta inadmisibles si es objetada y no existe el original para cotejarla.^H

El Código Orgánico de Tribunales dispone que "los testimonios autorizados por el notario, como copias, fotocopias o reproducciones fieles de documentos *públicos o privados*, tendrán valor en conformidad a las reglas generales"

(art. 425, inciso 2°).

La Ley N° 19.088 de 19 de octubre de 1991, dispone, en su artículo único, que "en las actuaciones que se realicen y en las presentaciones que se formulen

ante los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Municipalidades, Servicios Pú-

blicos y Empresas del Estado, relacionadas con asuntos de la vivienda, la salud,

la educación, la previsión social o el trabajo, sólo será necesario presentar los originales de los documentos que sean requeridos, o copias o *fotocopias* autorizadas de ellos, y dejar fotocopias simples de los mismos. El funcionario

adminis-
trativo receptor las cotejará y luego devolverá los documentos a los interesados,

⁸ Précis de Droit Civil, tomo II (París, 1925), p. 256.

⁹ Sentencia de 4 de junio de 1987, Fallos del Mes, N° 343, p. 328.

¹⁰ PAILLAS, Estudios de Derecho Probatorio, Santiago, 1979, p. 135, texto y nota 94.
" PAILLAS, ob. cit., N° 82, p. 138.

461

Entendiéndose que ha efectuado tal cotejo por el solo hecho de estampar en la fotocopia el timbre de recepción, la fecha y su nombre y firma. El cotejo será gratuito. El funcionario que faltare maliciosamente a sus obligaciones en relación con esta materia incurrirá en las penas del artículo 193 del Código Penal".

1684. DIFERENCIAS ENTRE EL INSTRUMENTO PÚBLICO y EL INSTRUMENTO PRIVADO

Las principales diferencias entre el instrumento público y el privado en cuanto a su valor probatorio, son las que siguen.

1) El instrumento público hace prueba por sí solo, sin necesidad de ningún acto de reconocimiento que le dé autenticidad, porque la lleva en sí mismo desde que nace; el instrumento privado no hace fe por sí mismo: sus efectos probatorios arrancan del reconocimiento de las partes o de la autoridad judicial.

2) La segunda diferencia se relaciona con la prueba que debe producirse cuando se impugna la falsedad o falta de autenticidad del instrumento.

La persona que exhibe un instrumento público no necesita probar que es auténtico, porque la circunstancia de haber intervenido en su otorgamiento un funcionario público, hace que la autenticidad se presuma; en consecuencia, el que impugna un instrumento público es quien debe probar su falsedad o falta de autenticidad. En cambio, la parte que se sirve de un instrumento privado, debe probar que es auténtico, porque él ningún sello de garantía lleva; mientras no lo pruebe o establezca, el instrumento privado carece de todo valor.

3) El instrumento público es solemne; el privado, no, salvo lo dicho en cuanto a la firma.

Algunas especies particulares de instrumentos privados

1685. ENUMERACIÓN

Son especies de instrumentos privados:

- 1 ° Los registros, asientos o papeles domésticos;
- 2 ° Las notas escritas o firmadas por el acreedor, y
- 3 ° Las cartas o telegramas.

1) *Registros, asientos o papeles domésticos*

1686. DEFINICIÓN

Registros, asientos o papeles domésticos son los escritos firmados o no, que una persona redacta en hojas sueltas o encuadernadas, con el objeto de dejar constancia de un hecho jurídico que ha realizado, o de cualquier hecho doméstico.

1687. Características

Interviene en estos documentos una sola persona que:

- a) Lo firma, o
- b) Escribe.

462

1688. VALOR PROBATORIO; CUÁNDO LO ADQUIEREN Y REGLAS QUE RIGEN

Los registros, asientos o papeles domésticos adquieren valor probatorio una vez reconocidos o mandados tener por reconocidos.

Del artículo 1704 del Código Civil se desprenden las siguientes reglas en cuanto a su mérito probatorio:

a) No hacen prueba *en favor* del que los escribió o firmó, sino, por él contrario, hacen fe en su contra.

b) Esta prueba en contra sólo se produce con respecto a aquello que apa

rezca con *toda claridad*.

c) El mérito probatorio es *indivisible*: el que quiera aprovecharse de los medios de prueba que tratamos, no puede rechazados en la parte que le fuere

desfavorable.

1689. LIBROS DE LOS COMERCIANTES

Los libros de los comerciantes son una especie de registros privados' a los cua

les la ley les reconoce mayor valor.

Para que puedan considerarse, deben:

- 1) Llevarse conforme a la ley, y
- 2) Cumplir con el impuesto correspondiente.

Clasificación. Los libros de los comerciantes se dividen en principales u obligatorios y en auxiliares o secundarios.

Los libros *principales* son: 1) el libro diario; 2) el libro mayor o de cuentas corrientes; 3) el libro de balances, y 4) el libro copiador de cartas (Código de Comercio, artículo 25).

Los libros *secundarios* no hacen prueba en juicio independientemente de los obligatorios, pero si el dueño de éstos los hubiere perdido *sin su culpa*, harán prueba aquellos libros con tal que hayan sido llevados en regla (Código de Comercio, artículo 40).

Valor probatorio. Para determinar el valor probatorio de los libros de comer

cio, háy que distinguir entre comerciantes y entre éstos y los que no lo son.

a) *Entre comerciantes*, dichos libros tienen amplio valor probatorio, según

se desprende de los artículos 35 y 36 del Código de Comercio.

Según la primera de esas disposiciones los libros de comercio llevados en conformidad a la ley, hacen fe en las *causas mercantiles* que los comerciantes

Agiten entre sí.

Si los libros de ambas partes estuvieren en desacuerdo, agrega el citado artículo 36, los tribunales decidirán las cuestiones que ocurran según el mérito

que suministren las demás pruebas que se hayan rendido.

b) *Entre comerciantes y no comerciantes*, los libros de comercio hacen fe sólo *contra el comerciante que los lleva*, al cual no se le admiten pruebas que

tiendan a destruir lo que resulta de sus asientos (Código de Comercio, artículos

lo 38). Pero la fe de los libros es *indivisible*, y el litigante que acepta en lo favorable los asientos de los libros de su contendor, está obligado a pasar por todas las enunciaciones adversas que ellos contengan (Código de Comercio,

Artículo 39).

463

2) *Notas escritas o firmadas por el acreedor*

1690, OBJETO DE LAS NOTAS ESCRITAS O FIRMADAS POR EL ACREEDOR

La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso

de una escritura tienen por objeto modificar, extinguir o agravar la obligación.

1690-a. CASOS QUE PUEDEN PRESENTARSE

Las notas pueden hacerse en:

a) Instrumento que *siempre* ha estado en poder del acreedor.

b) *Duplicado* que tiene el deudor.

En ambos casos las notas, para tener valor, deben estar *escritas o firmadas por el acreedor* (C. Civil, artículo 1705).

1691. VALOR PROBATORIO

Como todos los instrumentos privados, estas notas adquieren mérito probatorio una vez reconocidas o mandadas tenerse por tales. Hacen fe en todo lo favorable al *deudor*; pero su *mérito es indivisible*; dice el Código Civil:

"La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una *escritura* que *siempre* ha estado en su *poder*, hace fe en todo lo favorable al deudor.

Lo mismo se extenderá a la nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso del *duplicado* de una escritura, encontrándose dicho duplicado en *poder* del *deudor*.

Pero el deudor que quisiere aprovecharse de lo que en la nota le favorece, deberá aceptar también lo que en ella le fuere desfavorable" (art. 1705).

Tanto el artículo 1704, como el 1705 del Código Civil, dicen relación con la prueba de las obligaciones que nacen de los actos o contratos civiles y, por lo tanto, no pueden aplicarse en un juicio de comercio.¹²

3 Cartas y telegramas)

1692. ESPECIES

Las comunicaciones escritas entre particulares pueden ser de diversas especies: cartas, telegramas, radiogramas, cablegramas, documentos transmitidos por telefax, etc.

1693. PROPIEDAD DE LAS COMUNICACIONES ESCRITAS ENTRE PARTICULARES

Desde el momento de la *recepción*, pertenecen al destinatario, salvo si son confidenciales, caso en que este último necesita autorización del remitente

para

12 Casación de 6 de enero de 1928, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XXVII, segunda parte, sección primera, p- 8.

464

Publicar dichas comunicaciones. Los *terceros, para*. hacerlas valer en juicio, re-
quieren autorización del propietario. Así se deduce del artículo 146 del Código Penal.

1694. VALOR PROBATORIO

Las comunicaciones escritas entre particulares siguen, en cuanto a su valor probatorio, las mismas reglas generales de los instrumentos privados. En consecuencia, deben ser reconocidas por las partes o mandadas tener por reconocidas.

El Proyecto franco italiano de las obligaciones que nunca adquirió vigencia como ley reconoce la prueba mediante *telegrama*, atribuyéndole los efectos de una escritura privada, siempre que el original haya sido firmado por el remitente, y presumiendo, salvo prueba en contrario, que la copia remitida al destinatario está conforme con el original (artículo 284).

1695. CÓMO SE AGREGAN EN JUICIO

Las comunicaciones escritas entre particulares se agregan en juicio "con cita-
ción" de la parte contraria, so pena de casación. Cuando se ordena o autoriza una diligencia con citación, se entiende que no puede llevarse a efecto sino pasados tres días después de la notificación de la parte contraria, la cual tiene el derecho de oponerse o deducir observaciones dentro de dicho plazo, suspendiéndose en tal caso la diligencia hasta que se resuelva el incidente (C. de Procedimiento Civil, art. 69).

CAPITULO LI

LOS DOCUMENTOS OFICIALES

1696. USO DE LA EXPRESIÓN Y EJEMPLOS

En algunas escasas disposiciones legales y en el lenguaje administrativo y corriente suele hablarse de los *documentos oficiales*. Si abrimos el Código Penal nos encontraremos con una norma que castiga al "empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier *documento oficial*" (art. 193, N° 8°). El mismo Código declara también que "las expresiones que puedan estimarse calumniosas o injuriosas, consignadas en un *documento oficial*, no destinado a la publicidad, sobre asuntos del servicio público, no dan derecho para acusar criminalmente al que las consigne" (art. 427). Por otra parte, nadie duda en el rodaje de los servicios públicos o en la esfera de los profanos que es un documento oficial el certificado de haber fallecido una persona, extendido por el médico que la atendía, para dar el pase de sepultación. Asimismo, es documento oficial la presentación que sobre sus firmas hacen al gobierno los particulares para que se mejore un servicio público o se les conceda un beneficio que la ley les reconoce. También se habla de la lista oficial de los

números premiados en los sorteos de lotería. Y así por el estilo. La jurisprudencia ha declarado que constituye un documento oficial la historia clínica de un paciente confeccionada en

El hospital. ¹

De los ejemplos anteriores dedúcese que hay documentos oficiales que emanan de funcionarios públicos y otros de simples particulares. Los primeros suelen llamarse documentos oficiales en sentido público y los segundos documentos oficiales en sentido privado, pero conviene recalcar que aquéllos no se identifican con los instrumentos públicos ni los últimos con los instrumentos privados.

1697. CARACTERIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS OFICIALES

Es difícil señalar las notas que dan fisonomía propia a los documentos oficiales. Porque la doctrina se ha ocupado de ellos sólo casuísticamente, sobre todo

¹ Corte de Concepción, 11 de diciembre de 1969, R., t. 67, seco 2a, p. 144, Considerando 14, p. 149.
466

En ciertas figuras penales, sin bosquejar una concepción general o de conjunto. ¡Y vaya que hace falta! Interesa no sólo al Derecho Penal, sino también al Civil y al Procesal.

1698. NOCIÓN APROXIMADA DE LAS DOS ESPECIES DE DOCUMENTOS OFICIALES

Los documentos oficiales *en sentido público* han sido definidos más o menos como aquellos que, para satisfacer necesidades públicas, se expiden o firman por un funcionario público en su carácter de tal. Nótese que estos documentos tienen *un solo autor*, como quiera que se expiden o firman por dicho funcionario; no se "autorizan" por éste. Aquí se encuentra, pues, una diferencia con los instrumentos públicos; agrégase que no exigen la competencia en cuanto a la materia y el territorio.²

Los documentos oficiales *en sentido privado* son aquellos que un particular, trascendiendo la esfera puramente personal, doméstica o de "privacidad", emite de un modo formal invistiendo una calidad propia (como la del médico que otorga el certificado a que nos referimos antes) o la titularidad de un derecho.

Un ejemplo más aclarará todo el concepto. Si un ciudadano, "muy amigo de un Ministro", le pide por carta que lo nombre en un cargo administrativo, ese ciudadano no ha salido del campo personal y su carta no constituye documento oficial alguno. Pero si hace una presentación formal, señalando que

Cumple con los requisitos legales y se opone en el concurso para llenar la vacante, el escrito, desde que ingresa a la oficina estatal respectiva, pasa a ser un documento oficial en sentido privado, y no un puro documento privado o particular sin más. De la misma manera sucede con cualquiera petición legítima que por escrito se dirija a la autoridad gubernativa o administrativa.

Habría muchos otros puntos que tratar sobre los documentos oficiales; pero es una materia especializada en la que no podemos detenernos más en esta obra.

CAPITULO UI

CONTRAESCRITURAS

1699. CONCEPTO

La palabra *contraescritura* tiene dos acepciones. En un sentido amplio significa todo instrumento, público o privado, otorgado por las partes para alterar, modificar o derogar en todo o parte lo expresado por ellas mismas en otro instrumento, o sea, todo escrito redactado contra otro escrito, todo acto que modifica a otro celebrado entre las mismas partes. En un sentido restringido, contraescritura es todo escrito por el que las partes reconocen con fines probatorios la simulación total o parcial de un acto o una simulación subjetiva, es decir, una interposición de personas.

1700. CARACTERES CONSTITUTIVOS DE LA CONTRAESCRIWRA EN SENTIDO ESTRICTO

"La primera condición esencial para que un escrito constituya una contraescritura (en sentido estricto) es que su objeto sea verificar la *simulación* total o parcial de un acto ostensible. Las partes comienzan por redactar un escrito destinado a ser mostrado al público, que disfraza sus verdaderas intenciones, y es para comprobar su real voluntad que ellas otorgan, de una manera lo más a menudo clandestina, un segundo acto instrúmental, que se llama *contraescritura*, precisamente porque es contrario al primero. Así, la contraescritura tiene por objeto restablecer el verdadero precio de una venta, cuando el acto ostensible indica un precio inferior a aquel que ha sido realmente convenido; o bien sirve para probar que la venta, que parece haber tenido lugar entre dos personas, no es seria, sino que disimula otra. Convención, una donación, por ejemplo".

"La segunda condición de la contraescritura (en sentido estricto) es que no *expresa una convención nueva*. Forma un solo todo con el acto aparente, cuya simulación atestigüa y cuyo verdadero alcance restablece. Por esta razón no habría contraescritura (en sentido estricto) en un acto adicional mediante el cual las partes cambiaran o modificaran un acto sincero y serio celebrado anteriormente por ellas". 1

1 Baudry-Lacantinerie, obra citada, tomo II, p. 258, N°588

468

"La contraescritura (en sentido estricto) corresponde, pues, a un proceso de simulación en que hay sólo un acto con dos apariencias escritas, una, la real, consta de la contraescritura, y la otra ficticia, consta de la escritura. Cuando hay dos escrituras que dan cuenta de dos actos independientes, aunque uno modifique al otro, no hay contraescritura propiamente tal (en sentido estricto)".2

La *clandestinidad* es también propia de la contraescritura en sentido estricto. Y esta clandestinidad no desaparece por el hecho de ser la contraescritura un instrumento público, pues las partes podrían exhibir a los terceros la escritura y no mostrar la contraescritura.

Francisco Ferrara rechaza también la concepción que ve en la contraescritura una convención o una obligación que viene a modificar o anular una convención anterior. La contraescritura sería, según ese punto de vista, la segunda de dichas convenciones, llevada a cabo secretamente para contradecir o neutralizar la primera. No es así, dice el ex profesor de la Universidad de Pisa. "La contradeción explica no viene a *quitar eficacia* a un negocio anterior perfecto, ni es un contrato resolutorio o que anule el precedente, sino una mera declaración que sirve tan sólo para *hacer constar* la simulación existente desde un principio. La contradeción nada añade ni quita al contrato; no hace sino remover su apariencia, restituyéndole su genuina fisonomía, según estuvo en el ánimo de los contratantes. La contradeción refleja la verdadera intención de éstos, mostrando o que un contrato no ha existido, o que ha existido otro diferente o entre personas distintas. La contradeción es, por así decirlo, la documentación de la simulación entre las partes, a manera de prueba para perpetua memoria que ellas constituyen en garantía de su respectiva posición jurídica... En las contradeciones las partes vienen a reconocer con fines probatorios la no subsistencia o la existencia con diferente contenido de una relación jurídica, por lo cual resulta exacta su clasificación entre los negocios jurídicos que establecen un hecho para fines de seguridad (negocios de accertamiento o de fijación de certeza). La contradeción consiste precisamente en un *acto de reconocimiento escrito*, que se caracteriza como reconocimiento negativo en la simulación absoluta..." 3

1701. SENTIDO EN QUE ESTÁ TOMADA LA PALABRA "CONTRAESCRITURA" EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil trata de las contraescrituras en el artículo 1707, que dice:

"Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto 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", es decir, de la copia de la escritura matriz.

2 Santa CRUZ, obra citada, p. 55 del tomo 39 de la Revista de Derecho y jurisprudencia. 3 FERRARA, La simulación de los negocios jurídicos, traducción del italiano, 3ª edición Española, Madrid, 1953, p. 369.

La disposición correspondiente del Código Civil francés es el artículo 1321, y dice: "Las contraescrituras sólo podrán producir efecto entre las partes contratantes, pero no contra terceros".

Ahora bien, los autores franceses opinan unánimemente que la palabra "contraescritura" está tomada en un sentido restringido.

Entre nosotros las opiniones están divididas. Algunos afirman que el término en comento debe tomarse en su sentido estricto, que seña el propio. En consecuencia, si no hay simulación, si una escritura modifica o altera lo que

sinceramente se estableció en otra, no cabe hablar de contraescritura, sino que de dos actos independientes, que se destruyen uno a otro en todo o parte. Y esas escrituras valen entre las partes y con respecto a terceros conforme a las reglas generales; no les son aplicables las restricciones del artículo 1707, que sólo rige las contraescrituras en sentido estricto, a las que prueban la simulación.⁴

Don Arturo Alessandri Rodríguez piensa que, al revés de la legislación francesa, la chilena considera la palabra "contraescritura" en su acepción amplia, pues el artículo 1707 no ha restringido su alcance y habla de toda escritura privada y contraescritura pública destinada a *alterar* lo pactado en otra. Luego, quedan incluidas en el concepto de contraescritura toda escritura o instrumento en el que las partes modifiquen o alteren en todo o parte, en sus elementos esenciales o accidentales, los contratos celebrados anteriormente, sea para dejados totalmente sin efecto, sea simplemente para introducir modificaciones substanciales o de detalle.

La Corte de Talca ha adherido a la opinión del señor Alessandri⁵ (*Gaceta de los Tribunales*, año 1939, segundo semestre, N°139, página 573). En cambio, la Corte Suprema ha dicho que es condición esencial para que un escrito constituya contraescritura el que tenga por objeto hacer constar la simulación total o parcial de un acto anterior. ⁶

Veamos a qué conclusión lleva la fuente de donde se tomó el artículo 1707, que no es otra, según las anotaciones que hizo Bello al artículo correspondiente del llamado Proyecto Inédito, ⁷ que el artículo 1214 del Proyecto de Código Civil Español de Florencio García Goyena. Dice el citado artículo 1214:

"Los documentos privados, hechos por los contrayentes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra terceros."

"Tampoco lo producen las contraescrituras públicas cuando no se ha anotado su contenido al margen de la escritura matriz reformada, y del traslado, en cuya virtud ha obrado el tercero."

Como se ve, nuestro artículo 1707 no es sino la reproducción del artículo 1214 del Proyecto de García Goyena. Ahora bien, el comentario que este

⁴ CLARO SOLAR, obra citada, tomo XII, pp. 687-689; SANTA CRUZ, obra citada, pp. 54-55 del tomo XXXIX de la Revista de Derecho y Jurisprudencia; DIEZ, Contrato Simulado, Santiago, 1995, N°S 49 Y 51, pp. 67-68.

⁵ Sent. de 25 noviembre 1939, *Gaceta de los Tribunales*, 1939, 2° semestre, ~ 139, p. 573. ⁶ Sent. de 27 diciembre 1945, R. de D. yJ., t 43, seco P, p. 337.

