Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado
Derecho Civil I
Prof. Francisco González Hoch
Primer semestre 2010

Materiales de Lectura II

1. LEÓN HURTADO, Avelino. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1963. pp-43-76.

2. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, León; y CHABAS, François. *Derecho Civil. Obligaciones.* Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1997. p. 333-353.

3. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Editorial Civitas. Madrid, 1993. pp. 197-213

4. ALESSANDRI, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Imprenta Universitaria. Santiago, 1949. pp. 3-34.

FACULTAD DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

COLECCION DE ESTUDIOS JURIDICOS Y SOCIALES

VOL. XXVII

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

"CARROS, COURT, CORREA Y COMPAÑIA LIMITADA"

L579 NC
1963

221

AVELINO LEON HURTADO

Profesor titular de Derecho Civil y Director del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

LA VOLUNTAD Y LA CAPACIDAD EN LOS ACTOS JURIDICOS

1963

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Capítulo II

LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD

Párrafo I

Conceptos y requisitos

24. REQUISITOS DEL ACTO JURIDICO[1].— Según lo que ya hemos expresado en el capítulo anterior, el elemento fundamental que caracteriza al acto jurídico es la voluntad; y es éste entonces, el primer requisito de existencia del acto jurídico. Esa manifestación de voluntad persigue un fin práctico, que viene a constituir el objeto del acto jurídico, es decir, el derecho que crea para exigir una cosa, un hecho o una abstención determinados.

A estos dos requisitos se agrega tradicionalmente, la causa, sin perjuicio de que sólo aparece nítidamente como requisito de existencia de los contratos bilaterales[2]. Según el art. 1.467, se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato.

[1] Obras generales citadas en el capítulo anterior, y Henoch D. Aguilar, "La voluntad jurídica en la doctrina y en el Código Civil". Duguit, "Las transformaciones del Derecho". Baudry Lacantinerie et Barde "Traité Theorique et Pratique de Droit Civil. Des obligations". H. Capitant "Introduction a l'étude de Droit Civil". Ripert "La régle morale dans les ogligations civiles". Henri, León y Jean Mazeaud "Lecciones de Derecho Civil"; Francesco Messineo "Manual de Derecho Civil y Comercial". Artemio Llanos Medina "El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones". Bernardo Hojman P. "Autonomía de la voluntad y libertad contractual".

[2] Véase nuestro trabajo "La Causa". N.° 61, pág. 84.

Se agregan también a estos requisitos, las solemnidades del acto, pero ellas quedan incluídas en el elemento voluntad, ya que éstas vienen a ser la forma en que se debe manifestar la voluntad.

Las condiciones de validez son las que se exigen no sólo para que el acto nazca a la vida del derecho, sino para que el acto tenga plena eficacia y no pueda ser anulado o invalidado por vicios de sus requisitos. Por eso, se exige en primer lugar que la voluntad no esté viciada, porque si bien basta con la manifestación de voluntad para que surja el acto, ésta puede adolecer de algún vicio —error, fuerza o dolo— que la haga en definitiva ineficaz. Por igual razón, se exige que la voluntad se manifieste por personas capaces; y es necesario, por último, que el objeto y la causa sean lícitos.

Podría distinguirse entre la formación (requisitos de existencia) y la perfección (requisitos de validez) del acto o contrato, aun cuando los autores emplean estas expresiones para otros efectos[1].

25. DERECHO POSITIVO.— Nuestro Código no hace esta distinción entre requisitos de existencia y de validez. En el artículo pertinente se refiere a estos últimos cuando dispone que "para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito, y 4º que tenga una causa lícita". Puede observarse que sólo se distingue entre los requisitos de existencia y de validez, al tratar en el

[1] Coviello, obra citada, pág. 375.

Nº 2 de la voluntad o consentimiento, puesto que la voluntad es requisito de existencia, y la voluntad no viciada, requisito de validez.

26. IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO JURIDICO.— De lo dicho en páginas anteriores aparece que la voluntad es el principal elemento del acto jurídico. Ahora agregaremos que si bien los demás elementos que hemos señalado como requisitos de existencia o validez, son indispensables para el perfeccionamiento o la eficacia del acto, no es menos cierto que la voluntad contiene en sí todos esos elementos[1]. En efecto, la voluntad recae necesariamente sobre un objeto; la causa, sea que se entienda por tal el motivo psicológico o jurídico que induce a contratar, está en la manifestación de voluntad; y las solemnidades se exigen como medios especiales de manifestar la voluntad. La capacidad es requisito de validez porque sin ella no puede haber voluntad eficaz. En definitiva encontramos, pues, en la voluntad todos los elementos del acto jurídico.

27. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA VOLUNTAD JURIDICA.— Demogue define la voluntad como "la coordinación jerárquica de nuestros deseos"[2]. Nosotros diremos que es la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos. La voluntad considerada como fenómeno psicológico de la vida consciente, como una simple volición interna, no produce consecuencias en el derecho, pues se trata de un fenómeno psíquico que los terceros

[1] Manuel Somarriva "Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad", Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI, 1.ª parte, página 37.

[2] Obra citada, Tomo I, N.º 156, pág. 255.

no pueden conocer. Es decir, la voluntad no manifestada no existe para el derecho. Y con esto tenemos establecido el primer requisito de la voluntad jurídica: debe ser manifestada[1][2].

La voluntad en el acto jurídico debe ser, además, seria: es decir, el individuo debe perseguir con su declaración de voluntad un fin práctico, que viene a ser un fin jurídico en cuanto el derecho lo sanciona.

28. LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD PUEDE SER EXPRESA O TACITA.— La voluntad se manifiesta de ordinario por una acción directa al fin perseguido (manifestación expresa) o por un comportamiento o actitud que la supone (manifestación tácita). Hay veces, además, en que, por excepción no se manifiesta la voluntad y el solo silencio equivale a esa manifestación. Y más aun, a veces la ley la presume.

Es pues, manifestación expresa, aquella en que nuestra voluntad se exterioriza mediante palabras, escritos, gestos u otros medios sensibles que normalmente, o por acuerdo especial, se destinan a dar a conocer nuestra voluntad o querer interno. Cualquier medio es aceptable si permite traducir nuestra verdadera voluntad o intención. Así, lo más frecuente será que se

[1] R. Saleilles "De la declaration de volonté", N.os 1 y 6, págs. 1, 8 y sgts.

[2] La circunstancia de que la voluntad jurídica deba siempre exteriorizarse no significa que el acto jurídico no pueda ser secreto. Por ejemplo, "el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante" (art. 2151). Si actúa a su propio nombre, el tercero ignorará el mandato y será para él un acto secreto; pero la voluntad en el contrato de mandato se ha exteriorizado. Igual cosa ocurre con el testamento cerrado —art. 1008— con el albacea fiduciario, art. 1311, etc.

emplee el lenguaje, sea mediante la palabra hablada, grabada en un aparato mecánico, escrita o dada a conocer por signos o gestos, como sucede con el lenguaje mímico de los sordomudos. Y es por lo mismo manifestación expresa de voluntad la que se hace con un gesto, de afirmación o de negación o de otro carácter, si exterioriza el querer del sujeto.

La manifestación de voluntad es tácita o implícita cuando se deduce de circunstancias o hechos que conducen necesariamente a ella y que no podrían tener otra significación si faltara la voluntad. Estos hechos deben ser pues concluyentes, es decir que conduzcan a la voluntad tácita y no a otra diversa. Así, el art. 138 del Código Civil nos dice que la autorización para contratar puede darla el marido "interviniendo expresa y directamente en el acto" que celebra su mujer. El hecho de que el marido comparezca y subscriba una escritura que deja constancia de un contrato celebrado por su mujer, sin que se agregue ninguna otra circunstancia, constituye autorización tácita para celebrar ese acto o contrato, pues la firma del documento carece normalmente de otra significación, y no puede, entonces, faltar la voluntad de autorizar a la mujer.

Nuestra Corte Suprema ha declarado que "los hechos constitutivos del consentimiento del acreedor deben manifestarse de un modo inequívoco, es decir, no debe dejar duda alguna sobre la voluntad del que consiente..."[1].

[1] Y por eso "el hecho de que el acreedor que tenía embargado el bien en el juicio iniciado por él se apersone como co-ejecutante en el juicio ejecutivo seguido por otro acreedor, pidiendo que se le tenga por parte y que si el ejecutante pedía, por falta de postores, sólo para él la adjudicación del bien embargado, esa adjudicación debía ser hecha en favor de ambos acreedores en la proporción

El art. 1.241 dispone que "la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero". Y el art. 1.244 agrega: "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". Si el heredero enajena un bien, tácitamente acepta la herencia, pues sin su calidad de heredero no hubiera podido efectuar esa enajenación. Su actitud no puede tener otra significación.

Hay voluntad tácita en la aceptación del mandato, conforme con el art. 2.124, por todo acto realizado en ejecución del mandato. Ese acto de ejecución no puede significar otra voluntad que la de aceptar.

Decimos que el hecho que constituye la voluntad tácita no debe tener normalmente otra significación, para descartar

que indicaba, no importa la expresión del consentimiento requerido por el N.° 3 del art. 1464 del Código Civil para la validez de la enajenación de una cosa embargada, porque la intromisión por parte de dicho acreedor en el juicio en que se efectuó la subasta lejos de importar su asentimiento para la enajenación del bien embargado, fue una oposición fundada en que ésta no podía verificarse sin que previamente se alzaren el embargo y la prohibición de enajenar y gravar decretados en su favor, salvo que se le respetare su derecho a pagarse de su crédito con el precio del remate en la proporción que indicaba". La comparecencia a la subasta en esas condiciones, no es, pues, un hecho *inequívoco de voluntad* para autorizarla. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIII, Seg. Parte, Sec. 1.ª pág. 120.

toda posible voluntad que no aparezca de hechos concluyentes, porque sutilizando las cosas se puede pretender en cualquier caso, que es otra diversa la manifestación de voluntad. El hecho concluyente es el que no podría tener otra significación si faltara la voluntad: o sea, el incompatible con una voluntad contraria a la que de él aparece. Pero determinar esta incompatibilidad puede ser difícil si se pretende aplicar un criterio de incompatibilidad absoluta. Si el acreedor destruye el documento en que consta su crédito o lo entrega al deudor, normalmente debe entenderse que desea remitir la deuda porque ese hecho es incompatible con la voluntad de perseverar en la calidad de acreedor; pero también podría decirse, torciendo los principios del buen juicio, que el acreedor lo hace por cualquiera otra circunstancia, máxime si el documento es sólo un medio de prueba. Pero debemos rechazar esa interpretación torcida —salvo prueba en contrario— porque el hecho de la entrega o de la destrucción del título es concluyente, determina la voluntad tácita —remisión de la deuda— por ser normalmente incompatible con la voluntad contraria —perseverar en la calidad de acreedor.— La incompatibilidad no es pues necesariamente absoluta, sino que basta con la que de ordinario debe entenderse. Nuestro Código consagra estos principios al disponer que "hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación o lo destruye o cancela, 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 entenderá que hubo ánimo (voluntad tácita) de condonarla" (art. 1.654).