⁷ El artículo correspondiente del Proyecto Inédito es el artículo 1882 j, Y es idéntico al Artículo 1707 del Código que nos rige (véase las Obras completas de don Andrés Bello, volumen XIII, Santiago, 1890, p. 430).

Autor español hacía a la disposición transcrita, y que Bello tuvo a la vista, era

el siguiente: "Los contrayentes pueden revocar o modificar sus obligaciones; pero las contraescrituras, y sobre todo cuando se hacen al tiempo mismo de haberse contraído las obligaciones, *encierran la intención culpable de engañar a terceros por un acto aparentemente serio*. Esto no basta para prohibir en general y sin distinción las contraescrituras: las partes deben ser libres en revocar o modificar sus obligaciones como lo son en formarlas. Pero se conserva el derecho natural de los contrayentes y el de los terceros, declarando que las

contraescrituras sólo producen efecto entre las partes, no contra los terceros. Nuestro artículo continúa García Goyena- no expresa como el francés que producen efecto entre las partes; pero su espíritu es el mismo, por el solo hecho de no negarles efecto sino contra terceros. Lleva también nuestro artículo conocidas ventajas en expresión y claridad a los extranjeros, distinguiendo entre documentos privados y contraescrituras públicas, negando absolutamente a los primeros todo efecto contra terceros, y concediéndolo a las segundas con tales precauciones, que hacen imposible la *superchería* en perjuicio de tercero; éste no puede saber nada de los documentos privados, y no puede ignorar de las contraescrituras públicas según las precauciones del artículo".⁸

En la primera parte García Goyena habla de las contraescrituras como instrumentos que siempre implican simulación, pues dice que aquéllas persiguen engañar a terceros por un acto aparentemente serio, engaño que se da sobre todo (es decir con mayor relieve) cuando las contraescrituras se hacen al tiempo mismo de haberse contraído las obligaciones. Sin embargo, en las líneas que siguen se transparenta la idea de que contraescritura sería cualquier documento que consigna un acto que modifica o revoca obligaciones establecidas en otro.

Esta parece ser en definitiva la línea de ese autor español y de nuestro Código que lo siguió y que no restringe las contraescrituras a los instrumentos que reconocen o "constatan" una simulación. En consecuencia, basta que un instrumento consigne cualquier alteración de un acto o contrato registrado en otro instrumento, para que haya contraescritura. Y esta interpretación es preferible, porque resguarda más ampliamente a los terceros al considerar en todos

sus aspectos el complejo negocial íntegro, haya o no simulación, máxime cuando

una escritura pública de contenido real y sincero podría ser modificada por otra del mismo carácter, y una de las partes exhibir a un extraño sólo la primera a fin de inducirla a error y engaño.

1702. MALA UBICACIÓN DEL ARTÍCULO 1707

El texto del artículo 1707, como el del artículo 1321 del Código Civil Francés,

indica claramente que se refiere, no a la prueba, sino al *efecto* de los actos o contratos que constan en los instrumentos llamados contraescrituras. Este vicio de método se explica en nuestro Código y en el Proyecto de García Goyena

⁸ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo III, Madrid, 1852, p. 221, 471

por la imitación al Código Francés, y en este último por una circunstancia accidental:

La disposición del artículo 1321 *fue* introducida en el Código Francés como conclusión y consecuencia de una discusión levantada inopinadamente en el seno del Consejo de Estado por el Director General del Registro a propósito del acto auténtico.⁹

1703. CLASES DE CONTRAESCRITURAS

Las contraescrituras pueden ser instrumentos públicos o privados, según lo dice el texto del artículo 1707.

Cabe observar que, en cuanto a la escritura que se modifica o altera, tam-

bién puede ser pública o privada. Sin embargo, el Código sólo se ocupa de la escritura pública.

1704. VALOR PROBATORIO DE LAS CONTRAESCRITURAS CONSIDERADAS COMO INSTRUMENTOS

El valor probatorio de las contraescrituras consideradas como instrumento no presenta nada especial. Las contraescrituras tienen el valor probatorio que resulta de su calidad de instrumento público o privado. Si son instrumentos públicos hacen *fe* como tales; si son privados, tienen valor después de su reconocimiento conforme a la ley.

1705. a) EFECTOS DE LAS CONTRAESCRITURAS ENTRE LAS PARTES

Las contraescrituras producen todos sus efectos entre las partes, porque todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes ec. Civil, artículo 1545).

En cuanto al valor probatorio, la escritura y la contraescritura lo tienen igual entre las partes. Pero prevalece la contraescritura, porque de acuerdo con el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, entre dos pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el caso, los tribunales deben preferir la que crean más conforme con la verdad, y esa mayor conformidad debe suponerse que la tiene la contraescritura y no la escritura, porque si las partes alteran ésta es, precisamente por estimar que no guarda congruencia con la realidad. 10

Desde hace más de 120 años nuestra jurisprudencia ha recalcado que la regla de no poderse alterar por escrituras privadas lo pactado por escritura pública sólo es dictada en favor de terceros; nada obsta a que puedan surtir efecto contra las mismas partes contratantes, si la alteración no es de tal naturaleza que, con arreglo a la ley exija constar por escritura pública,

9 Baudry-Lacantinerie, obra citada, tomo 11, p. 258, N° 587

10 J. ECHEVERRÍA A., obra citada, p. 135.

11 C. Santiago, 20 diciembre 1875, Gaceta de 1875, W 3.133, p. 1503 (considerando 6°, p. 1504); C. de Valparaíso, 25 noviembre 1904, Gaceta de 1904, tomo 11, W 1.652, p. 789 (considerando lo, p. 790).

1706. b) EFECTOS DE LAS CONTRAESCRITURAS CON RESPECTO A TERCEROS

Las contraescrituras privadas y las públicas de las cuales no se ha tomado la

razón de que habla la ley, no producen efecto contra terceros (artículo 1707).

Los autores hacen notar que el concepto de *terceros* no puede referirse a los terceros absolutos, puesto que para ellos no habría sido necesario consignar una disposición especial, puesto que están protegidos por el principio de la relatividad de las convenciones, y ya que la misma escritura ostensible les es inoponible. Por eso concluyen que los terceros a que se refiere el artículo 1707 son todos aquellos que, no habiendo figurado en la contraescritura y habiendo ignorado su existencia, "tienen interés en invocar las disposiciones del acto ostensible, para salvaguardar los derechos que derivan de las partes contratantes (es decir, los terceros relativos, los causahabientes a título particular adquirentes de derechos reales, acreedores hipotecarios- y los acreedores comunes o quirografarios de las partes).¹²

1707. CONDICIONES PARA QUE LAS CONTRAESCRITURAS PÚBLICAS PRODUZCAN EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

Para que las contraescrituras públicas produzcan efectos respecto de terceros debe:

- 1) Tomarse razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y
- 2) Tomarse razón también del contenido de la contra escritura al margen del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.

Si se omite cualquiera de estas dos anotaciones, las contraescrituras públicas no afectan a terceros.

y si a pesar de la omisión, los terceros tienen por otros medios conocimiento de la contraescritura, ¿los afectará ésta? Alessandri y Claro Solar responden negativamente, "porque la ley no ha querido dejar entregado este punto a las alternativas de la prueba y ha establecido el procedimiento indicado como el único para que las escrituras públicas produzcan efecto contra terceros". Víctor Santa Cruz cree que el artículo 1707 sólo establece que cuando existen las referidas anotaciones el conocimiento de los terceros de la contra escritura se *presume* y ésta los afecta, sin perjuicio de que cuando la doble toma de razón aludida no exista pueda también afectar la contraescritura a los terceros *si se prueba* que tuvieron conocimiento del contraescrito. Este conocimiento debe referirse -siguiendo un criterio análogo al establecido por el artículo 702 para la posesión- al momento en que se adquiere un derecho o una situación incompatible con el estado de cosas que fija la contraescritura. El conocimiento de ésta posterior al momento señalado no alteraría la buena fe del tercero. 13

1708. Los TERCEROS PUEDEN APROVECHARSE DE LA CONTRAESCRITURA

Si el artículo 1707 establece que las contraescrituras no producen efecto *contra* los terceros, quiere decir, *a contrario sensu*, que en todo caso pueden tener

12 DEMOLOMBE, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, J. HÉMARD, CLARO SOLAR, etc.
13 Obra citada, pp. 52 Y 56 del tomo XXXIX de la Revista de Derecho y Jurisprudencia.
473

efecto *a su favor*, es decir, que pueden invocar las disposiciones de la contraescritura para beneficiarse.¹⁴

Así, los acreedores del vendedor de un inmueble pueden demandar del comprador el suplemento de precio que en una contraescritura prometió pagar.

1709. CONFLICTOS ENTRE TERCEROS

Si de la contraescritura se ha hecho la doble toma de razón a que alude el artículo 1707, ninguna dificultad surge entre los terceros: la contraescritura afecta a todos.

Si no se han realizado esas anotaciones, pueden surgir conflictos entre terceros, porque algunos pueden tener interés en invocar la escritura, el acto aparente o simulado, y otros la contraescritura, el acto secreto o disimulado que

contiene la voluntad real de las partes. ¿A qué terceros debe darse preferencia?

A nuestro juicio, debe dársele a *aquellos que hacen valer la escritura*, el acto, aparente o simulado: a) porque el artículo 1707 del Código Civil declara que, sin la doble toma de razón aludida, las contraescrituras públicas no producen efecto contra los terceros, sin distinguir si este efecto pretenden recogerlo las partes contra los terceros o ciertos terceros contra otros terceros; b) porque si bien los terceros gozan del beneficio de aprovecharse de las cláusulas de la contraescritura, es facultativo para ellos hacerlo o no y nadie puede obligarlos a aprovecharse de un beneficio que no desean porque, en determinados casos, no les conviene; y c) porque la seguridad jurídica de los terceros se funda en la situación aparente y ésta, respecto a ellos, debe primar sobre la situación real creada originariamente por las partes tras el subterfugio de la simulación, cuando ésta existe.

1710. CUESTIONES DE HECHO Y DE DERECHO

Determinar si un instrumento constituye o no contraescritura, es una cuestión

de hecho que escapa al control del tribunal de casación, pues todo se reduce a apreciar la intención de las partes.

Pero si el tribunal de fondo estima que un instrumento es contraescritura y no aplica la disposición del artículo 1707, o si, a la inversa, reconociendo que el instrumento no constituye contraescritura, le aplica la citada disposición, su decisión da motivo a la casación, porque se trata de una cuestión de derecho.

Bibliografía

F. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, traduc. del italiano, 3ª edición, Madrid, 1953.

C. L. FLAVIAN, *Des contre-lettres*, París, 1929.
RAÚL DIEZ D., *Contrato Simulado*, Santiago, 1995.
DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960.

¹⁴ Gaceta de los Tribunales, año 1904, N° 1652, p. 789.

CAPITULO UI LA PRUEBA TESTIMONIAL

1711. CONCEPTO

Prueba testifical o testimonial es la que emana de las declaraciones de los testigos.

Testigos son las personas ajenas a los interesados en probar un hecho y que pueden declarar sobre ese hecho por haberlo presenciado o tomado conocimiento de él por referencias o de oídas.

Los testigos pueden ser instrumentales y judiciales.

Instrumentales son los que asisten al otorgamiento del acto instrumental.

Testigos judiciales son las personas extrañas a la contienda judicial de que

Se trata, las cuales declaran oralmente y ante el juez tener conocimiento de un determinado hecho, por haberlo presenciado al producirse (testigos oculares o presenciales) o por haber oído hablar de él a otros (testigos de oídas).

Lo que caracteriza a los testigos, sean presenciales o de oídas, es no tener interés alguno en el acto o hecho que atestiguan.

1712. INCONVENIENTES DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

La prueba testimonial presenta muchos inconvenientes.

Desde luego, la declaración de una persona está condicionada por diversos factores psíquicos personales que pueden contribuir a desfigurar la realidad: el modo cómo ha percibido el acontecimiento sobre el cual declara (y esta percepción depende de condiciones de observación internas y externas); el modo cómo ha conservado en su memoria el hecho, que puede estar influenciado por condiciones orgánicas; la capacidad de evocación, que es quizás el factor más complejo, puesto que interviene en él la represión o censura; el grado de sinceridad, o sea, la forma en que la persona quiere expresarse y la forma como debe expresarse, etc.

Es célebre el experimento realizado en una Universidad extranjera que puso de manifiesto la diversa percepción de los sujetos frente a un mismo hecho. Mientras un profesor desarrollaba su clase, se introdujo un hombre en la sala y dejó un instrumento de cristal en el pupitre; con la misma rapidez que entró salió del recinto. Los alumnos que presenciaron el hecho dieron las versiones más contradictorias: algunos sostenían que el hombre iba enmascarado; otros que tenía bigotes; los de más allá decían que usaba barba; los de más acá negaban las dos cosas; aun hubo quienes afirmaban que llevaba revólver, y no faltó el que dijera que venía provisto de un palo. No surgieron, en resumen, dos apreciaciones totalmente acordes. Sólo un alumno hizo el relato que correspondía a la realidad.

Por otra parte, es fácil conseguirse, mediante dádivas, testigos falsos que declaren a voluntad del interesado. Don Andrés Bello hacía ver en el Mensaje la conveniencia de restringir lo más posible la prueba de testigos. "No hay para qué decirse escribía 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".

El inconveniente de la venalidad de los testigos ha sido puesto de relieve muchas veces en el decir popular. *Un* proverbio de las comarcas rurales francesas expresa que "es loco quien se mete en declaraciones de testigos, pues lo más frecuente es que quien mejor paga, mejor prueba".

1713. CASOS EN QUE ES NECESARIA LA PRUEBA TESTIMONIAL

A pesar de todo, la prueba testimonial en muchos casos es necesaria, 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.

En primer lugar, la prueba de testigos es necesaria en los delitos y cuasidelitos, pues a nadie se le ocurrirá dejar constancia escrita del hecho ilícito.

En segundo lugar, la prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública (Código de Comercio, artículo 128).

Por las razones ya dichas, el legislador se vio en la necesidad de acoger la prueba de testigos, pero tomó, al mismo tiempo, precauciones para evitar sus inconvenientes: la excluyó para ciertos actos.

1714. Actos QUE NO PUEDEN PROBARSE POR TESTIGOS

La prueba de testigos no se admite respecto de los actos que deben constar por escrito, ni en cuanto adicione o altere lo expresado en un acto o contrato.

A. *Actos que deben consignarse por escrito.* No se admitirá prueba de testigos, dice el artículo 1708, respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.

Deben constar por escrito:

1) Las obligaciones que emanan de actos y contratos solemnes cuya solemnidad consista en el otorgamiento de un instrumento público o privado.

La

477

Falta de estos instrumentos no sólo impide que se pueda probar el acto o contrato respectivo por cualquier otro medio, sino que produce la inexistencia del acto o la nulidad absoluta, según lo concluyen otros (artículos 1682 y 1701).

2) También deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias (artículo 1709).

El hecho de que los actos que contienen la entrega o promesa de una cosa que vale más de dos unidades tributarias no puedan probarse por testigos, no implica la exclusión de otros medios; por el contrario: pueden probarse por cualquier otro medio que no sea la prueba de testigos; podrían probarse, por ejemplo, por la confesión judicial.

Nótese que se habla de "actos o contratos"; el legislador se refiere a las obligaciones que emanan de un *acto jurídico* y no de un hecho jurídico. De ahí que tratándose de un hecho jurídico, como un delito o cuasidelito, puede probarse por testigos, aunque se reclame una suma superior a la señalada.

También pueden probarse por testigos "los hechos naturales y los simples hechos humanos, que no establecen directamente obligaciones, aunque puedan dar lugar a ellas indirectamente o por vía de consecuencia, o aunque produzcan *ipso jure* o consecuentemente su extinción.

A este respecto se ha fallado: 1) que los hechos materiales y tangibles que por sí solos no invisten carácter jurídico, como construir una pared, abrir una ventana, no se comprenden en la prohibición 2) que el dominio y la posesión pueden probarse por testigos 3) que por el mismo medio se puede acreditar la efectividad de haberse prestado los servicios cuyo valor se demanda superior a doscientos pesos o, lo que es lo mismo, veinte centésimos de escudo. 3

El hecho mismo de la entrega también puede probarse por testigos, pues la ley prohíbe los *actos* o *contratos* que contengan la entrega..., pero no el hecho material mismo en que ésta consiste.

Según Alessandri, el artículo 1079 es amplio y comprende las obligaciones que nacen de actos o contratos, sea que tengan por objeto dar, hacer o no hacer alguna cosa. Así lo probaría el texto 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 artículo 1709 se haya referido a toda clase de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer", porque si tal hubiera 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 dos unidades tributarias"; pero no es eso lo que dice, sino "los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa' que valga más de dos unidades tributarias".

"Al hablar la ley de la promesa de una cosa de más de dos unidades tributarias no se refiere sin duda únicamente a una obligación de dar en el futuro

1 Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo II, sección primera, p. 401.

2 *Ibidem*, tomo III, sección primera, p. 320.

3 *Ibidem*, tomo XVI, sección primera, p. 1; tomo XXXI, sección primera, pág., 11;

Tomo XXXII, sección primera, p. 268

478

Una cosa de más de dos unidades tributarias, porque la promesa puede ser de hacer una cosa de tal valor; y la disposición que exige la consignación de tal obligación por escrito le sería aplicable, exactamente como a una obligación de dar una cosa de ese valor."

"La inteligencia de la frase *entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias*, no cambia, por lo demás, aunque no se trate de una obligación de dar; siempre lo que gramaticalmente ha querido decir el legislador es: 'entrega o promesa de *entrega*'; y si ha suprimido la palabra *entrega* después de *promesa* en el artículo 1709, es para evitar la cacofonía de su repetición, puesto que la promesa de futuro de. Una cosa dice relación a su entrega futura; no hay en realidad diferencia entre decir 'promesa de entrega de una cosa' y 'promesa de una cosa', porque una cosa que se promete debe ser para entregarla; y es ésta la idea del artículo 1709." 4

Nosotros estimamos en la verdad al señor Alessandri, 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: esto es lo decisivo.

En cuanto a la idea del señor Claro 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, como en ese poco elegante "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba" que emplea en el artículo 1683. La razón, pues, por la que no está la palabra *entrega* después de *promesa*, es de fondo jurídico y no de forma literaria.

Se ha fallado, conforme a nuestra opinión, que "la limitación contenida en el artículo 1708 con relación al artículo 1709 del Código Civil, se extiende no sólo a los contratos que importan una obligación de entregar, sino también a los que envuelven una obligación de hacer o no hacer, toda vez que el citado artículo 1709 no sólo exige que deben constar por escrito los contratos que contienen la entrega de una cosa que valga más de la cantidad ahí señalada, sino

también aquellos que contienen la promesa de una cosa de igual valor. En efecto, si hubiera sido la intención del legislador de excluir los contratos que contienen una obligación de hacer o no hacer, no habría empleado la expresión "promesa de una cosa", sino "promesa de entrega de una cosa", no advirtiéndose, por lo demás, la razón que se habría tenido para exigir que se celebraran por escrito unos contratos y no otros".⁵

B. *Adición o alteración de lo expresado en un acto o contrato.* De acuerdo con el artículo 1709, "no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma".

Ejemplo: si en un contrato de mutuo pactado con 18% de intereses, una de las partes quisiera probar que hubo después rebaja del tanto por ciento de

⁴ CLARO SOLAR, obra citada, tomo XII, pp. 741"742. .

⁵ C. Santiago, 18 enero 1989, R., t. 86, seco 23, p. 6 sec. 1°, p. 6).

478

Intereses, no podría 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 dos unidades tributarias, podría emplear otro medio de prueba, como la confesión judicial.

El valor de la cosa debe determinarse en relación al momento en que se celebra el acto o contrato, porque en ese tiempo debe cumplirse con la obligación de consignar ese acto o contrato por escrito. Así resulta también del texto de los artículos 1708 y 1710.

De aquí se desprenden diversas consecuencias:

- 1) No se incluyen en la suma del valor de la cosa los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida (artículo 1709, inciso final).
- 2) Al que demanda una cosa de más del valor indicado no se le admite la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda (artículo 1710, inciso 1°).
- 3) Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de dos unidades tributarias, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue (artículo 1710, inciso 2°).

Nótese que el artículo 1709 emplea en el inciso 2° las palabras "acto o contrato" en el sentido de *instrumento*; no en el de declaraciones de voluntad que es el que correctamente les atribuye en el inciso 1°.

La limitación de la prueba testimonial del inciso 2° del artículo 1709 se refiere a los *otorgantes*; pero no a los terceros.

Tampoco rige esa limitación en *materia comercial* (Código de Comercio, Artículo 129).

Asimismo, la limitación no cabe cuando se trata de probar fraude o dolo, Porque la prueba recae sobre simples hechos.

Las adiciones o modificaciones a actos o contratos que no necesitan constar por escrito por referirse a cosas de dos unidades tributarias o menos, ¿pueden probarse por testigos? Sí, dice Alessandri, porque si puede probarse la existencia misma de ellos con testigos, con mayor razón pueden probarse esas adiciones o modificaciones del valor indicado. Claro Solar sostiene la negativa, pues la ley dice categóricamente que la prueba de testigos no es admisible

"aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma".⁶

Según la mayoría de los autores, se puede emplear la prueba testimonial para probar el alcance de una cláusula redactada obscura o ambiguamente, porque se trataría de interpretar el acto y no de adicionarlo. O alterarlo. Claro Solar, ⁷ siguiendo a Baudry-Lacantinerie, opina lo contrario, porque la interpretación debe hacerla el juez ateniéndose a las reglas que la ley le ha señalado y porque so pretexto de determinar el alcance de un acto se emplearían testigos para adicionarlo o corregirlo.

⁶ Obra citada, tomo XII, p. 750, nota 180.

⁷ Obra citada, tomo XII, p. 751.

480

1715. EXCEPCIONES A LOS PRINCIPIOS QUE RECHAZAN LA PRUEBA DE TESTIGOS

Los principios que rechazan la prueba testimonial (excluyendo el caso de los actos solemnes cuya solemnidad consiste en el instrumento público o privado) admiten los siguientes casos de excepción contemplados en el artículo 1711:

- 1) Cuando hay un principio de prueba por escrito;
- 2) Cuando ha sido imposible obtener una prueba escrita, y
- 3) Los casos expresamente exceptuados por la ley.

1) *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 (artículo 1711, inciso 1°).

Ejemplo: "Un pagaré de más de dos unidades tributarias en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que por medio de testigos se supla esta circunstancia" (ejemplo puesto por el mismo artículo 1711, en su inciso 2°).

Los cheques, las facturas de las casas de comercio, son ejemplos típicos de principio de prueba por escrito.

Los siguientes requisitos debe reunir el documento para que constituya principio de prueba por escrito:

- a) Debe ser un documento escrito, firmado o no.
- b) Debe emanar de la parte contra quien se invoca o de su representante.

Es indiferente que sea público o privado reconocido por la parte contra la cual se hace valer o mandado tener por reconocido.

Si el instrumento se impugna por falta de autenticidad, según la Corte Suprema,⁸ puede la autenticidad probarse por testigos, ya que se refiere al otorgamiento y éste es un hecho material. Algunos autores piensan que en este caso la prueba testimonial es inadmisibles, "porque admitirla para establecer la existencia del documento que se invoca en seguida como principio de prueba, equivale a admitir la prueba de testigos sin que exista tal principio de prueba".

c) El escrito debe hacer verosímil el hecho litigioso, y lo hace cuando entre él y la obligación que se trata de probar hay manifiesta ilación y coherencia.⁹

El principio de prueba por escrito es una prueba trunca que por sí sola no acredita el hecho discutido, pero junto a las declaraciones de los testigos forma, si así pudiéramos decir, una prueba íntegra.

2) *Imposibilidad de obtener una prueba por escrito.* También se admite la

prueba testimonial cuando haya sido imposible obtener una prueba escrita.

La imposibilidad puede ser física o moral. Hay imposibilidad física cuando las circunstancias materiales no permiten otorgar un instrumento. Y existe imposibilidad moral cuando razones de afecto, delicadeza, etiqueta o costumbre no hacen procedente exigir la extensión de un documento escrito.

⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo II, sección primera, p. 401.

⁹ Corte Suprema, 7 de diciembre de 1910, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo K, sección primera, p. 117.

481

Ejemplos de imposibilidad física:

a) Una persona que se está ahogando ofrece una gran suma de dinero a otra, si la salva; nadie pensará en este trance en la firma de un documento, y .

b) El caso típico del depósito necesario. Si en una casa hay incendio y sus moradores trasladan los muebles a la casa del frente, no es posible pensar que aquéllos van a solicitar del depositario que firme un documento o inventario de las cosas entregadas en depósito.

. Ejemplos de imposibilidad moral:

a) La jurisprudencia francesa ha declarado que los médicos pueden probar por todos los medios, incluso el de testigos, por cierto, el fundamento de sus reclamaciones de honorarios, porque una costumbre fundada en la necesidad y en el interés de los enfermos, lo mismo que en el respeto y la dignidad del médico, se opone a que exijan a sus clientes la obligación escrita de pagarles;10 y .

b) También tiene imposibilidad moral, han dicho los tribunales franceses, de exigir un escrito el espectador que al entrar a un teatro confía su abrigo al acomodador. 11

3) Es admisible la prueba testimonial para probar el depósito de efectos del que aloja en una posada (artículo 2241, en relación con el 2237) o del que entra a alguna fonda, café, casa de billar o de baños y establecimientos semejantes (artículo 2248).

Nadie duda dentro de nuestro Derecho que la imposibilidad física autoriza ~ para probar por testigos el acto que no pudo consignarse por escrito; pero existen discrepancias en cuanto a la imposibilidad moral. Pensamos por ésta también autoriza la prueba testimonial, correspondiéndole determinar al juez cuándo existe esta clase de imposibilidad.

4) Finalmente, también, procede la prueba de testigos en los *casos en que expresamente la ley la admite*.

Así, por ejemplo, es admisible en los negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública (Código de Comercio, artículo 128). Esta disposición consagra el principio de la libertad de prueba en materia comercial, que es determinante para la facilidad y rapidez de los asuntos mercantiles.

El Código Civil declara' expresamente que "el contrato de comodato (o préstamo de uso) podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada" (artículo 2175).

1716. VALOR PROBATORIO

a) *Testigos de oídas*. A éstos la ley no les atribuye un valor probatorio apreciable. En efecto, dice el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil: "Los testimonios de oídas, esto es, de testigos que relatan hechos que no han

percibido

10 COUN y CAPITANT, obra citada, tomo m, p. 458. 11 *Ibidem*.
482

por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas, *únicamente podrán estimarse como base de una presunción judicial*. 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".

b) *Testigos presenciales*. En el artículo 384 la ley da diversas reglas (que son por esencia leyes reguladoras de la prueba) para determinar el valor probatorio de las declaraciones de los testigos *presenciales* o *de vista*, que son los que deponen sobre hechos que han visto y presenciado. Todas estas normas pueden resumirse en una sola: "los testigos se pesan y no se cuentan", o sea, más vale la calidad que el número de los testigos. Dice el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil:

"Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes:

1 a La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426. De acuerdo con este artículo las presunciones como medios probatorios se rigen por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil, según el cual las presunciones judiciales deben ser graves, precisas y concordantes, o sea, con este último término exigía más de una presunción. Pero el inciso 2° del mismo artículo 426 admitió que una sola presunción puede constituir plena prueba cuando a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento;

2a La 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 prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario;

3a 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 de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso;

4a Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare él

Mayor número (como se ve, sólo cuando la calidad de los testigos es igual, prevalece el número).

5a Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho, y

. 6a 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".

483

1717. RAZÓN DE LOS DICHOS

Los testigos deben expresar o manifestar la causa por qué afirman los hechos aseverados, o sea, deben dar razón de sus dichos. De lo contrario el tribunal sentenciador no podría formarse concepto que le permita calificar la prueba. Tratándose del testimonio de oídas, es esencial que los testigos individualicen las personas que los han ilustrado sobre los hechos que no percibieron por sus propios sentidos, a fin de que el juez, conociendo los orígenes de tales especies, esté en situación de valorarlos.¹²

¹² Corte de Talca, 8 de agosto de 1944, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLI, sección segunda, p. 54).

CAPITULO LIV

LAS PRESUNCIONES

A. GENERALIDADES

1718. CONCEPTO

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.

1719. LAS PRESUNCIONES SON LEGALES O JUDICIALES

Las presunciones que establece la ley son legales; las que establece el juez, judiciales.

B. PRESUNCIONES JUDICIALES

1720. DEFINICIÓN

Las presunciones judiciales, simples o del hombre, como también se llaman, son las que establece el juez fundado en las circunstancias o antecedentes concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina.

. La ley no las puede enumerar, porque son infinitas: tantas cuantas los jueces puedan establecer.

1721. CONDICIONES QUE DEBEN REUNIR LAS PRESUNCIONES JUDICIALES

PARA TENER VALOR PROBATORIO

Las presunciones judiciales, dice el último inciso del artículo 1712, deben ser graves, precisas y concordantes.

Deben ser *graves*, escribe un autor, "porque fuerza es que el hecho conocido en que se apoya la presunción haga sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido que se busca; *precisas*, porque la presunción no debe

⁴⁸⁶

Ser vaga ni capaz de aplicarse a muchas circunstancias; *Concordantes*, pues las presunciones no deben destruirse las unas a las otras". 1

De acuerdo con el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, "una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento".

Ejemplo de presunción grave: la confesión extrajudicial prestada ante la parte que invoca, o ante juez incompetente, pero que ejerce jurisdicción (Código de Procedimiento Civil, artículo 398, inciso 2°).

Cuándo hay base para afirmar la existencia de presunciones, es una cuestión que queda entregada, como dice el artículo 1353 del Código Civil francés, a las luces y a la prudencia del magistrado.

En materia penal, las presunciones tienen mucho mayor aplicación que en el campo civil, y los requisitos que deben reunir están especialmente contemplados en el Código de Procedimiento Penal (artículo 488); se aceptan como prueba hasta las huellas, y no son pocos los crímenes y delitos descubiertos gracias a los rastros dejados por sus autores. Pero, con ser grande la importancia de las presunciones en el dominio penal, no puede imponerse la pena de muerte con el solo mérito de ellas (Código de Procedimiento Penal, artículo 502, inciso 2°).

Ejemplo de presunción judicial: si en la casa de una persona que es encontrada muerta vive otra, con la que la víctima estaba reñida, y se halla en poder de aquélla un revólver al cual faltan dos o más cápsulas del mismo tipo de las que se hallaron incrustadas en el cuerpo del occiso, resulta casi evidente la persona del victimario. El juez, de los antecedentes conocidos (enemistad entre las dos personas, convivencia de una y otra, hallazgo del revólver en poder de uno de los individuos, etc.), saca el hecho desconocido: el victimario.

1722. ADMISIBILIDAD

Dada su misma naturaleza, este medio probatorio carece de restricciones. Sólo es inadmisibile para probar los actos y contratos solemnes, que se prueban por su respectiva solemnidad: instrumento público, instrumento privado (artículos 1682 y 1701), o en los casos en que la ley lo prohíbe, como en la pena de muerte (Código de Procedimiento Penal, artículo 502, inciso 2°).

La jurisprudencia ha dicho que si la obligación no admite prueba testimonial y la presunción sólo se basa en las declaraciones de los testigos, dicha presunción resulta inadmisibile, porque equivaldría a burlar las limitaciones de la prueba testimonial.² Pero vale la presunción aunque contribuyan a formarla declaraciones testimoniales, si aquélla se deduce de hechos confesados por las partes o que constan de autos.³

¹ Escriche, obra citada.

² Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo m, sección primera, p. 230; tomo IX, sección primera, p. 117.

³ C. Suprema, 3 enero 1906 y 10 julio 1939, R. de D. y J., tomo 3, seco la, p. 230, Y Tomo 37, seco P, p. 499, respectivamente.

487

1723. VALOR PROBATORIO

Las presunciones judiciales constituyen plena prueba. Una sola presunción esta cuando a juicio del tribunal reúne los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento (Código de Procedimiento Civil, artículo

Lo 426, inciso 2°).

Como se desprende de esta disposición, los jueces del fondo son soberanos para establecer las presunciones. Pero esto no quiere decir que el juez puede limitarse a expresar que tales y cuales hechos lo llevan a establecer la presunción; debe puntualizarse en la sentencia la operación lógica que lo llevó al convencimiento. 4

La presunción judicial puede ser desvirtuada por cualquier interesado en destruida; pero mientras esto no ocurra, produce plena prueba.

1724. HECHOS EN QUE DEBE DESCANSAR LA PRESUNCIÓN JUDICIAL

La prueba de presunciones solamente es eficaz, ha dicho la Corte de Talca, si descansa en hechos reales y probados plenamente, y no en simples declaraciones de testigos. 5

C. PRESUNCIONES LEGALES

.. 1725. PRESUNCIONES LEGALES PROPIAMENTE TALES Y PRESUNCIONES DE DERECHO

Las presunciones legales pueden ser propiamente tales o de derecho, según admitan o no prueba en contrario. Los jurisconsultos ingleses llaman a las primeras discutibles y a las segundas perentorias. Se dice también que las presunciones de derecho son *iuris et de iure*, de derecho y por derecho, y que las presunciones legales propiamente tales son *iuris tantum*, de solo derecho.

1726. TODA PRESUNCIÓN LEGAL SUPONE LA DECLARACIÓN POR EL LEGISLADOR DE LA RELACIÓN DE DOS HECHOS

Si esa declaración no se hace, aunque la norma encuentre su motivo en aquella relación, no hay presunción legal. Por eso cuando la ley se opone al matrimonio de la pupila con el guardador, mientras la cuenta de administración de éste no haya sido judicialmente aprobada, lo hace suponiendo que en este caso el matrimonio podría tratar de encubrir un fraude o perjuicio; pero como no declara la relación de estos hechos, no hay presunción legal. Por otra parte, el motivo presunto de una ley no convierte a ésta en una presunción; de lo contrario todas las leyes serían presunciones, porque, en último término, todas se fundan en un motivo presunto.

4 Así lo ha afirmado acertadamente nuestra Corte Suprema (Revista de Derecho y JURIS Prudencia, tomo XIX, sección primera, p. 947).

5 *Sentencia de 25 de junio de 1921, publicada en la Gaceta de los Tribunales, año 1921, primer semestre, sentencia N° 182, p. 805.*

488

1727. LAS PRESUNCIONES LEGALES Y LAS FICCIONES LEGALES

No hay que confundir, como lo hace Giorgi,⁶ las *presunciones* legales con las

Ficciones legales; porque, como dice Cuyacio, *fingimos* lo que sabemos que no es; *presumimos* lo que *suponemos ser verdad*; y Menochio: "la ficción nunca conviene con la verdad; la presunción casi siempre".

Sin embargo, las ficciones legales producen un efecto idéntico al de las presunciones de derecho, y es que no admiten prueba en contrario, y hasta usa la ley a veces la misma expresión *se reputa, se entiende?*

1728. LAS PRESUNCIONES LEGALES SON DE DERECHO ESTRICTO

Como se comprenderá, las presunciones constituyen, dentro del Derecho, algo excepcional. De ahí que sean de interpretación estricta: no pueden aplicarse por extensión ni analogía más allá de los casos expresamente previstos por el legislador.

1) Presunciones legales propiamente tales

1729. EJEMPLOS

Sabemos que las presunciones legales propiamente tales o relativas pueden destruirse. El mismo Código Civil dice que "se permitirá probar, la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias" (Art. 47, MC. 2°).

Sólo la presunción de derecho es irrefutable.

Ahora bien, ¿cuáles son estas presunciones simplemente legales o rebatibles?

Una lista completa no es posible dar; pero sí pueden citarse algunos casos.

1) El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido (artículo 180, inciso 2°).

La presunción consiste aquí en reputar padre al marido de la mujer, y se basa en dos hechos: 1) la cohabitación entre los cónyuges, porque es lo normal y corriente en el matrimonio, y 2) la fidelidad de la mujer al marido, que también se supone natural.

Pero como los hechos de que la ley parte pueden no darse en el caso concreto de que se trata, el marido está facultado para destruir la presunción y no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que,

según el artículo 76 del Código Civil, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer (artículo 180, inciso 2°), o bien, que hubo adulterio (artículo 181).

6 Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, volumen I (traducción castellana, Madrid, 1909), pp. 470 Y siguientes.

7 FÁBREGAS y CORTÉS, obra citada, p. 106.

489

2) El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica sedo (artículo 700, inciso 2°).

3) Se presume que hay remisión o condonación de una deuda cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda. Pero el acreedor puede probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda (artículo 1654).

2) Presunciones de derecho

1730. EJEMPLOS

Las presunciones de derecho equivalen a un dogma de fe, no pueden discutirse: se rechaza cualquiera prueba en contrario.

Podemos citar como ejemplos los siguientes:

1) Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento (artículo 76, inciso 2°).

De manera que nadie podrá probar que la concepción tuvo lugar ciento setenta y nueve días o trescientos uno, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principió el día del nacimiento. Esta presunción ha sido muy criticada, porque la ciencia demuestra que hay casos en que el nacimiento

sé produce antes de dichos ciento ochenta días o después de los trescientos de la concepción.

2) El artículo 706, refiriéndose a la posesión, expresa que "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

1731. No HAY NECESIDAD DE TÉRMINOS SACRAMENTALES PARA CONSIDERAR

UNA PRESUNCIÓN COMO DE DERECHO

Según fluye de los ejemplos citados, no hay necesidad de que el legislador emplee términos sacramentales para expresar que una presunción es de derecho; no es menester que; liga "se presume de derecho". En efecto, hemos visto que en el artículo 706 dice, para a ella referirse, que "no admite prueba en

Contrario", en el 1790 habla de que "se presume siempre", etc. .

Lo que sí es necesario es que se revele claramente la intención del legislador de no admitir prueba en contrario. Y así la Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que el artículo 42 de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, establece una presunción de derecho. Dicho artículo expresa que se entiende que las personas asiladas en los hospitales, pensionados y otras casas de salud o beneficencia tienen allí la residencia de tres meses que exige el artículo 35 de la misma ley para fijar la competencia del Oficial del Registro Civil que puede autorizar la celebración de un matrimonio. Atendidos los términos en que ha sido formulada como los fines de evidente interés social que la ley ha tenido en vista al establecerla, la presunción que consagra el mencionado artículo 42

490

No admite prueba en contrario (Sentencia de 4 de junio de 1945, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo XLII, sección segunda, página 31).

1732. NATURALEZA Jurídica

En opinión de algunos autores, como Planiol⁸ y Garssonet,⁹ entre los extranjeros, y Alessandri, Barros ERRÁZURIZ¹⁰ y Claro Solar, II entre los nacionales, las presunciones legales, tanto absolutas como relativas, no constituyen un medio de prueba, sino una exención o dispensa de la misma; lo único que la ley hace, dice Planiol, es transportar la carga de la prueba del favorecido con la suposición de la ley al perjudicado.

Otros, en cambio, para determinar la naturaleza jurídica de las presunciones

Legales, distinguen entre las de derecho y las relativas o simplemente legales.

En cuanto a estas últimas, afirman que no puede hablarse de una *dispensa*

de prueba, sino de un *alivio* de la misma por cuanto la presunción legal es *prueba* del hecho desconocido,¹² y todavía más: decir dispensa de prueba no significa exención de prueba, ya que el beneficiado cuenta con una, la presunción, que es de por sí un medio probatorio, cuyo efecto propio es demostrar la verdad de un hecho. Y, por lo tanto, estando probado el hecho desconocido, quien desee ir en su contra deberá evidenciar lo contrario, situación esta que es idéntica a cualquiera otra prueba producida.¹³

Por lo que atañe a las presunciones de derecho, los que defienden la tesis de que las presunciones simplemente legales son medios probatorios, están de acuerdo en que las primeras no lo son, y tampoco son presunciones "por care-

cer del elemento esencial que es el margen de probabilidad contraria y el consiguiente derecho a probar en sentido opuesto a la conclusión deductiva de la ley". Tratáse de "normas dispositivas, imperativas e irrefutables, creadas por el legislador. No persiguen la prueba deductiva de la realidad, ni pretenden ofrecer la conclusión más probable y a la vez más lógica que puede deducirse de los hechos básicos. Las llamadas presunciones de derecho crean una norma legal y supeditan la realidad a ella. En una palabra, la ley no comprueba una realidad; la ley establece una propia realidad, suplantando la objetiva".¹⁴

Pero ¿cuál es, entonces, la naturaleza jurídica de las presunciones de derecho?

Algunos, como Lessona,¹⁵ prefieren no responder y se contentan con decir

que son meras disposiciones imperativas de la ley.

⁸ *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II (París, 190n, p. 147.

⁹ GARSSONET y CEZAR BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, tomo II (París, 1912), pp. 370-371.

¹⁰ *Curso de Derecho Civil*, tomo II (Santiago, 193n, p. 335.

¹¹ *Obra citada*, tomo 1, p. 165.