29. EFICACIA DE LA VOLUNTAD TACITA.— La voluntad tácita tiene en el derecho igual valor que la voluntad expresa. Así lo reconoce la doctrina universal e innumerables disposiciones de nuestra legislación positiva. Veamos algunas: el art. 103 del Código de Comercio, establece al tratar de la formación del consentimiento, que "la aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa"; el art. 1.241 antes citado, dice que "la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita", el art. 2.094, inc. 2º dispone que "no se entenderá que el socio contrata a nombre de la sociedad, sino cuando lo exprese en el contrato, o las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco", (voluntad tácita). "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente" (art. 2.494). "El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente a la solidaridad" (art. 1.516), etc.

Esta reiterada manifestación de la ley unida a la circunstancia de que en ciertos casos se exige una declaración expresa de voluntad, hacen que la norma sea la de atribuir igual valor a una y otra declaración.

La ley exige a veces que la voluntad se exteriorice de un modo expreso; la voluntad tácita no sería suficiente para generar el acto jurídico o producir el efecto deseado por su autor. Así, en el propio art. 1.516, y aunque casi parece una paradoja, se dice que el acreedor renuncia tácitamente en favor de uno de los acreedores, "cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, *expresándolo así* en la demanda o en la carta de pago"; luego si el acreedor no expresa que se exige o reconoce al deudor "el pago de su parte o cuota de la deuda", no cabe suponer que ha renunciado tácitamente a la solidaridad. Y de acuerdo con el art. 1.511 "la solidaridad debe

ser *expresamente* declarada en todos los casos en que no la establece la ley". En materia de arrendamiento, el art. 1.946 establece que el arrendatario no puede ceder el arriendo o subarrendar a menos que esta facultad "se le haya expresamente concedido".

En los testamentos se exige siempre voluntad expresa y manifestada en forma determinada. Así el art. 1.060 dispone que "no vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por *sí* o *no*, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta"; y el art. 1.023, dispone que el testador debe declarar "de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan..." Y en todos los actos y contratos solemnes, en general, la voluntad se manifestará expresamente[1].

También puede exigirse manifestación expresa de voluntad cuando se ha convenido en que la declaración tácita no sea suficiente. Esta estipulación, como todo contrato legalmente celebrado, es ley para los contratantes. Un convenio de esta especie es frecuente en materia contractual, para evitar renovaciones automáticas con perjuicio para una de las partes si no se varían los precios o condiciones que aconsejen las nuevas circunstancias. Y aun cuando se establezca la renovación automática, por períodos iguales y sucesivos, es usual convenir además, en que cualquiera de las partes pueda manifestar su voluntad de poner término al contrato, declarándolo así por es-

[1] Pero no es forzoso que así ocurra, pues ya vimos el caso del marido que suscribe una escritura pública en que consta un contrato celebrado por su mujer sin agregar otra circunstancia. Hay aquí autorización tácita manifestada en un acto solemne.

critura pública, con la anticipación y condiciones que se determinen.

Aparte pues de estos casos en que la ley o la convención exijan voluntad expresa, la voluntad tácita tiene igual valor que aquélla.

30. CONFLICTO ENTRE LA VOLUNTAD EXPRESA Y LA TACITA.— Si existe una voluntad expresa, pero su autor ejecuta hechos que inequívocamente determinan una voluntad tácita contraria, ¿cuál de ellas debe prevalecer? Se ha dicho que debe estarse a la voluntad expresa[1]. Se apoyan para llegar a esta conclusión en el art. 1.244 que dispone: "La enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objetos de administración urgente, es acto de heredero (voluntad tácita de aceptar la herencia) si no ha sido autorizado por el juez a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal" (voluntad expresa en sentido contrario). El principio que sienta este artículo podría tener una mayor extensión y se repetiría la misma norma, por ejemplo, en el caso de la tácita reconducción que contempla el art. 1.956 del Código: si el arrendador recibe el pago de rentas posteriores a la expiración del contrato, pero deja constancia expresa de que no entiende que el contrato se renovará por el total del plazo que fija la ley y que podrá pedir su terminación sin conformarse a lo dispuesto en ese artículo, debe estarse a esta declaración expresa. El art. 1.956 dice así: "terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato. Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera. 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 (voluntad tácita), se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por mas tiempo", etc.

[1] Así aparece por lo menos de la versión taquigráfica de las clases de Arturo Alessandri R. En igual sentido, Demogue. Tomo I, N.° 184 bis, pág. 298.

En nuestro sentir la solución dada a los dos casos anteriores es correcta; pero no hay aquí voluntad tácita. Cuando existe el conflicto entre ambas voluntades, la solución puede ser la contraria.

En efecto, en los dos ejemplos propuestos, no puede haber discrepancia entre la voluntad expresa y la tácita puesto que esta última no existe. El hecho que normalmente debería significar una voluntad tácita determinada, pierde esa significación por la reserva que hace el autor antes de ejecutar el acto, reserva que no es otra cosa que una manifestación expresa de voluntad en sentido contrario de la que pudo parecer voluntad tácita.

El hecho o actitud que pudo significar una voluntad tácita no es concluyente, inequívoco de manifestación de voluntad, sino que aparece desvirtuado de antemano por la voluntad expresa. Por consiguiente, no hay voluntad tácita y, mal puede entonces existir conflicto con la voluntad expresa.

En resumen: si un hecho que normalmente debería significar una manifestación tácita de voluntad, se ejecuta haciendo el autor una reserva previa y expresa en sentido contrario o diverso, tal hecho no adquiere su significación normal y por esta razón debe estarse a la manifestación expresa de voluntad.