¹² ENRIQUE, PASCAL, G. H., *De las presunciones*. En Valparaíso, 1942). *Memoria de Prueba* p. 172, "in fine".

¹³ PASCAL, *obra citada*, pp. 71 Y 72.

¹⁴ *ibidem*, pp. 153, 157 Y 158.

¹⁵ Citado por PASCAL, *obra citada*, p. 154.

491

Otros, como el procesalista alemán Goldshmidt,¹⁶ dicen que las presunciones

de derecho son casi una ficción.

Finalmente, hay quienes piensan que las presunciones absolutas son simplemente ficciones de la ley. Así lo sostiene Hedemann en su obra *Las presunciones en el Derecho*.¹⁷

Bibliografía

ENRIQUE PASCAL G. H., *De las presunciones*. *Memoria de Prueba* (421 páginas

en 1/16), Valparaíso, 1942.

ROBERTO CANALES G., *Las presunciones ante el Derecho Civil*, Mem. de Lic., Santiago, 1942 (180 págs.).

ROGER DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, París, 1950 (328 págs.). JUSTUS HEDEMANN W., *Las presunciones en el Derecho*, traduc. del alemán, Madrid, 1931 (368 págs.).

M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963 (248 págs.).

CLAUDIO ALVAREZ CH., *Valoración jurídica de la prueba indiciaria*, Santiago, 1962.

¹⁶ Citado por PASCAL, *obra citada*, p. 154. ¹⁷ Citado por PASCAL, *obra citada*, p. 156.

CAPITULO LV LA CONFESION

A. GENERALIDADES

1733. DEFINICION

"Confesión es la *declaración* que hace una parte de la *verdad* de los hechos que le son *desfavorables* y son favorables a la otra parte".¹

La confesión no es un acto jurídico, no es una declaración de voluntad, sino una declaración de ciencia o saber.

1734. IMPORTANCIA y FUNDAMENTO DE ESTA PRUEBA EN MATERIA CML

La confesión tiene distinta importancia en materia civil y en materia penal. En materia civil, que es la que nos corresponde a nosotros estudiar, la confesión en juicio es, como decían antes los autores, la reina de las pruebas.

Su valor especial tiene su fundamento lógico: porque es razonable creer que el que confiesa en juicio no ha de mentir para perjudicar sus intereses, y

cuando hace una confesión favorable a la parte contraria, debe ser creído.² Por eso decían los textos romanos que los que confesaban en juicio debían tenerse por juzgados: *confessus pro iudicato esto* Y hay también el vulgari zado adagio "A confesión de parte, relevo de prueba".

Sin embargo, la confesión puede contrariar la verdad, sea porque el confesante quiera extraviar a la justicia, proteger a un tercero o por cualquiera otra razón subjetiva.

1735. CARACTERÍSTICAS

El reconocimiento debe hacerlo una de las *partes* y no un tercero.

Las consecuencias de la confesión han de ser desfavorables al confesante y no a su adversario.

La confesión es una declaración *unilateral* en el sentido de que es perfecta y plenamente eficaz desde el momento mismo en que se presta; no es necesario.

¹ Definición dada por el Código Civil italiano, artículo 2730.

² PESCATORE, citado por FABREGAS y CORTÉS, en su *Práctica Forense*, p. 50.

494 TRATADO DR DERECHO CIVIL. PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

sario que la parte a quien favorece manifieste la voluntad de aceptarla o de invocarla a su favor. Por lo demás, la confesión *no es un acto jurídico*, o sea, un negocio jurídico, sino una *declaración de ciencia*, entendiéndose por tal toda declaración dirigida a comunicar a otros el propio pensamiento o estado de ánimo. En los actos jurídicos la *declaración es de voluntad*, exterioriza ésta. Y precisamente la confesión no implica el elemento volitivo o intencional o, al menos, carece de trascendencia la intención del autor; el ánimo de confesar (*animus confitendi*) no es una declaración de voluntad hecha con la intención de producir efectos jurídicos, sino simplemente la voluntad de confesar. Los efectos que derivan de la confesión no emanan de la intención del confesante,

sino que ellos se atribuyen automáticamente por la ley a la declaración.

La circunstancia de ser la confesión una declaración de ciencia o saber explica que ella pueda ser vencida o destruida por un instrumento público.

1736. CLASIFICACIÓN

La confesión puede ser judicial o extrajudicial.

1) La *extrajudicial*, que 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.

La expresa puede ser *verbal* o *escrita*.

2) La *judicial*, que es la que se presta en el mismo juicio que siguen las partes, admite dos clasificaciones: una atendiendo a su forma y otra a su naturaleza.

Según su *forma*, la confesión judicial es *espontánea* o *provocada*, pudiendo la primera ser *verbal* o *escrita* y la segunda *expresa* o *tácita*, llamada también presunta.

Según su naturaleza, la confesión puede ser pura y simple, calificada y compleja.

1737. CAPACIDAD

En general, se dice que para confesar hay que tener la capacidad de disposición

del derecho a que la confesión se refiere, porque si bien la disposición no resulta de la confesión, sino del acto a que ella se refiere, prácticamente el que confiesa no tener un derecho hace lo mismo que el que dispone de éste.

En la legislación nuestra puede decirse que sólo los que tienen capacidad para estar en juicio pueden prestar válidamente la confesión judicial; en cuanto a la extrajudicial, pueden prestarla todos, ninguna capacidad especial es ne-

³ R. HERRERA, V., *Indivisibilidad e irrevocabilidad de la confesión*, Mem. de Lie., Santiago, 1942.

B. CONFESION EXTRA JUDICIAL

1738. VALOR PROBATORIO

El valor probatorio de la confesión extrajudicial no es uniforme sino *variable*.

1) Ella *no se toma en cuenta* si es puramente verbal y se trata de casos en que es inadmisibles la prueba de testigos (c. de Procedimiento Civil, art. 398, inc. 1°).

2) Si la prueba de testigos es admisible, la confesión extrajudicial puramente verbal constituye *base de presunción judicial* (c. de Procedimiento Civil, art. 398, inc. 1°). Ejemplo: el *depósito necesario* (llámase así el depósito propiamente dicho, cuando la elección de depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio u otra calamidad semejante), que admite toda especie de prueba (Código Civil, artículo 2237).

3) La confesión extrajudicial *constituye presunción grave*:

a) Cuando se presta a presencia de la parte contraria (Código de Procedi

miento Civil, artículo 398, inciso 2°, primera parte);

b) Cuando se presta ante juez incompetente, pero que ejerce jurisdicción

(Código de Procedimiento Civil, artículo 398, inciso 2°, primera parte);

c) Cuando se rinde en juicio entre otras partes (Código de Procedimiento Civil, artículo 398, inciso 2°, primera parte).

4) La confesión extrajudicial *puede constituir plena prueba*, si se ha prestado en otro juicio diverso seguido entre las mismas partes que actualmente litigan y hay motivos poderosos para estimado así (Código de Procedimiento Civil, artículo 398, inciso 2°, segunda parte).

C. CONFESION JUDICIAL

1739. CLASES

La confesión judicial admite dos grandes clasificaciones según se atienda a la forma en que se presta o a su naturaleza.

1740. CLASES DE CONFESIÓN ATENDIENDO A LA FORMA EN QUE SE PRESTA

La confesión judicial puede clasificarse, atendiendo a la forma en que se presta, en espontánea y provocada.

1741. a) CONFESIÓN 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.

1742. b) CONFESIÓN PROVOCADA O ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

Confesión provocada es la que la parte presta a requerimiento de la otra, por "provocación" de la contraparte.

496

La confesión provocada se desarrolla a través del mecanismo de absolución de posiciones.

Reciben el nombre de *posiciones* las preguntas que se formulan para ser contestadas bajo juramento por la contraparte; el conjunto de las mismas, que se presenta en sobre cerrado, se llama *pliego de posiciones* y el que las ofrece como prueba, de *ponente* y el que las contesta o absuelve, *absolvente*.

Constituyen *absolución de posiciones* las respuestas afirmativas que la parte da a las preguntas que le hace la contraria por intermedio del juez y los 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*, que es la que se hace en términos explícitos, y *tácita* o *presunta*, que 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 (Código de Procedimiento Civil, artículo 394). En estos casos se le da por confeso, a petición de la parte contraria, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración (Código de Procedimiento Civil, artículo 394). De aquí la necesidad de redactar las preguntas en forma asertiva ("Diga cómo es efectivo esto" y no "¿Es efectivo esto?").

1743. FORMAS o MODOS DE CONFESAR

De acuerdo con el artículo 1713 del Código Civil, la confesión judicial puede hacerse personalmente, por medio de representante legal o por medio de mandatario o procurador *facultado expresamente para absolver posiciones*, conforme lo exige el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil. Si no se le faculta,

el procurador sólo puede confesar hechos personales suyos dentro del juicio.

1744. REQUISITOS

La confesión judicial debe reunir los siguientes requisitos:

- 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*.

1745. VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN JUDICIAL

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 (Código de Procedimiento Civil, artículos 399 y 400). Estas disposiciones procesales modifican el artículo 1713 del Código Civil, pues éste limita dicho valor probatorio a los *hechos personales* del confesante y no lo extiende a los hechos que no son personales.

Hechos propios o personales son aquellos en que ha intervenido la persona que confiesa y aquellos de que tiene conocimiento directo.

497

1746. CASOS EN QUE NO ES ADMISIBLE LA CONFESIÓN JUDICIAL

Por regla general, la confesión judicial es admisible en toda clase de actos y contratos. Excepcionalmente no lo es:

- a) En los actos y contratos solemnes (Código Civil, artículos 1701 y 1713), porque los actos o contratos solemnes no se prueban sino mediante la respectiva solemnidad;
- b) En el juicio de divorcio, ya que no se admite el divorcio por mutuo consentimiento;
- c) En los casos expresamente exceptuados por la ley. Ejemplos: 1) en el juicio de legitimidad del hijo, es inadmisibles la confesión de la madre que declara haberlo concebido en adulterio; 2) es inadmisibles la confesión para probar aportes de los cónyuges a la sociedad conyugal (Código Civil, artículo 1793); 3) en la prelación de créditos la confesión de alguno de los cónyuges, del padre, madre y marido o del tutor o curador fallidos, no hace prueba por sí sola contra los acreedores (Código Civil, artículo 2485); 4) en juicio de separación de bienes por mal estado de los negocios del marido, la confesión de éste no hace prueba (Código Civil, artículo 157).

CLASIFICACIÓN DE LAS CONFESIONES SEGÚN SU NATURALEZA

1747. ENUNCIACIÓN

Atendiendo a su naturaleza, se acostumbra clasificar las confesiones en puras y simples, calificadas y complejas.

1748. CONFESIÓN PURA Y SIMPLE es aquella en que el confesante reconoce lisa y llanamente el hecho, en toda su integridad y en la misma forma en que lo invoca el contendor. Ejemplo: "Diga cómo es efectivo que me debe un millón de pesos". "Sí, los debo".

1749. CONFESIÓN CALIFICADA es aquella en que el confesante reconoce¹ el hecho invocado por la parte contraria, pero con agregaciones que se refieren a circunstancias o hechos *coetáneos* con el nacimiento del hecho objeto de la confesión y que lo diferencian del alegado por el contendor, sea en su naturaleza jurídica misma, sea en sus efectos.

. Hay, como se ve, dos especies de confesión calificada. Una implica la aceptación del hecho material invocado por el adversario, pero con distinta calificación jurídica.

Ejemplo: "Se me entregaron un millón de pesos, como dice mi contendor, pero no a título de mutuo o préstamo, sino a título de donación", La otra especie de confesión calificada importa reconocer el mismo hecho material y la misma calificación jurídica que invoca el contendor, pero con distintos efectos, desde su nacimiento, a los pretendidos por este último. El confesante, en este caso, limita o modifica los efectos que el adversario alega sosteniendo que desde su nacimiento fueron menores o estaban sujetos a modalidades. Ejemplo: "Reconozco deber un millón de pesos y que me fueron entregados a título de mutuo, pero se me dio un plazo que todavía no se ha cumplido". Otro

498

ejemplo: "Se me entregó una cantidad de dinero en mutuo, pero no de dos millones sino de un millón de pesos". Otro ejemplo: "Se me entregaron en mutuo dos millones de pesos, pero con un interés de seis por ciento, y no de ocho, como dice mi contradictor".

1750. CONFESIÓN COMPLEJA es aquella en que el confesante reconoce lo alegado por el adversario en lo que atañe al hecho material, a su calificación jurídica, a los efectos de derecho que en su nacimiento produjo el hecho, pero agregando que por otro hecho extraño al nacimiento del primero, los efectos de éste

se extinguieron. .

La diferencia esencial entre la confesión compleja y la calificada radica en que en la primera la reserva del confesante al hecho alegado por su adversario se refiere a un hecho *posterior* al nacimiento de la obligación, mientras que en la calificada la reserva dice relación con un hecho coetáneo a su nacimiento.

La confesión compleja puede comprender hechos *conexos* o *inconexos* según que el nuevo hecho alegado por el confesante suponga necesariamente o no la existencia del hecho invocado por la parte contraria.

Ejemplo de confesión compleja que comprende un hecho conexo: "Recibí en préstamo un millón de pesos, pero los pagué". El pago, que es el nuevo hecho alegado, supone necesariamente la existencia del hecho alegado por el contrario, el préstamo. Según los autores, el pago, la novación, la remisión y demás modos de extinguir las obligaciones constituyen hechos conexos, excepto la *compensación*, que sería un hecho inconexo.

INDIVISIBILIDAD E IRREVOCABILIDAD

1751. INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN

El problema de la indivisibilidad 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.

Naturalmente 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. Pero el punto discutible está en las confesiones calificadas y complejas.

En general, se reputa que las confesiones prestadas en juicio son indivisibles. El fundamento de la indivisibilidad de la confesión sería que ésta se encuentra formada por todas sus partes, siendo las unas condiciones de las otras, y dividir la confesión sería desnaturalizada. Otros dicen que el fundamento de la indivisibilidad proviene de su 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. Por último, no faltan todavía quienes sostienen 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 nada que le perjudique reconoce contra sí mismo, sino que fija su verdadera situación en oposición a la que pretende atribuirle el adversario.

La opinión tradicional dice que la regla de la indivisibilidad tiene algunas excepciones. Otra corriente doctrinaria, por el contrario, dice que la regla es absoluta.

1752. a) INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN PURA Y SIMPLE

Ya hemos dicho que estas confesiones son indivisibles por su propia naturaleza.

1753. b) INDIVISIBILIDAD DE LAS CONFESIONES CALIFICADAS

Casi todos, por no decir todos, aceptan en forma absoluta el principio de la indivisibilidad con respecto a las llamadas confesiones calificadas, si bien dan distintos fundamentos. Algunos, como don Miguel Luis Valdés, brillante profesor de Derecho Procesal de otra época, ya fallecido, dicen que despojar el hecho confesado de las circunstancias que constituyen su calificación, sería desnaturalizado, convirtiéndolo en otro hecho jurídico distinto.⁴ Otros autores, como HUC,⁵ afirman que no cabe hablar siquiera de indivisibilidad de confesión calificada porque ésta no es una confesión sino simplemente una denegación. Y así, agregan, si una persona confiesa haber recibido un millón de pesos en préstamo, y no dos millones como pretendía la contraparte, hay confesión .. de un mutuo de un millón de pesos; pero ninguna de uno de dos millones: no hay confesión que pruebe el préstamo de esta última suma.

1754. c) LA CONFESIÓN COMPLEJA, ¿ES DIVISIBLE O INDIVISIBLE?

Según algunos autores, la confesión compleja formada por hechos conexos, es indivisible; y la formada por hechos inconexos, divisible. Ejemplo de ésta última seña: reconozco deberos un millón de pesos; pero a mi vez, yo soy acreedor vuestro por una suma igual y hay compensación. Se observa que en este caso la existencia del crédito invocado por el autor de la confesión es totalmente independiente de la deuda confesada: la indivisibilidad cesa. El acreedor se aprovechará de la confesión de la deuda; el confesante deberá probar la existencia del crédito que invoca en favor suyo.

Para otros autores (como Huc, Pothier, Ricci, Lessona, Laurent) la confesión" compleja es siempre indivisible.

Huc refuta a los sostenedores de la teoría contraria, según la cual la confesión es compleja-inconexa en el caso en que se confiesa la deuda, pero se alega la compensación por el confesante, y arguye que un sistema, como el francés y el chileno, en que la compensación se produce de pleno derecho, es imposible afirmar que ninguna relación existe entre el crédito reclamado y el

4 "La indivisibilidad de la confesión en materia civil". Estudio publicado en la *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo VIII, sección Derecho, pp. 1 Y SS.

5 *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris 1895, tomo VII, N° 352.

500 TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

Crédito opuesto en compensación: ésta extingue las obligaciones como lo ha-

rían dos pagos recíprocos; ¿cómo no reconocer agrega Huc que por oponer la compensación, o decir que se ha pagado, o decir que no se debe, es una

misma cosa? ⁶

Para Huc y los otros autores señalados no existe en realidad el problema de la indivisibilidad de la confesión compleja, porque estiman que ésta no es una confesión propiamente tal, sino una *delegación*: el que confiesa calificada o complejamente, nada que le perjudique reconoce contra sí mismo, que es la característica de la confesión, sino que se limita a explicar su verdadera situación jurídica en contra de lo que pretende su contendor. En consecuencia, no siendo las llamadas confesiones complejas verdaderas confesiones, carecen de

todo mérito probatorio en contra del que las hace y a favor del adversario.

Finalmente, e insistiendo sobre el problema relativo a la compensación, se dice que el pago, la novación, la remisión y cualquier otro modo de solucionar las obligaciones son tan distintos del hecho que generó la deuda como la compensación, y no se divisa razón jurídica alguna para no dividir en un caso la confesión y en otro sí.

1755. CONFESIÓN DE HECHOS DIFERENTES

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.

Ejemplo: se confiesa deber un caballo que se recibió en comodato, agregándose que no se devuelve porque el reclamante, a su vez, debe al demandado una suma de dinero superior al valor del animal. En este caso se alegan dos hechos distintos: el que se refiere a la deuda de dinero se sale de la órbita del derecho discutido en el juicio: el comodato.

Cuando la confesión comprende hechos diferentes, no hay una confesión, sino varias: tantas cuantos sean los hechos diferentes. Y en estos casos pueden

separarse, esto es, invocarse una independiente de las demás.⁷

Como se comprenderá, en la práctica resulta muchas veces difícil determinar cuándo los hechos son diferentes.

1756. PRUEBA EN CONTRA DE UNA PARTE DE LO CONFESADO

El principio de la indivisibilidad no se opone a que un litigante aproveche una

parte de lo confesado por su adversario y pruebe la falsedad de lo restante. Lo que la ley prohíbe al establecer el principio de la indivisibilidad, dice Ricci, es aceptar una parte de la confesión y rechazar otra; pero no prohíbe aceptar una parte y combatir mediante pruebas legales el resto.

Los autores basan en diversos fundamentos la afirmación de que se puede probar en contra de una parte de lo confesado y aprovecharse de otra. Así, algunos dicen que en este caso el principio de la indivisibilidad sufre una

⁶ Obra citada, tomo VIII, N° 354.

⁷ R. HERRERA V., obra citada, p. 75.

501

excepción; otros arguyen que en este caso el principio de la indivisibilidad sencillamente no tiene aplicación, etc;

1757. LA INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN EN EL DERECHO CHILENO

Dice el artículo 401 (antiguo 391) del Código de Procedimiento Civil:

"En general el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante. Podrá, sin embargo, dividirse:

10 Siempre que comprenda hechos diversos enteramente desligados entre

sí, y 20 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." ,

A pesar de que se señalan dos excepciones al principio de la indivisibilidad, en realidad la regla general es en nuestra legislación absoluta, porque analizados esos casos a la luz de la doctrina no constituyen propiamente excepciones. Cabe recordar que la disposición transcrita del Código de Procedimiento Civil se acogió de acuerdo con las indicaciones del miembro de la Comisión Redactora de ese Código, señor Aldunate, el cual fundamentó su opinión en las ideas de Pothier, Merlin y el Código Civil francés, y para todos éstos la indivisibilidad de la confesión es una regla absoluta, sin excepciones.⁸

Ahora bien, *por* "hechos diversos enteramente desligados entre sí", hay que"

entender los que *por* tales entendía Merlin, en quien fundamentó su opinión el citado señor Aldunate. Para Merlin, son hechos diversos enteramente 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.⁹ Y los hechos son diferentes y constituyen confesiones distintas cuando, como vimos anteriormente, se salen de la órbita del derecho que se discute en el juicio. Para Merlin, fuente de nuestra disposición legal, la confesión adicionada de la excepción de compensación, representa una sola confesión de hechos ligados entre sí, al contrario de lo que sostienen otros autores que ven en este caso una confesión de hechos desligados entre sí y, *por* lo tanto, divisible.