Existe, en cambio, conflicto real entre la voluntad tácita y la expresa cuando el hecho que importa la manifestación de voluntad tácita es posterior a la voluntad expresa, que es contraria o distinta, como si se estipula un interés de uno un cuarto anual y, no obstante la convención, se paga mensualmente[1] o si se estipula que la línea divisoria de dos predios será recta o trazada en un sentido determinado y se hace en el terreno en forma angulosa o diversa[2]. También hay conflicto, si después de manifestada la voluntad tácita, se hace una declaración expresa de voluntad contraria.

Es preciso advertir que sólo es de interés considerar la pugna de ambas voluntades en los actos jurídicos unilaterales, pues tratándose de las convenciones ninguna de las partes puede alterar lo convenido sin la aquiescencia de la otra y es indiferente que la primera o la segunda convención se produzcan por declaraciones expresas o tácitas de voluntad.

En efecto, después de celebrada una convención, por manifestación expresa o tácita de voluntad, ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, alterar o modificar su declaración, ya sea expresa o tácitamente; pues "todo contrato (o convención) legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (art. 1.545). Y si ambas partes convienen, por manifestación expresa o tácita de voluntad, en modificar o substituir la declaración de voluntad anterior, habrá una resciliación u otra convención, plenamente eficaz entre ellas. O sea, una convención tácita puede substituirse por una expresa y viceversa. La ley contempla por ejemplo, el caso en que después de convenido un contrato por declaración expresa de voluntad, se altere por voluntad tácita, y dispone que debe estarse a esta voluntad. Dice el art. 1.564, inciso final que para interpretar un contrato debe verse "la aplicación práctica" (voluntad tácita) que hayan dado las partes a lo convenido, (voluntad expresa) "o una de ellas con aprobación de la otra". Así, lo ha resuelto también la jurisprudencia en los fallos antes citados. Se dijo en el primer caso que el pago del interés debía hacerse mensualmente, pues por acuerdo tácito quedó sin efecto la convención expresa que existía sobre este particular; y por igual razón, en el segundo caso, debía estarse a la línea irregular o diversa que se fijó en el terreno, dejándose sin efecto la convención expresa anterior.

A la inversa, si la convención posterior se genera por voluntad expresa, con mucho mayor razón prevalecerá este acuerdo sobre la convención tácita que se deja sin efecto. Si después de producida la tácita reconducción (art. 1.956) las partes convienen expresamente en dejar sin efecto el contrato, no hay duda de que se estará a esta voluntad de las partes.

Tratándose en cambio de actos unilaterales, la ley no ha dado una solución general; pero en la mayoría de los casos, hace prevalecer la voluntad tácita sobre la expresa. Esta es la solución correcta conforme con el principio de que las cosas

[1] Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo III, Seg. Parte, Sec. 1.ª, pág. 398.

[2] Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo X, Seg. Parte, Sec. 1.ª, pág. 434.

en el derecho no son lo que las partes dicen sino lo que son por su naturaleza[1].

Si una persona hace una declaración de voluntad y actúa en sentido contrario o diverso, habrá que estarse a los hechos (voluntad tácita) y no a lo que dice (voluntad expresa), salvo los terceros de buena fe que podrán aceptar la voluntad expresa.

Y así, el heredero que acepta tácitamente la herencia, continuará como heredero, aunque expresamente diga lo contrario (art. 1.244). Y el socio comanditario que actúa como gestor, tendrá frente a los terceros esta calidad por su voluntad tácita, aunque expresamente haya dicho en el contrato otra cosa (arts. 2.062 Código Civil y 484 y 485 del Código de Comercio). De igual manera, si se hace una oferta tácita de celebrar un contrato —se exhiben mercaderías en las vitrinas de una casa de comercio, con un precio determinado— una vez aceptada no puede el proponente retractarse, manifestando al efecto una voluntad expresa contraria. Y si se acepta tácitamente una oferta, no cabe retractación por una declaración de voluntad expresa posterior (arts. 99, 101 y 103 del Código de Comercio).

Consideramos, pues, que en el acto jurídico unilateral, la voluntad expresa no es eficaz cuando ya existe una voluntad tácita contraria. Pero los terceros de buena fe podrán hacer prevalecer la voluntad expresa si les fuere más favorable.

31. VOLUNTAD PRESUNTA.— La voluntad se puede manifestar en las dos únicas formas que hemos señalado; esto es, expresa o

[1] "La naturaleza de los actos jurídicos no queda al arbitrio del nombre que le dan las partes. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 46, Seg. Parte, Sec. 2.ª, pág. 32; Tomo XXX, Seg. Parte, Sec. 1.ª, pág. 206, y Tomo XXI, Seg. Parte, Sec. 1.ª, pág. 391.

tácitamente. Pero existe también, en el derecho la voluntad presunta, que no es, como pudiera creerse, una forma distinta de manifestación de voluntad, sino casos de excepción en que la ley autoriza al juez para que la establezca, o en que no habiendo declaración de voluntad, la ley la da por existente.

Por eso nuestra Corte Suprema ha fallado que "los hechos constitutivos del consentimiento del acreedor deben manifestarse de un modo inequívoco, es decir, no debe dejar duda alguna sobre la voluntad del que consiente, pues si bien el consentimiento puede ser tácito o implícito, no puede ser jamás presumido o supuesto, porque el consentimiento exige una voluntad positiva de obligarse, y en caso de duda debe interpretarse contra la formación del contrato[1].

Cuando la voluntad se presume judicialmente, en el fondo el juez no hace otra cosa que establecer la voluntad tácita —y aún expresa— que teóricamente debe aparecer de hechos concluyentes, en la forma que hemos visto. Eso significa que las presunciones deben ser graves y precisas (arts. 1.712 C. C. y 426 C. de P. Civil). Si la presunción es legal, puede haber voluntad tácita; pero la diferencia con la que hemos estudiado, es que la ley establece cuáles son los hechos que deben estimarse como concluyentes.