En resumen, la primera excepción mencionada a la regla general de la indivisibilidad de la confesión, no es tal excepción, pues no se alude a la división de la confesión, sino a confesiones distintas, que pueden separarse. IO

La segunda excepción señalada tampoco lo es. Porque si bien el principio de la indivisibilidad se opone a que el adversario del confesante se aproveche de una parte de la confesión y rechace el resto sin prueba en contrario, el

⁸ Véase la historia del actual artículo 401 del Código de Procedimiento Civil en la obra citada de RAÚL HERRERA V., pp. 89 Y ss.

⁹ R. HERRERA v., obra citada, p. 103.

¹⁰ *Ibidem*.

citado principio no se opone a que se aproveche una parte de la confesión y se pruebe legalmente la falsedad del resto, que es el caso a que se refiere la segunda pretendida excepción de la disposición analizada del Código de Procedimiento Civil.

1758. IRREVOCABILIDAD DE LA CONFESIÓN

La confesión no puede dejarse sin efecto por la sola voluntad del confesante: es irrevocable. Y esto, porque una vez manifestada la verdad de un hecho, no depende de la voluntad del confesante borrar esa verdad; ésta es

inamovible.

¿Desde cuándo la confesión es irrevocable? ¿Desde el momento en que se presta? ¿O desde el momento en que la parte beneficiada la acepta expresa y tácitamente? Estamos con los que creen que la confesión es irrevocable desde el instante mismo en que se presta. En nuestro Derecho Positivo, la confesión, "simple reconocimiento de un hecho preexistente, no es una oferta, es una prueba y no otra cosa que una prueba, y sería ridículo subordinar la eficacia de una prueba a una aceptación". 11

De acuerdo con el inciso 2° del artículo 1713 del Código Civil, no puede el confesante revocar la confesión, a menos de probarse que ha sido el resultado de un error de hecho. Por su parte el artículo 402 del Código de Procedimiento Civil dice:

"No se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente con

fesados por los litigantes en el juicio.

Podrá, sin embargo, admitirse prueba en este caso..., cuando el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido *error de hecho* y ofrezca justificar esta circunstancia.

Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará también al caso en que los hechos confesados no sean personales del confesante."

Sólo el error *de hecho* autoriza la retractación de la confesión, pero no *el de derecho*. Ejemplo de error de hecho: el heredero confiesa una deuda del causante y más tarde, entre los papeles del último, encuentra un recibo de cancelación de la deuda. Ejemplo de error de derecho: un heredero confiesa haber realizado un acto que importa acto de heredero; sería inútil que más tarde alegara que ignoraba que su confesión entrañaba para él la obligación de pagar todas las deudas de su autor.

Bibliografía

R. TIZNADO c., *La confesión civil en nuestro derecho positivo y en la jurisprudencia*.

Memoria de Prueba. Concepción, 1944.

R. HERRERA V., *Indivisibilidad e irrevocabilidad de la confesión*. Memoria de

Prueba. Santiago, 1942.

11 Huc, obra citada, tomo VIII, N° 351.

CAPITULO LVI INSPECCION PERSONAL DEL JUEZ

1759. DEFINICIÓN

La inspección personal del juez, medio de prueba de que se ocupan los artículos 403 a 408 del Código de Procedimiento civil, es 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.

1760. IMPORTANCIA

Este medio de prueba tiene mayor importancia en materia penal que en materia civil; dentro de ésta puede presentarse en juicios como los de obra ruinosa.

1761. cuándo TIENE LUGAR EN MATERIA CIVIL

La inspección personal del juez tiene lugar en materia civil cuando la ley lo ordena y cuando el juez lo dispone, como en los juicios sobre deslindes de

propiedades, servidumbres yaguas.

1762. PROCEDIMIENTO

Previo decreto, el juez' y el secretario se trasladan al lugar del hecho. De la diligencia de inspección se levanta acta, en la cual se expresan las circunstancias ó hechos materiales observados por el tribunal (Código de Procedimiento Civil, artículo 406). **El** juez firma el acta y la autoriza el secretario.

Las partes pueden asistir a la inspección con sus abogados y peritos (Código de Procedimiento Civil, artículos 403 y 405).

1763. VALOR PROBATORIO

La inspección personal constituye prueba plena en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación (Código de Procedimiento Civil, artículo 408).

1764. INCONVENIENCIA DE ESTE MEDIO DE PRUEBA

Muchas veces puede una de las partes arreglar sigilosamente las cosas como más le convenga, y burlar la justicia.

CAPITULO LVII**INFORME DE PERITOS****1765. CONCEPTO**

El informe de peritos, medio de prueba agregado por el Código de Procedimiento Civil, es el dictamen que emiten los técnicos en una ciencia o arte.

Se recurre a los *peritos*, a estas personas que tienen preparación especial en una ciencia o arte, en aquellos juicios en que es menester poseer conocimientos especializados sobre la materia que se discute o que motiva la contienda. Así, si se discute sobre la buena o mala construcción de un edificio, lo lógico es pedir el informe de un ingeniero; si se trata de saber si una persona, está demente para declarada en interdicción, es natural que se recurra a un médico alienista o psiquiatra.

1766. EL INFORME DE PERITOS PUEDE SER OBLIGATORIO O FACULTATIVO

Es *obligatorio*, por ejemplo, en la declaración de interdicción por causa de demencia (Código Civil, artículo 460); en los juicios sobre servidumbre de tránsito (Código Civil, artículo 848); en cotejo de letras, tratándose de instrumentos probatorios (Código de Procedimiento Civil, artículo 350), y en otros casos (artículos 855, 1335, 1943, 1998 Y 2002 del Código Civil).

El informe de peritos es *facultativo* cuando se trata de *hechos* para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de alguna ciencia o arte. También es facultativo cuando se trata de *puntos de derecho* referentes a alguna legislación extranjera (Código de Procedimiento Civil, artículo 411, N° 2°).¹

1 El Código Bustamante dice lo siguiente en su capítulo relativo a las "Reglas especiales

sobre la prueba de leyes extranjeras":

"Art. 408. Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere.

"Art.409. La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.

"Art. 410. A falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquiera razón lo estimare insuficiente, podrá solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado

1767. CAPACIDAD PARA SER PERITO

Todas las personas tienen capacidad para ser perito, salvo:

1) Los inhábiles para declarar como testigos en el juicio, y

2) Los que no tengan título profesional expedido por autoridad competente,

si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiere está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que pueden desempeñar el cargo (Código de Procedimiento Civil, artículo 413, N°S 1 Y 2).

Pero estas dos clases de personas que la ley declara inhábiles, pueden ser peritos, si así lo acuerdan expresamente las partes (Código de Procedimiento Civil, artículo 413, inciso 1°).

1768. VALOR PROBATORIO

La fuerza probatoria del dictamen de peritos corresponde apreciarla al tribunal, que debe hacerlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Código de Procedimiento Civil, artículo 425), esto es, conforme a las luces de la razón, de la lógica y de la imparcialidad absoluta.

1769. EL JUICIO PRÁCTICO y EL INFORME DE PERITOS

De acuerdo con el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil, "cuando la ley ordene que se resuelva un asunto en juicio *práctico* o previo informe de peritos, se entenderán cumplidas estas disposiciones agregando el reconocimiento y dictamen pericial en conformidad a las reglas de este párrafo (párrafo "Del informe de peritos"), al procedimiento que corresponda usar según la naturaleza de la acción deducida".

'J

de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

"Art. 411. Cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus Salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia.

CAPITULO LVIII

VALORACION INDIVIDUAL y COMPARATIVA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

1770. VALORACIÓN INDIVIDUAL

La valoración individual se refiere a la fuerza probatoria que tiene cada medio de prueba en particular. En nuestra legislación, que sigue el sistema de la convicción legal atenuado, el valor de cada medio de prueba en particular está fijado por el legislador, según vimos al estudiar en especial cada medio probatorio. Pero en ciertos casos se deja al tribunal la facultad de valorar una prueba, como sucede en la testimonial, en que se da preferencia, entre testigos contradictorios, a los de mejor calidad (Código de Procedimiento Civil, artículo 384, regla 3a). Tal cuestión la deciden soberanamente los jueces sentenciadores.

1771. VALORACIÓN COMPARATIVA

Cuando en el proceso concurren dos o más pruebas contradictorias, prima aquella a la cual la ley concede preferencia, y si la ley nada dispone para

resolver el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad (Código de Procedimiento Civil, artículo 428).

1772. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN CONCIENCIA Y FALLO EN CONCIENCIA

La conciencia, en su sentido moral, es la concepción del hombre sobre el bien y el mal. Objetivamente podría decirse que es el conjunto de nociones y de sentimientos relativos al orden moral. La relatividad de la conciencia del ser humano es obvia. Está condicionada por la conciencia social, la que emana del grupo, y que el sujeto individual capta e interpreta.

Los ordenamientos jurídicos a veces permiten apreciar la prueba en conciencia y otras fallar en conciencia. Son dos cosas distintas que no deben confundirse. Desde luego, apreciar la prueba en conciencia significa que el juez, después de haber analizado todos los elementos probatorios hechos valer, pondera la fuerza de éstos según la convicción íntima que se forma, basándose en la razón y la equidad, sin estar obligado a sujetarse a las normas comunes que al respecto existen en los Códigos de Procedimiento. A esto se circunscribe la apreciación de la prueba en conciencia; no autoriza a más. Por consiguiente,

508

TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

mal puede el juez dejar sin aplicación otras normas reguladoras de la prueba,

como son, por ejemplo, las que determinan la carga de la prueba, los medios legales de ésta o las que establecen su admisibilidad.

Fallar en conciencia es resolver el pleito no de acuerdo con la ley o el derecho positivo, sino según la conciencia del que emite la decisión.

CAPITULO LIX LAS REPRODUCCIONES MECANICAS COMO MEDIO DE PRUEBA

1773. GENERALIDADES

En algunas legislaciones modernas y en otras del siglo pasado, pero remozadas a través de las modificaciones o complementaciones, se atribuye cierto valor probatorio a las reproducciones fotográficas o cinematográficas, los registros fonográficos y, en general, a cualquiera otra representación mecánica de los hechos y de las cosas.

El Código Civil italiano de 1942 declara que esas reproducciones constituirán plena prueba de los hechos y de las cosas representadas, si aquel contra quien son producidas no desconoce su conformidad con los hechos o con las cosas mismas.

Otros códigos, como el Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México, consideran dichas reproducciones como base de una presunción judicial.

Resulta obvio que si la reproducción mecánica es desconocida o impugnada, necesario sería recurrir a un peritaje para establecer su veracidad y, establecida ésta, si la ley no exige un medio probatorio determinado excluyente de

todo otro, habrá de dársele el mérito que corresponda, como el de una confesión extrajudicial o el de base de una presunción judicial.

Entre nosotros los medios de reproducción mecánica aludidos no están considerados en las leyes. Pero la doctrina se ha esforzado por asimilados a algunos medios probatorios admitidos. Así se dice por algunos que a la grabación puede dársele el valor de un principio de prueba por escrito o de una confesión judicial o extrajudicial, según los casos.

En materia penal, en que el juez está autorizado para comprobar por todos los medios el hecho delictual y todas sus circunstancias, las reproducciones mecánicas citadas adquieren gran valor.

A menudo se hacen valer filmaciones de asaltos a Bancos o establecimientos comerciales. Tratándose de accidentes de tránsito es frecuente servirse de fotografías para comprobar no sólo los daños sufridos por los vehículos protagonistas de una colisión sino también la forma en que se produjo el choque y hasta deducir qué conductor fue el culpable o la imposibilidad de establecido.

¹ Véase en este sentido, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 28 de diciembre de 1984, *jurisprudencia* N.O 17, p. 140.

CAPITULO LX

INTERPRETACION DE LOS ACTOS JURIDICOS

1774. CONCEPTO

El acto jurídico como toda expresión del pensamiento humano requiere de interpretación, es decir, de una actividad o un procedimiento encaminado a determinar cuál es la voluntad negocial o del acto que la declaración de su autor o autores exterioriza.

1775. INTERPRETACIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA

Los autores de un acto jurídico para exteriorizar su voluntad se valen de palabras y signos. Pero puede ocurrir que esas expresiones tengan un significado para sus autores y otro para el tráfico, es decir, para el mundo de los negocios y el comercio. Si ante la disyuntiva se opta que la declaración tiene el sentido que presumiblemente le dio su autor, se habla de interpretación *subjetiva* y, si por el contrario, se decide que el sentido de la declaración es el que tiene él

Que le atribuye la opinión común del tráfico, la interpretación se califica de *objetiva*. Todo esto sin contar que también puede darse a la declaración la inteligencia que le dio o debió darle el que la recibió.

1776. REGLAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS; INEXISTENCIA DE ELLAS. REGLAS ESPECIFICAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y DE LOS TESTAMENTOS

Nuestro Código Civil, como la mayor parte de los códigos del mundo, no dedica ninguna sección a la interpretación de los actos jurídicos en general; se limita a dictar normas respecto a la interpretación de los contratos (artículos 1560 a 1566)¹ y de las disposiciones testamentarias (artículos 1056 a 1069), sin perjuicio de consagrar algunas normas aisladas, como la que autoriza al juez para interpretar el plazo concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes (artículo 1494, inciso 2°), o la que

¹ Véase JORGE López SANTA María, *Sistemas de interpretación de los contratos* (Ediciones Universitarias de Valparaíso), Santiago, 1971.

Ordena interpretar a favor del pupilo, a menos de prueba contraria, los pasajes oscuros o dudosos del inventario.

Las normas de interpretación que el Código señala, conforme a cierta doctrina, han sido clasificadas en dos grupos. Uno estaría integrado por las reglas encaminadas a buscar el punto de vista que consideraron las partes, o sea, se dirige a buscar la intención negocial o del acto jurídico. Son las reglas de interpretación subjetiva, que se traducen en medios o procedimientos que permitan reconocer la antedicha intención. Nuestro Código, refiriéndose a los contratos, dice que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (art. 1560). Un ejemplo de norma interpretativa subjetiva es la que establece la interpretación contextual de las cláusulas; a su tenor, "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad" (art. 1564). Otro caso de norma interpretativa subjetiva es la que dice: "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda" (art. 1565). El otro grupo de reglas de interpretación, llamado objetivo, sólo entra en juego cuando no resulta posible atribuir un sentido al acto jurídico o a alguna de sus cláusulas no obstante haberse aplicado las normas de interpretación subjetiva. Precisamente a disipar estas dudas que no se solucionaron con las normas subjetivas, tienden las objetivas. Ejemplo típico es el de la *conservación del acto jurídico*, recogido por nuestro Código Civil en materia de contratos al decir: "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno" (art. 1562). Otro ejemplo de regla interpretativa objetiva es la que declara: "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato" (art. 1563, inciso 1º). Por último son del mismo género las reglas según las cuales "no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación,

se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella" (art. 1566).

En cuanto a la inteligencia y efecto de las disposiciones del testador, la norma suprema es que siempre prevalece la voluntad de éste claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. Para conocer la voluntad del testador, ordena la ley que "se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido" (art. 1069).

Tanto las reglas de la interpretación de los contratos como las de las disposiciones testamentarias, se estudian con detención en el tema de la teoría general de los contratos y en el relativo a los testamentos.

1777. EXTENSIÓN DE LAS NORMAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS A LOS DEMÁS ACTOS JURÍDICOS

La doctrina está de acuerdo que las reglas sobre interpretación de los contratos son extensivas, en general, a los demás actos jurídicos,

conformándose a las peculiaridades de éstos, a menos, naturalmente, que tengan reglas especiales.

1778. NATURALEZA DE MANDATOS JURÍDICOS DE LAS REGLAS INTERPRETATIVAS

Al revés de lo que sostenía la doctrina tradicional, que calificaba las reglas de

interpretación legal de los contratos y demás actos jurídicos como meras

pausas o consejos que daba el legislador al juez, sin fuerza vinculante, hoy los autores modernos concuerdan en que se trata de verdaderos mandatos jurídicos,

obligatorios, dirigidos al juez, el cual debe, conforme a ellos, realizar su interpretación. Dice Barbero: "Superada la vieja concepción que configuraba las reglas de interpretación como simples consejos o esquemas sugeridos por el legislador al intérprete, libre de seguidos según su discreción, son mirados hoy, en cambio, como verdaderas normas jurídicas, la inobservancia de las cuales constituye violación de derecho y vicio de la sentencia, censurable por la vía

de la casación. Con esto no se quiere negar que la interpretación es una cuestión de hecho; es un juicio de hecho, sí, en cuanto se dirige a reconocer un hecho, pero subordinado a normas legales por lo que respecta al procedimiento

y, a veces, incluso al resultado".²

Es curioso observar que en Chile este mismo criterio imperó en la Corte

Suprema, cambiando después, o sea, sucedió al revés de lo ocurrido en la doctrina

tradicional europea. En el año 1919 nuestro más alto tribunal dijo: "A las disposiciones legales sobre la interpretación de los contratos debe sujetarse el juez para

resolver toda cuestión en que se necesite conocer la voluntad de las partes en los puntos en que estuvieren en desacuerdo. La tesis de que la interpretación

de los contratos constituye un hecho de la causa que los jueces del fondo pueden apreciar con facultades privativas, no se opone a la obligación que tienen de someter a la ley su criterio jurídico en esta materia aplicando las reglas especiales establecidas por la propia ley para determinar, en desacuerdo de los contratantes, el verdadero alcance de la convención que ha de surtir efectos entre

ellos y que tiene por objeto regular o evaluar sus derechos. La infracción de estas reglas puede dar motivo a un recurso de casación en el fondo".³ Después

comenzó a reflejarse el criterio opuesto; en 1949 la Corte Suprema afirmó: "Los artículos 1563 y 1564 señalan reglas para la interpretación de los contratos que son únicamente normas dirigidas a informar el criterio de los jueces del fondo.

Por ende, no es posible revisar ese criterio por la vía del recurso de casación

en el fondo argumentando que la Corte de Casación, si atribuyese un sentido

inverso a las cláusulas contractuales, estimaría que se habían transgredido aquellos

preceptos legales. Lo que podría hacer ese tribunal sería llegar a conclusiones jurídicas diferentes, partiendo de la situación de hecho consecuente a la interpretación acogida por la Corte de Apelaciones. Puede decirse que el correcto o incorrecto empleo de las reglas de interpretación de los contratos en un sentido extenso sólo es posible apreciado por el recurso ordinario de apelación, que otorga amplia libertad al tribunal revisor para aquilatar los hechos "Del derecho".⁴ Sin embargo, hay una tendencia de regresar a la buena

² DOMENICO BARBERO, *Sistema del Diritto Privato Italiano*, tomo I, Torino, 1965, pág. 468. ³ Sentencia de 28 de agosto de 1919, R., t. 17, seco 1°, p. 444 (considerandos 6° y 7°, pp. 456-457).

⁴ C. Suprema, 13 junio 1949, R. de D. y J., t. 46, seco 1°, 566 (considerando 3°, pág. 568).

514

doctrina primitiva; así, una sentencia de la Corte Suprema del año 1956 establece: "Las disposiciones legales constitutivas de normas para la interpretación de los contratos, ejecución de determinados actos o apreciación de la prueba, caen, aunque no siempre, bajo la acción del tribunal de casación.

Otra sentencia reitera el mismo pensamiento; dice: Para cuestionar o impugnar, dentro de un recurso de casación en el fondo, la interpretación o alcance que un fallo otorgó a una determinada cláusula o estipulación contractual, es indispensable representar en el escrito en que se formaliza el recurso, la violación de alguna o algunas de las normas del Código Civil sobre la interpretación de los contratos (Título XIII del libro IV, artículos 1560 a 1566). Porque es el quebrantamiento de tales preceptos lo que permite al tribunal de derecho dar un alcance diferente a las cláusulas o estipulaciones cuestionadas y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo.⁶

1779. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y NORMAS RACIONALES DE INTERPRETACIÓN

Además de las reglas legales de interpretación, hay principios y normas racionales de hermenéutica, que no ligan al juez, pero que nada obsta para que las emplee cuando no se oponen en el procedimiento ni en el resultado que prescriben aquellas normas legales. Son más o menos las mismas que hemos visto al tratar la interpretación de la ley y que cabe aplicadas por analogía, y en forma adecuada, en el terreno de la interpretación de los contratos. A ellas nos remitimos con las reservas anotadas.