Hay voluntad presunta, que no es sino voluntad tácita, cuando la ley dispone que "el reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación" (art. 898, inc. 2º). Porque el reivindicador (dueño) que recibe el precio de la cosa, tácitamente

[1] Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 43, Seg. Parte, Sec. 1.ª, pág. 120.

manifiesta su voluntad de vender. Lo mismo puede decirse cuando la ley dispone que "el poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio" (art. 2.142).

Cuando se trata de una presunción de derecho, es decir, si establecidos ciertos hechos la ley señala cuál es la voluntad, sin que se pueda probar en contrario, podrá no haber manifestación de voluntad, ni expresa ni tácita, y será la ley la que fija un efecto jurídico. Así, "la repudiación de una asignación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley" (art. 1.235), pero "el asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia" (art. 1.233), o sea, aunque no ha manifestado voluntad alguna, la ley la da por establecida. Y también "se presume la autorización del marido en la compra de cosas muebles que la mujer hace al contado" (art. 147)[1]. Sea que el marido haya consentido realmente o no, ante el vendedor de buena fe, el marido ha dado su autorización, ha manifestado su voluntad. Dicho de otro modo: en este caso se produce el efecto jurídico propio de la autorización marital, aunque el marido no haya manifestado voluntad alguna.

La voluntad presunta no es pues, una forma distinta de la voluntad expresa o tácita, y hay veces en que no es ni siquiera voluntad. Cuando no existe, es sólo un efecto jurídico señalado por la ley concurriendo determinadas circunstancias.

[1] Esta presunción es legal, pero equivale a una presunción de derecho porque aunque el marido pruebe que no ha autorizado a su mujer o que le ha prohibido celebrar el contrato, subsistirá la presunción de la ley. La única manera de destruirla sería probando que notificó al vendedor su decisión de no autorizar a su mujer (Claro Solar, obra citada. Tomo II, pág. 104) o que el tercero conocía esa circunstancia. Por eso nos referimos en el texto al vendedor de buena fe, para quien la presunción viene a ser de derecho.

32. EL SILENCIO COMO MANIFESTACION DE VOLUNTAD. NOCIONES GENERALES[1].— El silencio no es manifestación de voluntad ni expresa ni tácita, ni positiva ni negativa, pues el silencio en sí, es siempre equívoco, no traduce voluntad alguna. Quien calla, no niega ni afirma y la única voluntad que exterioriza, es la de guardar silencio, la de no manifestar su voluntad. Por consiguiente, cuando el derecho, por excepción, atribuye al silencio la eficacia de una manifestación real de voluntad, estamos en presencia de una voluntad presunta, que no se ha manifestado en modo alguno. Distinto es el caso de la voluntad tácita en que hay acciones, hechos positivos que demuestran inequívocamente la manifestación de voluntad.

El silencio ha sido contemplado por la ley en diversas instituciones. Así, el asignatario que está constituído en mora de declarar si acepta o repudia, la ley presume que repudia (art. 1.233); puede también ser fuente de responsabilidad contractual, como, por ejemplo, en los vicios redhibitorios (arts. 1.858 y 1.861) y, en general, en todos los casos de dolo negativo o reticencia; la prescripción extintiva de acciones judiciales se basa precisamente en el silencio, en la inacción del acreedor, pues para que opere, la ley "exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones" (art. 2.514). El silencio puede también ser fuente de delito penal, es decir, de delito por omisión, como por ejemplo los contemplados en los arts. 237, 249, 494, Nº 11, 14 y especialmente en el art. 494, Nº 9 del Código Penal. En materia procesal el silencio produce

[1] Pedro Aruta C. "Efectos jurídicos del silencio". A. Alessandri R. "Valor Jurídico del silencio", artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXVIII, 1.ª Parte, pág. 133.

en muchos casos consecuencias jurídicas, como el reconocimiento de un instrumento privado, cuando puesto en conocimiento de la parte contraria bajo apercebimiento legal, se guardare silencio dentro de los seis días siguientes (arts. 346, Nº 3 C. de P. C.); o en cuanto se da por confeso al litigante que se niega a declarar, conforme con el art. 394; o en la aceptación de los resultados de un juicio, conforme con el art. 21 de ese Código; o en los casos contemplados en los arts. 78 y sgtes. 269 y 492, etc.

En general, el silencio en Derecho Procesal acarrea la pérdida o extinción de un derecho.

Por último, todos los requisitos de la naturaleza de un contrato sólo se incorporan a él si las partes guardan silencio, pues con su manifestación de voluntad pueden alterarlos en la forma que lo deseen. De aquí que cuando la ley dispone "salvo estipulación en contrario", el silencio es adhesión al precepto legal. Todo el derecho privado, en cuanto supletorio de la voluntad de los particulares, se aplica en el silencio de las partes.

El silencio es también fuente de responsabilidad extracontractual cuando se guarda silencio con dolo o culpa y con ello se ocasiona un daño a un tercero. El tercero podrá perseguir la responsabilidad del autor como en cualquier delito o cuasidelito (art. 2.314). Y así se ha fallado que hay silencio que importa negligencia culpable si un Conservador de Bienes Raíces, en un certificado de prohibiciones y gravámenes, omite o silencia algunos[1].

[1] Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXI, Seg. Parte, Sec. 1.ª, pág. 501. Puede verse además, el fallo publicado en la misma Revista. Tomo XVIII, Seg. parte, Sec. 1.ª, pág. 164.

33. REQUISITOS DEL SILENCIO COMO MANIFESTACION DE VOLUNTAD.— En todos los casos anteriores el silencio tiene un valor preciso para el derecho, porque la ley lo ha dispuesto expresamente. Pero a propósito de la manifestación de voluntad surge el problema de saber qué valor jurídico tiene el silencio. Si a una persona se hace una oferta y ésta nada responde, ni expresa ni tácitamente, ¿cómo debe interpretarse su pasividad absoluta, su silencio?

En el Derecho antiguo se sostuvo que el silencio valía como manifestación de voluntad cuando el que guardaba silencio debía y podía hablar. Pero resulta difícil saber cuándo hay obligación de hablar. En todo caso, si la obligación emana de la ley, el silencio es voluntad presunta, como en los casos que se acaban de enunciar; y si la obligación de hablar es de origen contractual, el silencio vale como manifestación expresa de voluntad en virtud de la convención. Si se refiere a una obligación moral, no se da propiamente una norma de derecho, pues tal obligación no es jurídicamente eficaz. De modo que esa antigua fórmula para conocer cuándo el silencio es manifestación de voluntad, no da un derrotero seguro, porque no hay duda de que el silencio tiene el valor de una manifestación de voluntad cuando la ley lo ordena o cuando las partes así lo convienen. Por ejemplo, de acuerdo con el art. 2.125, "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". O sea, la ley da al silencio la eficacia de una manifestación de voluntad para perfeccionar el contrato de mandato. Igual valor tendrá la convención —que es ley para las partes— mediante

la cual se establece que el silencio de uno de los contratantes, se interpretará como voluntad en sentido determinado. En este caso el hecho de guardar silencio importa manifestación expresa de voluntad, porque el medio convenido para expresar la voluntad es el silencio. Es frecuente este pacto para renovar automáticamente el contrato de sociedad.

Fuera de estos dos casos, el silencio no constituye manifestación de voluntad, y a la inversa de lo que dice el adagio popular, en la vida jurídica, "quien calla no otorga".

Sólo por excepción, se considera como manifestación de voluntad el silencio que va acompañado de ciertas circunstancias (silencio circunstanciado o cualificado) que vienen a ser las determinantes para atribuirle significación. El solo silencio no es jamás manifestación de voluntad si la ley no lo dice o las partes no lo convienen.

Es silencio *circunstanciado* o *cualificado*, el que va acompañado de antecedentes o circunstancias externas, que permitan atribuir al silencio, inequívocamente, el valor de una manifestación de voluntad. Esas circunstancias podrán ser de diversa índole y los jueces del fondo deberán apreciarlas en cada caso para ver si permiten atribuir al silencio, el valor de una aquiescencia.

En resumen: si la ley o las partes no han establecido que el silencio se mire como manifestación de voluntad, éste carecerá de significación jurídica, a menos que los jueces den por establecida esa voluntad, (la presuman) en razón de las circunstancias en que incide el silencio.

34. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA EXTRANJERAS.—Los Tribunales franceses han fallado diversos casos de los cuales se desprende

que el silencio circunstanciado se considera como expresión de voluntad. Se ha querido amparar la buena fe del que hace una oferta y racionalmente debe entender que el silencio del destinatario importa aceptación.

Así, si un comerciante pide mercaderías al productor que lo provee habitualmente, debe entender que si éste guarda silencio, acepta la oferta de compra[1]. Aun haciendo abstracción de relaciones de negocios anteriores, la jurisprudencia admite que hay adhesión cuando, conforme con los usos y prácticas en vigor, para la operación jurídica en gestación, la falta de protesta en determinado plazo se repute habitualmente como aceptación. Tal es particularmente el caso de cláusulas insertadas con frecuencia en las facturas declarando que el precio se pagará "por medio de letras de cambio" (par traite), "a fin de mes, en el domicilio del vendedor", etc.[2].

Pero en cambio, el envío de una revista o de mercaderías con la advertencia de que el silencio dentro de cierto plazo se mirará como aceptación de la oferta de suscripción a esa revista o de compra de las mercaderías, en opinión de la doctrina y de la jurisprudencia, no es suficiente para estimar que el destinatario que no contesta quede obligado[3]. Ese silencio no puede estimarse como manifestación de voluntad, pues sería aceptar que con la simple voluntad de un tercero se cree el vínculo jurídico[4].No se puede pretender tampoco que un individuo tenga

1 Colin y Capitant, obra citada. Tomo II, pág. 24. Baudry Lacantinerie et Barde, Tomo 12, N.° 45, pág. 75. Planiol y Ripert, N.° 109, pág. 136.

2 Planiol y Ripert, cita anterior.

3 Planiol y Ripert, Tomo VI, pág. 134, N.° 108.

4 En el ejemplo propuesto, habrá aceptación tácita, si el destinatario usa o consume las mercaderías que recibe.

obligación de contestar las innumerables ofertas de esta naturaleza que puede recibir. Y se ha declarado que ni los comerciantes tienen esa obligación de responder[1].

Como puede observarse, en todos estos casos fallados por la jurisprudencia francesa, en que se acepta el valor y eficacia del silencio, la voluntad se ha establecido a base de un conjunto de presunciones (que deben ser graves y precisas), pues como decíamos al comienzo, el silencio no es manifestación de voluntad, sino que puede constituir un caso de voluntad presunta, cuando en opinión del Tribunal las circunstancias de que está rodeado lo demuestran de modo inequívoco.

Tratándose de un simple silencio, la jurisprudencia francesa ha declarado reiteradamente que "en derecho, el silencio del que se pretende que ha quedado obligado no es suficiente, si no concurre con alguna otra circunstancia, como prueba en su contra de la obligación alegada"[2].