1780. ROL DE LA BUENA FE

Algunos códigos declaran expresamente que el contrato debe ser interpretado de buena fe, o sea, lealmente. Las partes, en caso de duda, deben interpretar las cláusulas con un espíritu de recíproca lealtad. Aunque nuestro Código Civil no hace referencia a esa corrección en la interpretación, la envuelve en forma amplia al declarar que "los contratos deben ejecutarse de buena fe (lo que supone una interpretación previa de esa naturaleza), y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella" (art. 1546).⁷

El deber de la buena fe, de la lealtad recíproca, obliga al juez a cautelar el justo equilibrio de los intereses de las partes. Por eso el Código dispone que cuando no puede aplicarse ninguna de las reglas de interpretación que señala,

las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor y las que han sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora,

5 Sentencia de 8 de agosto de 1956, R. de D. y J., t. 53, seco ja, p. 217.

6 C. Suprema, 29 de noviembre 1974, F. del M., N° 192, sent. 5, pág. 237 (C. 5°, p. 238). 7 La Corte Suprema ha declarado que "los artículos 1545 y 1546 del C. Civil fijan reglas para interpretar los contratos" (Sentencia de 24 de julio de 1928, R. de D. y J., t. 26, seco ja, p. 382, considerando 16, p. 397).

515

han de interpretarse contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella (art. 1566).

1781. FIJACIÓN DE LOS HECHOS, LA INTERPRETACIÓN Y CAUFICACIÓN JURÍDICA

Antes de entrar a la interpretación, el juez debe fijar o establecer los hechos, es decir, precisar qué hechos realmente acontecieron y en qué forma. Por ejemplo, deberá determinar los hechos que forman la declaración de las partes del acto jurídico. Fijados los hechos y, por ende, la declaración de voluntad del acto jurídico, se pasa a establecer el sentido o significación y el alcance o extensión de dicho acto. La interpretación del acto o contrato y el establecimiento previo de los hechos corresponden en forma privativa a los tribunales del fondo y no caen bajo la censura de la casación, a menos que, según la opinión mayoritaria moderna, tratándose de la interpretación, se hayan violado las reglas legales interpretativas.

Después de interpretados los hechos que constituyen la declaración de voluntad del acto jurídico, llega el momento de calificar jurídicamente ésta. En otras palabras, *calificar* es asignar a la declaración de voluntad, precisada por la interpretación, el tipo o categoría jurídica a que pertenece como acto jurídico. Por ejemplo, importa calificación afirmar que el contrato celebrado no es arrendamiento sino aparcería, compraventa y no permuta. Sin duda, la calificación es una cuestión de derecho susceptible de ser controlada por la Corte de Casación.

1782, SUBSUNCIÓN DEL ACTO JURÍDICO BAJO LAS NORMAS

Calificado jurídicamente el acto, o sea, reducidos los hechos al tipo jurídico a que pertenecen, llega el momento de señalar las normas aplicables, que son aquellas dentro de las cuales encuadra, tanto las específicas de su tipo como las generales propias de todo el género a que éste pertenece. Tal operación, siguiendo un lenguaje que viene de la lógica de Aristóteles y, aún antes, de la dialéctica socrática platónica, recibe el nombre de *subsunción*⁸ del acto o negocio jurídico bajo las normas. Consiste, pues, en encuadrar el caso específico y concreto en la hipótesis general y abstracta prevista por el legislador en la norma; se determina que el caso particular queda comprendido en el genérico y abstracto de una o más leyes. Los efectos trascendentales de la subsunción son la aplicación de unas u otras normas. Si un contrato se califica de aparcería y no de arrendamiento, habrá que regulado por las normas de aquéllas y no por las de éste.

1783. INTEGRACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Con la interpretación se tiende a determinar y esclarecer la voluntad negocial o del acto jurídico. Pero a menudo ocurre que la voluntad declarada no ha

8 Palabra que viene del latín, *sub*, *sumere*, poner debajo.

TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTES PREUMINAR Y GENERAL

previsto todas las situaciones y que, a pesar de la interpretación, las lagunas no puedan colmarse. En tales hipótesis hay que regular los puntos omitidos para completar la voluntad truncamente declarada. Esta operación se llama *integración* del acto jurídico, y encuentra apoyo positivo en la norma que dice: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente *obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*" (art. 1546).

Establecida la voluntad de las partes a través de la interpretación, la laguna de la declaración se llena, en general, atendiendo a la naturaleza de la relación establecida, deduciendo de ella la regulación que corresponde, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Si no hay ley ni costumbre pertinentes, entrará a suplidas la equidad o justicia del caso concreto, conforme a las normas generales.

En un sentido estricto, la integración es tarea distinta de la interpretación, pero en un sentido amplio se entiende que la primera forma parte de la segunda. Por eso suele hablarse de *interpretación integradora*.

Abreviaturas.....

PARTE
GENERAL
(Continuación)

SECCION CUARTA
EL OBJETO Y EL CONTENIDO DE LOS
DERECHOS

Capítulo XXXIV
NOCIONES GENERALES

988. Concepto.....	1
989. a) Cosas, bienes.	11
990. Los conceptos de cosas y bienes en el Código Civil chileno.	13
991. Entidades o conceptos que ofrecen dudas sobre si son o no cosas.	13
991-a. El espacio.	13
991-b. El tiempo.	15
992. Las energías naturales.	15
992-a. La corriente eléctrica; calificación jurídica; hurto'	17
992-b. Energía genética	17
992-c. Energías humanas.	18
993. b) El comportamiento huñano; la prestación.	19
994. c) La persona como objeto de los derechos.	20
994-a. La persona como objeto del derecho sobre sí misma.	21
994-b. La persona ajena como objeto de los derechos.	21
994-c. La persona ajena como objeto de los derechos.	21
994-d. La persona ajena como objeto de los derechos.	21
995. d) Otros valores que constituyen objeto de los derechos.	21
996. Contenido de los derechos.	21

A. COSAS CORPORALES Y COSAS INCORPORALES

998. Factor determinante de la clasificación. 3
 . 998-a. La clasificación tradicional. 23
 998-b. Análisis de las definiciones de cosas corporales. 24
 999. Crítica de la clasificación tradicional. 25
 1000. Moderna concepción de los bienes inmateriales o incorporeales 26

B. COSAS MUEBLES E INMUEBLES

1 Idea general. 2
 001. Historia de la distinción. 6
 1002. Interés práctico de la distinción. 27
 1003. Diversas categorías de cosas corporales muebles e inmuebles ---- 2
 1004. Inmovilización, inmovilización. 8 28
 1005. 29

1. COSAS CORPORALES INMUEBLES

1. *In muebles por naturaleza*

1 Idea general. 9
 006. Las tierras. 30
 1007. Lasminas Predios o fundos 30
 100B Predios urbanos y rústicos. 30
 30
 1009. 30

2. *Inmuebles por adherencia*

1 Idea general. 2
 011. a) Edificios. 32
 1012. Condición de la inmovilización de los edificios. 33
 1013. Construcciones volantes. 34
 1014. Partes integrantes de un edificio. 34
 1015. Materiales separados del edificio. b) 34
 1016. Árboles y plantas. 35
 1017. Cesación de la calidad de inmuebles de los árboles y plantas. 35
 1018. c) Productos o *frutos*. 35
 1019. Carácter de la enumeración de los inmuebles por naturaleza y por adhesión. 35
 1020. 36

3. *Inmuebles por destinación*

1 Definición. 6
 021. Noticia histórica. 36
 1022. Motivos de la ficción de inmovilización. 37
 1023. Diferencia entre los inmuebles por adhesión y por destinación. 37
 1024. Determinación y calificación de los inmuebles por destino; cuestiones de hecho y de derecho. 37
 1025. 1 Condiciones generales de la inmovilización. 7
 026. Clasificación de los inmuebles por destino. 37
 1027. Ejemplos que la ley cita de inmuebles por destinación. La 38
 1028. enumeración del artículo 570 es ejemplar. 39
 1029. Cosas de comodidad u ornato. 43
 1030. 44

/i
:.)

Bibliografía especial.

IN
DICE

1031. Las estatuas.
1032. Instalación de calefacción central individual.
1033. Control de minutería 1034. Cesación de la calidad
de inmueble por destinación. 1035. El concepto de cosa mueble
en el Derecho Civil y en el Derecho Penal. . . .

520
ÍNDICE

11. COSAS CORPORALES
MUEBLES

1036. Concepto y divisiones.
1037. a) Muebles por naturaleza.
1038. b) Muebles por anticipación.
1039. Reglas de interpretación legal en materia de bienes muebles.

C. COSAS
INCORPORALES

1040. Generalidades..... 1040-a Consideración de los
derechos y acciones como cosas incorporales

1. DERECHOS
REALES

1041. Concepto..... 1042.
Elementos.....
1043. Corporeidad o corporalidad de la cosa; teorías.
1044. Las partes sociales.
1045. Caracteres..... 1046.
Clasificaciones..... 1047. limitación y enumeración de los
derechos reales. 11. DERECHOS
PERSONALES

1048. Concepto..... 1049. Elementos constitutivos. . . .
1050.
Caracteres..... 1051. Obligación correlativa. Noción de la
obligación.

III. PARALELO ENTRE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

1052. a) Personas que intervienen en la relación jurídica.
1053. b) Objeto de la relación jurídica.
1054. c) Eficacia de los derechos.
Bibliografía especial.

IV. TEORÍAS SOBRE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

1055. Diversas teorías.
1056. 1) Teoría clásica.
1057. 2) Teoría personalista
1058. 3) Teoría ecléctica
1059. 4) Teoría económica.
1060. 5) Teoría realista u objetiva.

V. DERECHOS MUEBLES E INMUEBLES

1061. Tanto los derechos reales como los personales pueden ser muebles o inmuebles 62

1062. Derechos reales muebles e inmuebles 62

1063. Derechos personales muebles e inmuebles 62

1064. Los hechos que se deben se reputan muebles 64

1065. Derechos y acciones que no quedan comprendidos en la categoría de muebles ni en la de inmuebles 64

VI. ACCIONES

1066. Concepción civilística de la acción 64

1067. Concepción procesal ística del derecho autónomo 65

1068. La demanda 66

1069. Importancia práctica de la acción 67

1070. Clasificaciones de las acciones 67

1071. Clasificación procesalística 68

1072. Clasificación civilística N 69

1073. a) Acciones personalísimas, de DICE estado y patrimoniales 69

1074. h) Acciones reales y personales 69

1075. c) Acciones G. COSAS DMSIBLES E muebles e inmuebles 70
INDMSIBLES

Divisibilidad jurídica. 1076. Calificación de las acciones reales y personales

Significado de la divisibilidad como muebles o inmuebles . 70

Importancia práctica de la clasificación. 1077. Acciones petitorias y posesorias 71

Legislación chilena.

70 H. COSAS PRESENTES Y civil 70

1078. Acción penal y acción FUTURAS 70
Generalidades. 1079. Acción privada y acción pública 71

1080. Las excepciones 1. COSAS SINGULARES Y 71

D. COSAS ESPECÍFICAS UNIVERSALES Y GENÉRICAS

Cosas singulares. 1081. Noción de unas y otras 71

Cosas universales. a) 1082. La clasificación en el Código Civil chileno

Universalidad de hecho; concepto. 72

Características de la universalidad de hecho. 1083. Importancia de la clasificación 72

Categorías de universalidades de hecho. 72

b) Universalidad de derecho. E. COSAS CONSUMIBLES Y COSAS NO CONSUMIBLES

Casos de universalidad de derecho. 1084. Consumibilidad objetiva

Caracteres comunes de las universalidades de hecho y de derecho. 72

Diferencias entre las universalidades de hecho y de derecho. 1085. Consumibilidad subjetiva 73

Importancia de la distinción entre cosas singulares y universalidades. 1086. Cosas COMPUESTAS J. COSAS SIMPLES Y COSAS deteriorables 74

Legislación chilena. 1112-a. Noción de unas y otras 1087. Cosas corruptibles 74

1085. Consumibilidad J. COSAS SIMPLES Y COSAS subjetiva 73

1086. Cosas COMPUESTAS J. COSAS SIMPLES Y COSAS deteriorables 74

1112-a. Noción de unas y otras 1087. Cosas corruptibles 74

F. COSAS FUNGIBLES Y K. COSAS PRINCIPALES Y COSAS NO FUNGIBLES

1088. Generalidades ACCESORIAS 75

1 1089. Importancia jurídica y económica de la fungibilidad 75

113. 1090. Fungibilidad objetiva 75

1114. 1091. Las cosas genéricas y las fungibles 76

1115. 1092. Relación entre la Consumibilidad y la fungibilidad 77

1116. 1093. La Consumibilidad y la fungibilidad en el Código Civil chileno 78

1117. 1094. Fungibilidad subjetiva o por voluntad de las partes 81

1095. Fungibilidad por la voluntad del legislador 81

1096. Jurisprudencia penal relacionada con las cosas fungibles 82

1

118.

1119.

1120.

1121.

1122.

1

123.

1124.

1125.

1126.

	21	
		8
	3	
	84	
	84	
	85	
		8
	5	
		8
	5	
	86	
	86	
		86
		8
	7	
	88	
	89	
	89	
	90	
		91
	91~	
		9
	1	
Conceptos.....		
Extensión de la clasificación.....	2	
Criterios para determinar la cosa principal y la accesoria.....	92	
Importancia de la clasificación.....	92	
Especies de cosas accesorias.....	93	
	93	
1. COSAS APROPIABLES E		
INAPROPIABLES		
Criterio de la distinción..... a)		
Cosas apropiables..... Cosas inapropiadasj <i>res nullius</i> .	5	
..... b) Cosas inapropiables	95	
..... El éter y las radiocomunicaciones.....	95	
.....	96	
	96	
L1. COSAS COMERCIALES y NO COMERCIALES		9
	7	
Criterio de la distinción.....	97	
a) Cosas comerciables.....		9
b) Cosas no comerciables.....	8	
Inalienabilidad e in comerciabilidad.....	98	

1127. Cosas de derecho divino	98
1128. Bibliografía especial	99
1129. Capillas y cementerios en posesiones particulares	100
1130. c) Cosas de comercio o tráfico prohibido	100

M. CLASIFICACIONES DE LAS COSAS POR RAZÓN DE SU PROPIEDAD

1131. Diversas clasificaciones y su correlación	101
---	-----

I. BIENES NACIONALES

1132. Distinción	102
1133. Criterio de la distinción	102
1134. Concepción moderna	102
1134-a. Legislación especial relativa a los bienes nacionales	103

1. Bienes fiscales

1135. Concepto	103
1136. Amplitud de la expresión bienes del Estado	103
1137. Régimen de los bienes fiscales	104
1138. Enumeración de algunos bienes fiscales	105
1139. Las minas	106
1140. Tuición y administración de los bienes nacionales	107
1141. Defensa judicial de los bienes nacionales de uso público	107

2. Bienes públicos

1142. Naturaleza jurídica del dominio público	107
1143. Teoría de la no propiedad	108
1144. Teoría de la propiedad	108
1145. Caracteres jurídicos	109
1146. Enajenación de los bienes nacionales; desafectación de los públicos	109
1147. Enumeración y clasificación de los bienes públicos	110

a) Dominio público marítimo

1148. Distinciones	110
1149. La alta mar	110
1150. Mar territorial, mar adyacente y zona contigua	111
1151. Pesca y caza en los mares	113
1152. Plataforma o zócalo continental e insular	113
Bibliografía especial	115
1153. Mar patrimonial o zona económica exclusiva	115
1154. Playa del mar	115
1155. Fiscalización, control, supervigilancia y concesión de playas, terrenos colindantes, rocas, etc.	116
1156. Límites del uso que los pescadores pueden hacer de los terrenos de playa y de los contiguos	117

b) Dominio público terrestre

1157. Concepto	118
----------------------	-----

	IN	
	DICE	23
1158. Puentes, caminos y otras construcciones.		1
1159. Calles y plazas.		18
		119
	c) Dominio público fluvial y lacustre	
1160. Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.		1
1161. El derecho de aprovechamiento de las aguas.		19
1162. Constitución del derecho de aprovechamiento; casos en que éste existe por el solo ministerio de la ley.		120
1162-a. Reglas aplicables a la transferencia, transmisión y adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento.		0 12
	d) Dominio público aéreo	
1163. Generalidades		1
		21
1164. Condición jurídica del espacio aéreo; teorías.		122
1164-a. Espacio ultraterrestre, sideral o cósmico.		123
1165. Dominio público cultural.		123
1165-a. Las obras de arte de la nación toda ¿son bienes fiscales o nacionales de uso público?		1 24
	Utilización del dominio público por los particulares	
1166. Uso común y uso privativo.		1
1167. Permisos y concesiones.		25
1168. Naturaleza del acto de concesión.		1
1169. Naturaleza del derecho del concesionario.		25
1169-a. Autoridad competente para otorgar los permisos y concesiones respecto de los bienes nacionales.		12G 127 13
	Bibliografía especial.	0
1170. Extinción y caducidad de los permisos y concesiones.		1
1171. Propiedad del suelo nacional concedida expresamente por el Estado.		30
	Bibliografía especial.	13
		0
		13
	SECCION QUINTA	0
	HECHOS Y actos JURIDICOS	13
		1
	<i>Capítulo XXXVI</i>	
	DE LOS HECHOS JURIDICOS EN GENERAL	
1172. Hechos materiales y hechos jurídicos.		13
1173. Los supuestos de hecho.		3
1174. Supuestos de hecho simples y supuestos de hecho complejos.		1
1175. Efectos preliminares o anticipados de algunos supuestos complejos.		34
1176. Retroacción o efecto retroactivo de algunos supuestos de hecho complejos.		134
1177. Presupuestos.		135
1178. Clasificaciones de los hechos jurídicos.		136
1179. a) Hechos jurídicos naturales y hechos jurídicos humanos.		136
1180. b) Clasificaciones de los hechos jurídicos humanos.		136
1181. Hechos lícitos y hechos ilícitos.		136
		1
		38
		138

1182. Hechos jurídicos lícitos: actos jurídicos y hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto	138
1182-a. Las declaraciones: las de ciencia y las de voluntad	138
1182-b. Hecho jurídico voluntario en sentido estricto y acto jurídico; diferenciación . .	139
1183. Especies de hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto	140
1184. Otra terminología respecto de los hechos jurídicos voluntarios y actos jurídicos .	140
1185. c.) Hechos jurídicos positivos y negativos	141
1186. d) Hechos jurídicos instantáneos y hechos jurídicos permanentes o continuados	141
1187. Otras clasificaciones	142

Capítulo XXXVJI

EL TIEMPO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS DE LOS HECHOS JURÍDICOS

A. GENERALIDADES

1188. Importancia del tiempo en los hechos jurídicos	145
1189. Determinación del tiempo	145
1190. Modos de computar los plazos	146
1191. Fundamento de la computación civil	147
1192. Los plazos de años y meses se computan "non ex numero, sed ex nominatio- ne dierum"	147
1193. Aplicación de las reglas sobre computación de plazos que da el Código Civil	148

B. CLASIFICACIÓN DE LOS PLAZOS

1194. Plazos continuos y discontinuos	148
1195. Por regla general, los plazos son continuos; excepciones	148
1196. Días hábiles y días feriados	149
1197. Días feriados en Chile	149
1198. Reglas especiales para el cómputo de los plazos en materia procesal	149
1199. Computación de los plazos en materia comercial	150
1199-a. Plazos prorrogables e improrrogables	150
1200. Plazos fatales y no fatales	150

C. NOCIÓN DE LAS PRESCRIPCIONES ADQUISITIVA Y EXTINTIVA

1201. Concepto	151
1202. Definiciones	152
1203. La prescripción extintiva tiene una aplicación más amplia que la adquisitiva .	152
1204. Fundamento	153
1205. Por regla general, todos los derechos y todas las acciones son prescriptibles; excepciones	153
1206. La prescripción extintiva y la caducidad	154
1207. Diferencias entre la prescripción y la caducidad	155

D. OTROS DATOS O CIRCUNSTANCIAS DE LA REALIDAD CON RELACIÓN A LOS HECHOS JURÍDICOS

1208. El lugar	157
1209. Las medidas de peso, extensión y volumen	157

IN
DICE

Capítulo XXXVIII
LOS HECHOS ILICITOS. NOCIONES
GENERALES

12	Hechos lícitos e ilícitos ----- Ilícitos civiles contractual y extracontractual	15
09-a. Hechos ilícitos dolosos y hechos ilícitos	160
1209-b.	culposos Responsabilidad civil delictual y cuasidelictual	160
1209-c.	elementos de ella. Reparación del daño.	161
1209-	163
<1.		
1209-e.		