Baudry Lacantinerie y Barde sostienen que el silencio es manifestación de voluntad cuando la persona a quien se dirige la oferta no tiene motivo alguno para rehusarla, sea del punto de vista de su interés pecuniario o de sus conveniencias[3]. Demogue[4] ha pretendido también que el silencio debe considerarse como una "manifestación positiva de voluntad, en todos los casos en que ello resulte útil a una persona y en que otras pudieran tener graves motivos para reclamar". Como dicen Planiol y Ripert[5] este criterio es inaceptable por estar desprovisto de toda precisión. No ha prosperado en la doctrina ni mucho menos en la jurisprudencia, al decir de estos mismos tratadistas.

[1] Baudry Lacantinerie et Barde, Tomo I, pág. 77, N.° 46, Planiol y Ripert, Tomo VI, pág. 138, N.° 109.
[2] Planiol y Ripert, obra citada, pág. 133, Nota 2.
[3] Obra citada, N.° 45, pág. 76.
[4] Obra citada, Tomo I, N.° 188.
[5] Véase cita anterior.

35. JURISPRUDENCIA CHILENA.—El distinguido tratadista Arturo Alessandri R., dice en su trabajo ya citado[1] que "nuestra jurisprudencia en más de una ocasión ha atribuido al silencio el valor de una manifestación de voluntad a propósito del consentimiento del acreedor exigido por el Nº 3 del art. 1.464 del Código Civil para hacer perder a un bien embargado su carácter de objeto ilícito. La Corte Suprema ha fallado con este motivo que el hecho que un acreedor de grado posterior entre las diversas hipotecas que gravaban el inmueble subastado forzosamente y por cuyas gestiones estaba embargado, tuviera conocimiento del remate y no adujera oposición alguna, debe estimarse, por razón de analogía con lo dispuesto en el art. 514 (492) del Código de Procedimiento Civil, como una aceptación implícita de este remate (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XVII - 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 405). Cabe agregar que en la especie dicho acreedor concurrió a la subasta como postor e hizo ofertas en ella, todo lo cual evidenciaba, sin lugar a dudas, que su silencio era demostrativo de aquiescencia. La Corte de La Serena, a su vez, ha declarado que el consentimiento prescrito por el Nº 3 del citado art. 1.464 puede deducirse de la falta de reclamo posterior al acto por parte del acreedor y de la falta de necesidad o utilidad que para él tenía la prohibición inscrita al tiempo del remate (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág.

[1] Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVIII, 1.ª Parte, pág. 139.

797). En ambos casos se trataba de un silencio acompañado de ciertas circunstancias —concurrencia al remate, falta de reclamo, falta de necesidad o utilidad de la prohibición— que los jueces estimaron suficientes para formar la convicción de que aquél era demostrativo de que el acreedor consintió en la subasta".

Estimamos por nuestra parte que de los dos casos citados, sólo en el segundo se puede hablar de silencio como manifestación de voluntad, pues hay efectivamente inacción del acreedor acompañada de la circunstancia de "falta de necesidad o utilidad que para él tenía la prohibición inscrita al tiempo del remate" lo que hace que ese silencio deba entenderse como expresión de voluntad. Pero en el primer caso nos parece que hay voluntad tácita, pues la concurrencia al remate y el hacer posturas en él constituyen hechos que manifiestan la voluntad tácita de consentir en la enajenación de la cosa embargada. Tales hechos son inequívocos porque son a su vez incompatibles con una voluntad contraria a la enajenación. Por lo demás, el silencio cualificado constituye expresión de voluntad en razón de las circunstancias ya existentes en que incide; pero si esas circunstancias son posteriores o coetáneas con un hecho o actitud de la persona que guarda silencio, debe entenderse que hay voluntad tácita más que voluntad presunta a base del silencio.

La Corte Suprema ha fallado más recientemente que "es válida la enajenación de un bien raíz si hubo consentimiento tácito de parte del acreedor..." e "importa ese consentimiento tácito la circunstancia de que, notificado el acreedor para los efectos del art. 2.428 del Código Civil, nada expresara dentro del término de emplazamiento..."[1]. La conclusión a que llega la Excma. Corte es acertada, pero también es evidente que no se trata de consentimiento tácito, sino de autorización dada por medio del silencio[2].

36. DERECHO EXTRANJERO.—Diremos, finalmente, que por excepción algunos Códigos extranjeros reglamentan el silencio como expresión de voluntad. Así, el Código de Luisiana dice en su art. 1.805 "que la aceptación puede darse por el silencio o la inacción en los casos en que las circunstancias autoricen para interpretarlo así". El Código Suizo de las Obligaciones dispone en su art. 6º que "cuando el autor de la oferta no deba, bien por la naturaleza especial del asunto, bien por cualesquiera otras circunstancias, esperar una aceptación expresa, el contrato se reputa concluido si la oferta no fue rehusada dentro de un término prudencial"[2]. El Código Francés, el nuestro y la gran mayoría de los que de ellos derivan, no contienen disposición alguna de carácter general sobre las consecuencias jurídicas del silencio.

37. SERIEDAD DE LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD.— Decíamos que la voluntad sólo es jurídicamente eficaz cuando se manifiesta seriamente; es decir, con el propósito de producir un efecto práctico sancionado por el derecho. En consecuencia, toda manifestación de voluntad hecha en broma, por cortesía o complacencia y, en general, cuando aparece inequívocamente que esa declaración de voluntad no es seria, debe entenderse que no produce consecuencias jurídicas.

[1] Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLIV, Seg. parte, Sec. 1.ª, pág. 269.

[2] Una disposición semejante contiene el art. 320 del Código húngaro.