Capítulo XXXIX
DEL ACTO JURIDICO EN
GENERAL

1210.	Teoría de los actos jurídicos.	1
1211.	Códigos que tratan los actos o negocios jurídicos en forma general y sistemática	65
1212.	La teoría de los actos jurídicos en Chile.	65
1213.	Significados de la palabra "acto"	166
1213-a.	Autonomía privada y acto jurídico.	167
1214.	Límites de la autonomía privada. El contrato dirigido.	1
1	Bibliografía.	67
215.	El principio de la tipicidad como restrictivo de la autonomía de la voluntad. El principio de la atipicidad; campo en que opera con mayor extensión. . . .	168
1216.	Definiciones de acto o negocio jurídico.	69
1217.	¿Los efectos jurídicos del acto negocial surgen de éste o de la ley?	169
1218.	Enumeración de las características del acto jurídico según las diversas teorías	170
1219.	Importancia de la caracterización del acto jurídico.	1
1220.	Posibilidad de aplicar las normas de los actos jurídicos a los demás hechos voluntarios lícitos.	70
1221.	Diversas clasificaciones.	172
1222.	Actos jurídicos unilaterales, bilaterales y plurilaterales ...	17
1223.	Convención y contrato.	3
1224.	Inteligencia de la contraposición entre actos y contratos.	~ 173
1225.	Uni y bilateralidad de actos y contratos; diferenciación.	
1226.	Especies de actos jurídicos unilaterales: colectivos y complejos.	
1227.	Diferencia entre el contrato y los actos complejos y colectivos.	
1228.	Actos patrimoniales y actos de familia.	1
1229.	Actos patrimoniales a título gratuito y a título oneroso.	80
1230.	Actos entre vivos y actos por causa de muerte.	180
1231.	Actos solemnes y actos no solemnes.	180
1232.	Actos solemnes por determinación de las partes.	181
1233.	Actos de administración y actos de disposición.	181
1234.	Actos puros y simples y actos sujetos a modalidades.	182
1235.	Actos causales y actos abstractos.	182
1236.	Actos principales y actos accesorios.	183
1237.	Los actos dependientes.	183
1238.	Actos típicos o nominados y actos atípicos o innominados	183
1239.	Actos recepticios y actos no recepticios	185
1240.		

1241. Actos constitutivos, declarativos y traslaticios -----	1
1242. Actos de declaración de certeza o de fijación.	85
1243. Actos consensuales y actos reales.	186
1244. Actos de eficacia real y actos de eficacia obligatoria.	188
1245. Actos de atribución patrimonial y de regulación de las relaciones.	188
1246. Actos de disposición y actos obligatorios.	189
1247. Actos jurídicos verdaderos y actos jurídicos simulados.	189
1248. Actos directos y actos indirectos.	189
<i>Capítulo XII</i>	
ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO ABSTRACTAMENTE	190
CONSIDERADOS	190
1 Cosas esenciales, de la naturaleza y accidentales.	19
249.	1
<i>Capítulo XIII</i> CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ	
A. CONCEPTO Y ENUMERACION	
1250.....Concepto	19
.....	3 193
1250-a. Enumeración.....	
1. LA VOLUNTAD GENERALIDA DES	
1 Concepto.	
251. Seriedad.	94
1252. Manifestación de la voluntad.	El 194
1253. silencio como manifestación de voluntad.	194
1254. Desacuerdo entre la voluntad y la declaración; voluntad real y voluntad declarada.	196
1255.	19
1256. Voluntad que debe preponderar cuando hay divergencia entre la interna y la declarada; teorías.	8 19
1257. Caracteres que debe reunir la voluntad para ser jurídicamente eficaz.	9 201
1258. Causas que suprimen la voluntad.	201
FORMACIÓN y PERFECCIONAMIENTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS	
12 Perfección y eficacia de los actos jurídicos.	2
59. ... Perfeccionamiento de los contratos; distinción.	03
1259-a. ... Perfeccionamiento de los contratos consensuales; el consentimiento.	20
1259-b. Reglamentación de la formación del consentimiento dentro de la legislación chilena.	3 20
1260.	4
FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS	
<i>La oferta y la aceptación</i>	
1 La oferta.	
261. Las ofertas incompletas e indeterminadas.	05
1262.	206

	IN	
	DICE	27
1	La aceptación.....	1
263.	Circunstancias y condiciones en que debe darse la aceptación para que	07
1264.	forme el consentimiento.....	2
	a) Vigencia de la oferta.....	08
1	Oferta que por sí sola obliga; declaración unilateral de voluntad.....	208
265.	El contrato de opción.....	209
1266.	Oportunidad de la aceptación.....	2
1267.	aceptación debe ser pura y simple.....	10
1268.		211
1269.	<i>El consentimiento en los</i>	212
	<i>autocontratos</i>	
1269-a.	Ideas generales.....	21
		3
	<i>El consentimiento en los contratos de</i>	
	<i>adhesión</i>	
1	Contratos de libre discusión y contratos de adhesión.....	14
270.	Medios destinados a garantizar la libertad de los adherentes en los contratos	14
1271.	de adhesión.....	2
1	Caracteres de los contratos de adhesión.....	14
272.	Reglas generales que se aplican a los contratos de adhesión.....	215
1273.		215
	<i>Momento y lugar de la formación del</i>	
	<i>consentimiento</i>	
	10 Determinación del	
	momento	
1	Contratos entre presentes y contratos entre ausentes.....	2
274.	Interés práctico de la determinación del momento en que se forma el	15
1275.	consentimiento.....	2
1	Momento en que se forma el consentimiento en los contratos entre	16
276.	presentes. Teorías que determinan el momento en que se forma el	2162
1277.	consentimiento en los contratos entre ausentes.....	17
278. 1) Teoría de la aceptación.....	217
1279. 2) Teoría de la expedición.....	217
1280. 3) Teoría de la información o del conocimiento.....	218
1281. 4) Teoría de la recepción.....	218
1282. Legislación chilena.....	219
1283.	219
1284.	¿Cuestión de hecho o de derecho?..... Excepciones a la	2
1285.	regla general sobre el momento de la perfección del contrato Contratos por	19
	teléfono.....	20
	20 Lugar en que se perfecciona el	20
	consentimiento	
1	Importancia práctica de determinar el lugar en que se perfecciona el	2
286.	consentimiento.....	2
1	Teorías.....	20
287.	Legislación chilena.....	22
1288.		0
	Contratos celebrados mediante	22
	intermediarios	1
	428	
1	Distinción.....	1
289.		1

528

ÍNDICE

VICIOS DE LA VOLUNTAD

1290.
Enumeración
1291.
Terminología

222
222

1292. Concepto	222
1293. Error de derecho y error de hecho	223
1294. Efectos del error de derecho	223
1295. Derecho comparado	223
1296. Diversas clases de error de hecho y sus efectos	224
1297. 1° Error substancia)	224
1298. 2° Error sobre las cualidades accidentales	225
1299. 3° Error acerca de la persona	225
1300. Errores "irrelevantes"	226
1301. Basta el error de una parte para que se vicie el acto	227
1302. Resumen	227
1303. El error común	227

Párrafo II

LA FUERZA O VIOLENCIA

1304. Concepto	228
1305. La fuerza, como vicio de la voluntad, es la fuerza moral	229
1306. Caracteres que debe reunir la fuerza para que vicie el consentimiento	229
1307. Prueba	231
1308. Es indiferente que la fuerza sea ejercida por cualquiera persona	231
1309. La fuerza y los estados de peligro y de necesidad pecuniaria	231
1310. Interpretación que asimila a la fuerza los estados de peligro y de necesidad; refutación	233
1311. ¿Podrían considerarse los estados de peligro y necesidad como lagunas de la ley susceptibles de ser colmadas con los principios de equidad?	236

Párrafo III

EL DOLO

1312. Definiciones y campo de aplicación	236
1313. Historia del dolo como vicio del consentimiento; Derecho Romano	237
1314. Dolo bueno y dolo malo	239
1315. Dolo positivo y dolo negativo; reticencia	239
1316. Dolo principal y dolo incidental	239
1317. Cuándo el dolo vicia el consentimiento y la voluntad	239
1318. El dolo no se presume sino en casos calificados	240
1319. El dolo no puede condonarse o renunciarse anticipadamente	241
1320. El dolo de los representantes y el dolo de los incapaces	241
1321. Sanción del dolo	241
1321-a. Acción de dolo; legitimación activa y pasiva; prescripción	241
1322. Dolo y mala fe	242
1323. El fraude	243

	IN DICE	29
	LA LESIÓN	
1324.	Nociones generales.	43
1324-a.	Fundamento.	243
1325.	¿Qué clase de vicio es la lesión dentro de nuestro Derecho?	244
1325-a.	Casos en que la lesión vicia el acto.	245
1326.	Sanción de la lesión.	246
1327.	Tendencia de las legislaciones modernas en cuanto a la lesión.	247
1328.	Resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.	247
	2. LA CAPACIDAD GENERAUDA ES	
1	Concepto.	24
329.	a) CAPACIDAD DE GOCE	8
1	Definición La capacidad de goce o jurídica	24
330.	puede concebirse sin la capacidad de ejercicio En principio, la capacidad de goce pertenece a todos los individuos. Ejemplos de incapacidad de goce.	2
1331.		48
1332.		24
1333.		9
	b) CAPACIDAD DE EJERCICIO	
1334.	Definición.....	24
1335.	La incapacidad de ejercicio es la incapacidad propiamente tal.	9 2
1336.	La capacidad es la regla.	49
1337.	Clases de incapacidad de ejercicio.	249
1338.	Personas que son absolutamente incapaces; nulidad absoluta de sus actos. .	249
1339.	Personas relativamente incapaces.	250
1340.	Valor de los actos de los relativamente incapaces.	250
1341.	Cómo debe actuar el incapaz.	251
1341-a.	Legitimación para el negocio o acto jurídico; incapacidad particular.	25
1341-b.	La legitimación para el negocio jurídico y la apariencia.	1 252
1342.	Legitimación de los cónyuges para la celebración de actos relacionados con los bienes familiares.	254
1342-a.	Falta de legitimación de los indígenas respecto de actos relacionados con tierras indígenas.	54
	3. EL OBJETO CONCEPCIO NES	
1	Enunciación de ellas.	55
343.		55
	REQUI SITOS	
1	Requisitos que debe reunir el objeto que recae sobre cosas materiales	56
344.	Requisitos del objeto que recae sobre un hecho.	257
1345.		257
	EL OBJETO ÚCITO	
1	Definiciones.	25
346.		8

	<i>Casos de objeto ilícito contemplados en el Código Civil</i>		1
	<i>I. Actos contrarios al Derecho Público Chileno</i>		373. 1374. 1375.
1	Enunciado.....		
347.	Concepto de Derecho Público.....	59	
1348.	Necesidad de la declaración judicial en cuanto a la infracción penal.....	259	
1349.		260	
	<i>2. Derecho a suceder por causa de muerte a una persona viva</i>		
1	Enunciado.....		
350.	Extensión de la prohibición.....	60	
1351.	Fundamentos.....	260	
1352.		261	
1353.	Excepción a la regla general.....	261	
	<i>3. Enajenación de las cosas enumeradas en el artículo 1464</i>		
1	Sentido en que se emplea la palabra enajenación en el artículo 1464 ...	26	
354.	... Enajenación voluntaria y enajenación forzada.....	1	
1355.	... Adjudicación.....	2	
1356.	La venta no es enajenación.....	62	
1357.	¿Hay objeto ilícito en la venta de las cosas que señala el artículo 1464?	26	
1358.		3	
	<i>a) Enajenación de las cosas incomerciables</i>		
1	Enunciado.....	26	
359.	Imperfección del W 1 del artículo 1464	85	
1360.		265	
	<i>b) Enajenación de los derechos personalísimos</i>		
1	Enunciado.....		
361.	Crítica; refutación.....	66	
1362.		266	
	<i>c) Enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial</i>		
1	Enunciado.....		
363.	Sentido en que está tomada la palabra embargo.....	67	
13M	Publicidad de la prohibición de enajenar las cosas embargadas.....	267	
1365.	Enajenación voluntaria y enajenación forzada.....	269	
1366.	Prohibiciones de enajenar voluntarias o convencionales.....	270	
1367.		271	
	<i>d) Medios de enajenar válidamente las cosas embargadas</i>		
1	Enunciado.....		
368.	1) Autorización del juez..... 2)	72	
1369.	Consentimiento del acreedor..... La	272	
1370.	autorización del juez o el consentimiento del acreedor deben ser previos a la	272	
1371.	enajenación.....		
		73	
	<i>e) Enajenación de las cosas litigiosas</i>		
1	Enunciado.....		
372.		73	

	1	Cosas litigiosas	Razón de la prohibición.
	373.	Requisitos agregados por el Código	73
	1374.	de Procedimiento Civil para que las cosas litigiosas se consideren	273
2	1375.	comprendidas en el N° 4 del artículo 1464 Diferencias entre los N°S 3 Y 4	
59		del artículo 1464 El W 4 del artículo 1464 del Código Civil	
259	1	huelga. Enajenación válida de las cosas litigiosas	74
26	376.	Disposiciones especiales de la Ley General de Bancos.	274
0	1377.	Derechos litigiosos	274
	1378.	274
	1379.	274
60	1380.	4. Actos contrarios a la	275
260		<i>moral</i>	
261	1	Enunciado.	
261	381.	1) Condonación del dolo futuro.	75
	1382.	Venta de ciertos libros prohibidos y de objetos considerados inmorales	275
	1383.	276
Z6		5. Deudas contraídas en juegos de	
		<i>azar</i>	
1	1384.	Enunciado.....	
Z	1385.	Razón de la prohibición.	77
62	1386.	Juegos de azar permitidos por la ley.	277
z6	1387.	Transacciones sobre acciones y bonos.	277
3		278
z6		6. Actos prohibidos por	
3		<i>la ley</i>	
Z6	1	Enunciado y crítica de la disposición legal.	27
85	388.	Bibliografía.	8 278
~6			
5			
		4. LA	
		CAUSA	
		<i>Exposición</i>	
66		<i>general</i>	
66	1	La causa como elemento del acto jurídico.	2
	389.	.. Dificultades y oscuridad de la materia.	79
	1390.	Nociones previas básicas sobre la causa y los motivos.	27
	1391.	Antecedentes históricos de la teoría de la causa.	9
6	1392.	Utilidad o inutilidad de la causa como elemento del acto jurídico o de	28
7 67	1393.	la obligación; posición de las legislaciones.	0 280
69 70	1	Razones que justifican la exigencia de la causa y de su licitud.	82
71	394.	La causa como elemento del acto jurídico; concepciones objetiva y subjetiva.	282
	1395.	a) Concepción objetiva de la causa final del acto jurídico. b)	283
	1396.	Concepción subjetiva de la causa del acto jurídico.	283
	1397.	Aproximación de las concepciones objetiva y subjetiva.	284
	1398.	Defensa de la causa como elemento del acto y defensa de la misma	285
	1399.	como elemento de la obligación.	
2	1	Relieve jurídico de los motivos.	2
72	400.	Doctrina francesa que atribuye causa abstracta a la obligación y otra	86
72	1401.	concreta al contrato.	287 2
3	1	La causa en el Código Civil chileno.	87
	402.	289
	1403.	Realidad de la causa.	2
	1404.	Causa simulada.	94
	1405.	Licitud de la causa.	2
3			95434
			29
			5

	<i>De los actos jurídicos abstractos</i>		
1	Actos causales y actos abstractos.		2
406.	. . La relación fundamental y subyacente del acto abstracto.	96	
1407.	. Abstracción absoluta y abstracción relativa.	29	
1408.	Breve noticia histórica sobre ambas abstracciones.	7	
1409.	Diversidad de causas que puede tener el acto abstracto;		2
1410.	consecuencia práctica.	98	29
1	Razón de ser de los actos abstractos.	298	300
411.	Causas próxima y remota del acto abstracto.	300	
1412.	Actuación de la causa del acto abstracto.	301	
1413.	Formalidad del acto abstracto.		3
1414.	Sólo la ley puede establecer actos abstractos.	02	
1415.	Abstracción sustancial y abstracción procesal.	30	
1416.	Abstracción procesal y documento no causado; prueba de la causa.	3	
1417.	La abstracción procesal y el documento no causado en el Código Civil chileno	30	
1418.		3	
	<i>Actos abstractos en la legislación chilena</i>		30
		4	
1	La delegación.	30	3
419.	Estipulación en favor de tercero.	La	06
1420.	fianza y demás contratos de garantía por deuda ajena.	30	
1421.	Títulos de crédito.	El	7
1422.	carácter abstracto de los títulos de crédito en el Derecho chileno.		3
1423.		08	
	5. LAS FORMALIDADES		310
			311
1	Diversas clases de formalidades.		3
424.	. Actos solemnes y actos no solemnes.	12	
1425.	Actos solemnes por determinación de las partes.	314	
1426.	El formalismo en el derecho.	314	
1427.	Subsistencia de algunos actos solemnes en el derecho moderno.		31
1428.	La solemnidad en los actos solemnes es, por regla general, la única	5	315
1429.	manera de probar su existencia.		
1	. Las solemnidades son de derecho estricto.		31
430.		6	317
	<i>Capítulo XLIII INEFICACIA DE LOS ACTOS JURIDICOS</i>		;
	A. GENERALIDADES		
1	a) Ineficacia en sentido amplio.	~\.	3
431.	. b) Ineficacia en sentido estricto.	~ .	19
1432.	Orden en el estudio.		319
1433.			320
	B. INEXISTENCIA JURÍDICA y NULIDAD		
	1. Preliminares		
1	Actos perfectos y actos imperfectos.		3
434.	. Noción general sobre las diversas sanciones.	20	
1435.	Importancia de las disposiciones sobre nulidad.	320	
1436.			32
			1

IN
DICE

1437. Fundamento de la nulidad.
1438. Teoría clásica sobre las nulidades y teorías nuevas.

2. *La inexistencia
jurídica*

1439. Concepto.
1440. Origen de la teoría de la inexistencia jurídica.
1441. Diferencias entre la inexistencia y la nulidad.
1442. ¿Distingue el Código Civil chileno la inexistencia y la nulidad absoluta?
1443. Argumentos de los que niegan la teoría de la inexistencia dentro de nuestro
Código.
1444. Argumento de los que afirman la teoría de la inexistencia dentro de
nuestro
Código.
1445. Conclusión.

3. *La
nulidad
Generalidades*

1446. Concepto. 1447. Nulidad absoluta y nulidad
relativa. 1448.
Terminología. 1449. Regla general.
.

4. *Nulidad
absoluta*

1450. Casos en que tiene lugar.
1451. Caracteres.
1452. 1° La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez.
1453. 2° La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en
ello; 1
excepción.
1454. 3° Puede pedir la declaración de nulidad absoluta el Ministerio Público.
1455. 4° La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes.
1456. 5° La nulidad absoluta no puede sanearse por un lapso que no pase de diez
años.
1457. Irrenunciabilidad. 1458. La acción de nulidad
absoluta se concede sin distinguir si se ha cumplido o
no el contrato nulo.
1459. La nulidad absoluta no se produce de pleno derecho'

5. *Nulidad relativa*

1460. Fundamento.
1461. Casos en que tiene lugar.
1462. Características
'
1463. 1° La nulidad relativa sólo puede alegarse por aquellos en cuyo
beneficio la han establecido las leyes.
1464. 2° La nulidad relativa puede sanearse por el transcurso del tiempo.
. 1465. 3° La nulidad relativa puede sanearse por la ratificación de las partes
(artículo
1684)
1466. Confirmación o ratificación del acto.
1467. La conversión.
1468. Nulidad de los actos de los incapaces.
'
.
1469. Diferencias entre la nulidad absoluta y la relativa.
.

6. Efectos de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa

1470. Toda nulidad necesita ser judicialmente declarada para que produzca sus efectos 340
1471. Los efectos de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa son idénticos 340
1472. Efectos de la nulidad con respecto a las partes 340
1473. Efectos de la nulidad respecto de terceros 342
1474. Acciones a que da origen la nulidad 344
1475. Efectos relativos de las sentencias 345

7. Prescripción de las acciones de nulidad y rescisión

IN
DICE

1476. Plazos 345
1477. Suspensión de la prescripción; herederos mayores y herederos menores de edad 346

8. *Ámbito de las reglas de nulidad del Código Civil* Nulidades de Derecho Publico y nulidades procesales

1478. La regla sobre nulidades establecidas en el Código Civil se aplican en Derecho Privado, pero no en el Público 347
1479. Nulidades de Derecho Publico 347
1480. Jurisprudencia 348
1481. Nulidades procesales 348

C. INEFICACIA EN SENTIDO ESTRICTO

1482. Generalidades 349
1483. La suspensión 350
1484. La "resolubilidad" 350
1485. La "rescindibilidad" 351
1486. La "revocabilidad" 351
1487. El desistimiento unilateral 351
1488. La caducidad 352
- 1488-a. La inoponibilidad; referencia 353

I.A INOPONIBILIDAD

Generalidades

1489. Concepto 353
- 1489-a. Teoría de la inoponibilidad 353

Inoponibilidades de un derecho nacido de un acto jurídico válido

1490. Clasificación 354
- 1490-a. Inoponibilidades de forma 354
1491. Inoponibilidades de fondo 355

	35
<i>Inoponibilidades de un derecho nacido de la nulidad, revocación o resolución de un acto jurídico</i>	
1491-a. Enunciación de diversos casos.	56
<i>Maneras de hacer valer la inoponibilidad</i>	
1 492. Enunciación de ellas.	57
<i>Diferencias entre las instituciones de nulidad e inoponibilidad</i>	
1492-a. Enunciación.	57
 <i>Capítulo XliV LA SIMULACION</i> 	
1493. Falta intencional de voluntad real.	3
1493-a. 1) La "reservatio mentalis"	59
1494. 2) La declaración "iocandi causa"	359
	360
1495. 3) La simulación; generalidades.	360
1496. Unidad de la acción de la voluntad en la simulación.	361
	362
1497. Simulación lícita y simulación ilícita	3
1498. Simulación absoluta y simulación relativa.	62
	3
1499. Efectos jurídicos de la simulación.	63
	363
1500. Simulación absoluta.	363
1501. Simulación relativa.	364
1502. Prueba de la simulación.	364
1503. Facultad de los jueces para apreciar la prueba de la simulación.	364
	364
1504. La acción de simulación. <i>La interposición de</i>	365
1505. Prescripción de la acción de simulación.	365
1506. Acción civil y acción penal	365
1507. Conflicto de intereses entre sí	65
1508. La interposición simulada y la acción pauliana	366
1512. Cuestión de hecho.	366
1513. La interposición de personas en el Código Civil.	367
	367
1514. Prueba.....	367
<i>Capítulo XLV ACTOS ANÁLOGOS A LA SIMULACION</i>	
	69
1515. Enunciación de ellos.	369
	370
	371
1516. Fraude a la ley.	373
1517. Acto jurídico o negocio indirecto.	
1518. Actos jurídicos fiduciarios.	
Bibliografía.	438

IN
DICE
Capítulo XLVI MODALIDADES
DE LOS ACTOS JURIDICOS

NOCIONES
COMUNES

1	~cr~.....	
519.	Características.	75
1520.	. Actos jurídicos que pueden sujetarse a modalidades.	375
1521.	. Lugar en que el Código se ocupa de las modalidades.	376
1522.		376

LA
CONDICIÓN

*Generalid
ades*

1	Definición.	
523.	Elementos constitutivos de la condición. 1)	77
1524.	La condición es un hecho futuro. 2) La	377
1525.	condición es un hecho incierto.	377
1526.		378

*Clasificaci
ones*

1	Diversas clasificaciones.	
527.	. Condiciones positivas y negativas.	78
1528.	. Condiciones posibles e imposibles.	378
1529.	. Condiciones suspensivas y resolutorias.	378
1530.	. Las condiciones suspensiva y resolutoria afectan a la eficacia del acto	379
1531.	jurídico. En doctrina, no hay más que condición suspensiva.	379
1532. Condiciones potestativas, causales y mixtas.	379
1533.	380

Efectos de las

	<i>condiciones</i>	
1		38
534.	Situaciones en que pueden hallarse las condiciones.	1 381
1535.	. . Efectos de la condición suspensiva.	3
1536.	. Efectos de la condición suspensiva pendiente.	81
1537.	. Efectos de la condición suspensiva cumplida; retroactividad de la condición.	382
1538.	. Efectos de la condición suspensiva fallida.	382
1539.	. Efectos de la condición resolutoria.	383
1540.	. Efectos de la condición resolutoria pendiente.	38
1541.	. Efectos de la condición resolutoria cumplida; retroactividad de la condición.	3
1542.	. Efectos de la condición resolutoria fallida. La	3
1543.	. eventualidad y la condición. Referencia.	83

EL

PLAZO

*Generalid
ades*

1	Concepto.	
544.	Caracteres comunes del plazo y la condición.	84
1545.	Diferencias entre el plazo y la condición.	384
1546.		384

*Clasificacio
nes*

1	Enunciación.	
547.		85

IN
DICE

1	Plazo expreso y plazo tácito.		
548.	Plazo determinado e indeterminado.		
1549.	Plazos convencional, legal y judicial.	85	
1550.	Plazo suspensivo y plazo extintivo	385	
1551.		385	
		386	

*Efectos del
plazo*

1	Distinción.	3	
552.	Efectos del plazo suspensivo	86	
1553.	Efectos del plazo extintivo	38	
1554.		6	37
		7	38

EL
MODO

1	Generalidades.	3	
555.	Efectos del modo.	87	
1556.	Cumplimiento del modo.	38	
1557.		8	
		8	38

Capítulo XLVII
LOS EFECTOS DE LOS ACTOS
JURIDICOS

A. EFECTOS ENTRE LAS PARTES Y FRENTE A TERCEROS

1	Principio.		
558.	Partes.	39	
1559.	Terceros.	1 391	
1560.	Terceros absolutos.	3	
1561.		92	
1562.		39	
1563.	Terceros relativos o interesados.	2	
1564.		39	
1565.	Los causahabientes o sucesores.	2	

B. LA
REPRESENTACIÓN

1	Concepto.	39	
566.	Utilidad de la representación.	4 394	
1567.	Origen histórico.	395	
1568.	Naturaleza jurídica; teorías.	396	
1569.	Legislación chilena.	398	
1570.	El mandato y la representación.	399	
1571.	Todos los actos admiten representación; excepción.	400	
1572.		400	
1573.	Fuentes de la representación.	400	
1574.	1) Representación legal o forzada.	401	
1575.	2) Representación voluntaria.	401	
1576.	Requisitos necesarios para que exista representación.	401	
1577.		4	
1578.	3) 1º) El representante debe declarar su propia voluntad.	02	
1579.		402	
1580.	4) 2º) Debe existir al contratar la "contempla tía domini"	402	
1581.	3º) El representante debe tener poder.	4	
1582.	Efectos de la representación.	03	440
	Sanción de los actos ejecutados sin poder o con extralimitación de éste. Casos en que el acto del representante que obra sin poder	4	

1584. Gestión de negocios o agencia oficiosa 405
 1585. Derecho Comparado 406

C. OTRAS HIPÓTESIS EN QUE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS
 ALCANZAN A LOS TERCEROS

1586. Generalidades 406
 1587. Estipulación para otro 407
 1588. Promesa de hecho ajeno; no afecta al tercero 407

D. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS ATENDIENDO
 A SUS EFECTOS

1589. Referencia..... 408

Capítulo XLVIII

NOCIONES GENERALES DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS
 Y ACTOS JURÍDICOS

A. PRELIMINARES

1590. Generalidades409
 1591. Importancia de la prueba 410
 1592. Etimología y acepciones 410
 1593. La materia de la prueba cae dentro del Derecho Civil y del Derecho Procesal.....411
 1594. Ubicación de la materia de la prueba en el Código Civil 412

B. OBJETO DE LA PRUEBA

1595. La prueba versa sobre los hechos y toca a las partes, por regla general, suministrarla
 412
 1596. Disponibilidad de la prueba 413
 1597. El juez no puede dar por probados los hechos por el conocimiento personal que de ellos tenga
 414
 1598. Los hechos pacíficos no requieren prueba 414
 1599. Los hechos notorios no necesitan ser probados 414
 1600. Otras derogaciones al principio dispositivo: la inspección personal del juez y
 las presunciones 416
 1601. Prueba del derecho extranjero 416
 1602. Prueba de la costumbre: distinción en materia civil y comercial 418
 1603. Aplicación de la costumbre de oficio por el juez 418
 1604. Infracción de la costumbre como causal de casación en el fondo 419

C. "ONUS PROBANDI" O CARGA DE LA PRUEBA

1605. Concepto 419
 1606. A quién incumbe rendir la prueba 420
 1607. Excepciones a los principios sobre el peso de la prueba 422
 1608. ¿Pueden probarse los hechos negativos? 423
 1609. Apreciación de la prueba 424

	IN	
	DICE	39
	D. MEDIOS DE PRUEBA	
	<i>Generalidades</i>	
1610.	Diversos medios de prueba.	24
1611.	Sistemas probatorios.	424
1612.	Prueba preconstituida y prueba a posteriori	425
1613.	Prueba plena y prueba semiplena	425

Capítulo
XLIX

DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN GENERAL Y DEL INSTRUMENTO

A. DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS PARTICULARES

1614.	Generalidades.	
1615.	Documento e instrumento.	27
1616.	Título e instrumento.	427
1617.	Clasificaciones.	427
		428

B. Los INSTRUMENTOS PÚBLICOS

1. *Generalidades*

1	Definición.	4
618.	Sinonimia entre las expresiones público y auténtico.	28
1619.	Especies.	428
1620.	Original y copia.	4
1621.	Requisitos que debe reunir el instrumento público.	29
1622.	Efectos de la falta del instrumento público en los actos en que es exigido como solemnidad.	4
1623.	Conversion del instrumento público nulo en privado.	29
1	Conversion del instrumento público nulo en privado.	42
624.		9
	2. <i>Escritura pública</i>	
1625.	Definición.	4
1626.	Breve referencia a la legislación notarial.	30
1627.	Requisitos de las escrituras públicas.	31
1628.	a) Autorización por el notario competente.	31
1629.	b) Incorporación en un registro público o protocolo.	432
1630.	c) Otorgamiento con las solemnidades legales.	432
1631.	Momento en que debe existir el consentimiento.	432
1632.	Matriz.	433
1633.	Copias.	434
1634.	Objeción de las copias.	435
1635.	Copias simples.	435
1636.	Valor probatorio.	435
1637.	Mérito ejecutivo.	436
	3. <i>Instrumentos públicos otorgados en el extranjero</i>	
1		436
638.	Ley que rige su forma.	36
1639.	Legalización.	437

	IN	
40	DICE	
1	Instrumentos extendidos en lengua extranjera.	
640.		
1641.	Valor probatorio.	37 437
	4. Valor probatorio de los instrumentos públicos	
1	Plena fe	43
642.		7 438
1643.	Razones en virtud de las cuales hace plena prueba el instrumento	438
1644.	público.	
	Valor probatorio; distinción entre las partes y los terceros.	
	a) Valor probatorio entre las partes	
1	Otorgamiento.	43
645.	Declaraciones del funcionario.	8 439
1646.	Declaraciones de las partes.	440
1647.	Declaraciones dispositivas y declaraciones enunciativas	4
1648.	Fe del instrumento en cuanto a la formulación de las declaraciones	40
1649.	dispositivas	440
1650.	Presunción de sinceridad de las declaraciones dispositivas	441
1651.	Formulación y sinceridad de las declaraciones enunciativas; mérito	441
1652.	probatorio. Declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas b) Valor probatorio respecto de terceros	442
1	Otorgamiento y fecha.	
653.	Formulación de las declaraciones.	43
1654.	Presunción de verdad o sinceridad de las declaraciones dispositivas	443
1655.	Mérito de las declaraciones enunciativas	444
1656.	445
1657.	Presunción de sinceridad de la enunciativa directamente ligada con lo disposi tivo	45
	5. Impugnación	
1	Generalidades.	
658.	Vías de impugnación.	46
1659.		446
	1. Impugnación por vía de nulidad	
1	Principio.	
660.	a) Nulidad por causa del funcionario autorizante	46
1661.	b) Nulidad que se refiere al instrumento mismo.	446
1662.	Prueba de los hechos que motivan la nulidad.	447
1663.		447
	2. Impugnación por falta de autenticidad	
1	Diferencias entre nulidad y falsificación o falta de autenticidad.	44
664.		7 448
1665.	Medios de prueba.	
	3. Impugnación por falsedad de las declaraciones de las partes	
1	No es una impugnación del instrumento público.	44
666.	Impugnación de las declaraciones meramente enunciativas	8 449
1667.		449
1668.	Impugnación de las declaraciones dispositivas	

	IN	
	DICE	41
1	Impugnación de las declaraciones enunciativas que se relacionan	
669.	directamente con las dispositivas	50
	<i>6. Documentos protocolizados</i>	
1	Protocolización	
670.	Documentos cuya protocolización no puede solicitarse por sus	51
1671.	otorgantes o beneficiarios.	45
1 Utilidad e importancia de la protocolización de documentos.	1 451
672. Bibliografía.	452
	

Capítulo L
EL INSTRUMENTO
PRIVADO

1	Concepto.	
673.	Firma de los otorgantes.	53
1674.	Instrumentos privados firmados ante notario e instrumentos privados protoco	453
1675.	lizados	4
	Formalidad fiscal del impuesto.	54
1	La formalidad de la multiplicidad.	455
676.	Valor probatorio del instrumento privado.	455
1677.	Reconocimiento del instrumento privado.	456
1678.	Negación de la autenticidad de un instrumento privado.	457
1679.	Mérito ejecutivo.	45
1680.	Desde cuándo se cuenta la fecha de un instrumento privado respecto de las	8 459
1681.	partes y respecto de terceros.	
1682.	Fotocopias de instrumentos privados.	59
683.	Diferencias entre el instrumento público y el instrumento privado.	460
1684.		461
	<i>Algunas especies particulares de instrumentos</i>	
1	<i>privados</i> Enumeración.	
685.		61
	<i>1) Registros, asientos o papeles</i>	
	<i>domésticos</i>	
1	Definición.	
686.	Características.	61
1687.	Valor probatorio; cuándo lo adquieren y reglas que rigen.	461
1688.	Libros de los comerciantes.	462
1689.		462
	<i>2) Notas escritas o firmadas por el</i>	
	<i>aCreador</i>	
	1690. Objeto de las notas escritas o firmadas por el acreedor.	63
..	1690.a Casos que pueden presentarse.	463
1691.	Valor probatorio.	463
	<i>3) Cartas y</i>	
	<i>telegramas</i>	
1	Especies.	
692.	Propiedad de las comunicaciones escritas entre particulares.	63
1693.	Valor probatorio.	463
1694.	Cómo se agregan en juicio.	464
1695.		464

Capítulo LI
LOS DOCUMENTOS
OFICIALES

1	Uso de la expresión y ejemplos.	
696.	Caracterización de los documentos oficiales.	65
1697.	Noción aproximada de las dos especies de documentos oficiales.	465
1698.		466

Capítulo LII
CONTRAESCRITURAS

1	Concepto.	
699.	Caracteres constitutivos de la contraescritura en sentido estricto.	67
1700.	Sentido en que está tomada la palabra "contraescritura" en nuestro Código	467
1701.	Ci vil Mala ubicación del artículo 1707	46
1		8 470
702. Clases de contraescrituras	4
1703.	Valor probatorio de las contraescrituras consideradas como	71
1704.	instrumentos. . . a) Efectos de las contraescrituras entre las partes.	471
1705. b) Efectos de las contraescrituras con respecto a terceros. . .	471
1706. Condiciones para que las contraescrituras públicas	47
1707.	produzcan efectos respecto	2
1	de. terceros	72
708.	Los terceros pueden aprovecharse de la contraescritura	472
1709.	. . . Conflictos entre terceros.	473
1710.	. . . Cuestiones de hecho y de derecho.	473
	Bibliografía.	473

Capítulo LIII
LA PRUEBA
TESTIMONIAL

1	Concepto.	4
711.	Inconvenientes de la prueba testimonial.	75
1712.	Casos en que es necesaria la prueba testimonial.	475
1713.	Actos que no pueden probarse por testigos.	476
1714.	Excepciones a los principios que rechazan la prueba de testigos.	476
1715.	Valor probatorio.	48
1716.	Razón de los dichos.	0 481
1717.		483

Capítulo LIV

LAS
PRESUNCIONES
GÉNERALIDADES

1	Concepto.	48
718.	Las presunciones son legales o judiciales.	5 485
1719.		

B. PRESUNCIONES
JUDICIALES

1	Definición.	48
720.	Condiciones que deben reunir las presunciones judiciales para tener valor	5
1721.	pro batorio	485

	IN OICE	43
1	Admisibilidad Valor probatorio.	48
722. Hechos en que debe descansar la	487
1723.	p, resunción judicial.	487
1724.		
	C. PRESUNCIONES LEGALES	
1	Presunciones legales propiamente tales y presunciones de derecho. ...	48
725. Toda presunción legal supone la declaración por el legislador de la	7
1726.	relación	4
1	de dos hechos Las presunciones legales y	87
727.	las ficciones legales. Las presunciones legales son	488
1728.	de derecho estricto.	488
	1) <i>Presunciones lega/es propiamente tales</i>	
1	Ejemplos.	48
729.		8
	2) <i>Presunciones de derecho</i>	
1	Ejemplos.	
730.	No hay necesidad de términos sacramentales para considerar	89
1731.	una presunción como de derecho.	48
1	Naturaleza jurídica.	9 490
732.	Bibliografía.	491

Capítulo LV LA
CONFESION

A.
GENERALIDADES

1	Definición.	
733.	Importancia y fundamento de esta prueba en materia civil.	93
1734.	Características.	493
1735.	Clasificación.	493
1736.	Capacidad.	494
1737.		494

B. CONFESIÓN EXTRA
JUDICIAL

1	Valor probatorio.	
738.		95

C. CONFESIÓN
JUDICIAL

1	Clases.	4
739.	Clases de confesión atendiendo a la forma en que se presta.	95
1740.	a) Confesión espontánea. b)	495
1741.	Confesión provocada o absolución de posiciones.	49
1742.	Formas o modos de confesar.	5
1743.	Requisitos.	4
1744.	Valor probatorio de la confesión judicial.	95
1745.	Casos en que no es admisible la confesión judicial.	496
1746.		496
		496
		497

CLASIFICACIÓN DE LAS CONFESIONES SEGÚN SU NATURALEZA

1747. Enunciación.....	
1748. Confesión pura y simple.	97
1749. Confesión calificada.	497
1750. Confesión compleja. . INDIVISIBILIDAD E IRREVOCABILIDAD.	497
1751. Indivisibilidad de la confesión.	498
1752. a) Indivisibilidad de la confesión pura y simple.	4
1753. b) Indivisibilidad de las confesiones calificadas.	98
1754. c) La confesión compleja, ¿es divisible o indivisible?	499
1755. Confesión de hechos diferentes.	499
1756. Prueba en contra de una parte de lo confesado.	500
1757. La indivisibilidad de la confesión en el Derecho Chileno.	500
1758. Irrevocabilidad de la confesión. <i>Capítulo LVI</i>	50
Bibliografía. . INSPECCION PERSONAL DEL JUEZ	1 502
1 Definición.	2
759. Importancia.	50
1760. Cuándo tiene lugar en materia civil.	03
1761. Procedimiento.	503
1762. Valor probatorio.	503
1763. Inconveniencia de este <i>medio</i> de prueba.	503
1764.	503
	504
<i>Capítulo LVII</i>	
INFORME DE PERITOS	
1 Concepto.	!
765. El informe de peritos puede ser obligatorio o facultativo.	!
1766. Capacidad para ser perito.	05
1767. Valor probatorio.	505
1768. El juicio práctico y el informe de peritos.	506
1769.	506
	506
<i>Capítulo LVIII</i>	
VALORACION INDIVIDUAL y COMPARATIVA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	
1770. Valoración individual.	
1771. Valoración comparativa.	!
1772. Apreciación de la prueba en conciencia y fallo en conciencia.	07
	507
	507
<i>Capítulo LIX</i>	
LAS REPRODUCCIONES MECANICAS COMO MEDIO DE PRUEBA	
1 Generalidades.	
773.	09

Capítulo LA INTERPRETACION DE LOS ACTOS JURIDICOS

1	Concepto.	511	
774.	Interpretaciones subjetiva y objetiva.	511	
1775.	Reglas sobre la interpretación de los actos jurídicos; inexistencia de	511	
1776.	ellas. Reglas específicas sobre la interpretación de los contratos y de los		
1	testamentos.		5
777.	Extensión de las normas de la interpretación de los contratos a los	12	
1	demás actos jurídicos.	513	
778.	514	
1779.	Naturaleza de mandatos jurídicos de las reglas interpretativas		514
1780.	Principios jurídicos y normas racionales de interpretación.	15	5
1781.	515	
1782.	Rol de la buena fe.	515	
1783.	Fijación de los hechos, la interpretación y calificación jurídica.		
.		
. . .	Subsunción del acto jurídico bajo las normas.		
. . .	Integración del acto jurídico.		