Así, los contratos que concluyen los actores en una representación teatral, no podría pretenderse que tienen algún valor jurídico, aunque haya una aparente voluntad de obligarse, pues falta la seriedad, el propósito de producir un efecto reconocido por el derecho. Del mismo modo, en el transporte benévolo hay una apariencia de contrato, hay una voluntad tácita que carece de eficacia, porque el aparente acarreador al ofrecer sus servicios no pretende contraer obligaciones o adquirir derechos. Y lo mismo sucede con el que acepta la oferta. Igualmente de un aviso de propaganda en que manifiestamente se vea que no hay seriedad alguna en lo que se ofrece; o de lo que se manifieste "en el calor de una disputa", no surgen consecuencias jurídicas por esa misma circunstancia.

Nótese que no es la gratuidad del servicio que se presta lo que hace ineficaz la voluntad (pues podría tratarse de un contrato gratuito), sino la ausencia en el ánimo de las partes de la idea de crear un vínculo de derecho entre ellas, una relación con efectos jurídicamente obligatorios. Falta en todos estos casos el ánimo contrahendi negotti[1].

Esta misma falta de seriedad en la manifestación de voluntad, en el ánimo de obligarse, hace que sean "nulas las obligaciones contraídas bajo una condición, potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga" (art. 1.478), pues decir "me obligaré a tal o cual prestación si quiero, si me place", equivale, por la falta de seriedad, a no manifestar voluntad alguna.

[1] Josserand "Les mobiles dans les actes juridiques du Droit Privé", N.º 27, pág. 42.

Pero la falta de seriedad debe ser ostensible, pues de otro modo la declaración de voluntad será válida, ya que lo normal, lo que debe presumirse, es la seriedad de toda manifestación de voluntad[1]. Es esta una cuestión de hecho que resolverán los jueces del fondo.

Siguiendo los principios enunciados precedentemente, nuestra Corte Suprema ha fallado que "la declaración de voluntad que importa el consentimiento debe ser manifestada con el propósito de crear un vínculo jurídico, para que pueda obligar a la persona que la emite, debe haber una relación jurídica formal, una intención en tal sentido, manifestada ostensiblemente, y no sólo el propósito de servir, complacer o ayudar sin ánimo de obligarse seriamente.

Si por complacencia o por el deseo de ayudar, una de las partes se allana a prestar un servicio, sin que de los antecedentes resulte que lo ha hecho con la intención de obligarse, no queda jurídicamente sujeta a las prestaciones que un contrato válidamente pactado pudiera imponerle, sino que solamente contrae el deber moral de cumplir lo prometido, si las circunstancias se lo permiten.

En consecuencia, establecido que las partes se pusieron de acuerdo para que los materiales provenientes de una excavación que ejecutaba la empresa demandada fueran llevados a un sitio de propiedad del actor y que aquella cumplió sólo en parte la faena que se había propuesto y cuya realización

[1] Por eso el art. 118 del Código Alemán dice que "es nula toda declaración de voluntad informal hecha con la esperanza de que no podrá desconocerse la falta de seriedad". Una disposición semejante contienen los Códigos de Polonia (art. 33), de Rusia (art. 34), etc.

había aceptado, debido a que, pese a haber dado las órdenes correspondientes, los conductores de camiones no las cumplieron en su integridad, pues votaron parte de los materiales en otros lugares, sin su conocimiento y a espaldas suyas, por ser para ellos menos oneroso ese procedimiento; y establecido, además, que la gestión convenida redundaba exclusivamente en provecho del demandante y que a ella accedió la demandada sólo como una deferencia para con el banco representante del actor, debe concluirse que la aludida empresa no tuvo la intención de obligarse formalmente para con el demandante, sino con el ánimo de servir o dispensar una atención a su representante, y que, por consiguiente, no hubo de parte suya consentimiento para contraer la obligación derivada del convenio en referencia.

Por lo tanto, la sentencia que condena a la empresa demandada a completar el depósito de escombros en los terrenos del actor, infringe los artículos 1437 y 1445 del Código Civil (R. D. y J. Tomo LIII. Sec. 1ª, pág. 243).

38. RESERVA MENTAL.—La reserva mental consiste en no aceptar en el fuero interno lo que se manifiesta como la voluntad real. Esta reserva no tiene influencia alguna en la validez y eficacia del acto jurídico[1]. O sea, la reserva mental no influye en la seriedad de la declaración y quien promete algo pensando que no lo va a cumplir en definitiva, queda no obstante obligado válidamente. Además, en la práctica es muy difícil probar la

[1] No es posible confundirla, con la manifestación tácita de voluntad, ya que en la reserva mental no hay declaración o manifestación de la voluntad verdadera. En cuanto a la simulación que puede considerarse como una especie de reserva mental de dos partes contratantes, véase N.° 106.

reserva mental; y si se lograra establecerla y se le diera eficacia, no habría estabilidad alguna en los actos jurídicos.

Dice Coviello[1], que sólo es eficaz la reserva mental (el acto será nulo), cuando el que "recibe la declaración sabe que la voluntad efectiva es contraria a la que se le manifiesta". Pero creemos que en este supuesto la reserva sólo subsiste en apariencia ya que el declarante da a conocer directa o indirectamente su verdadera voluntad; y a ello se debe que prime la voluntad efectiva sobre la que se declara. Más aún: en el ejemplo propuesto hay simulación y no reserva mental[2].

39. CONFLICTO ENTRE LA VOLUNTAD REAL Y LA VOLUNTAD DECLARADA.—Hasta ahora hemos considerado la voluntad que se exterioriza correctamente; es decir, en que hay correspondencia exacta entre lo que desea el autor del acto jurídico y lo que aparece como su voluntad frente al otro contratante y a los ojos de los terceros. No obstante, puede suceder que el autor de la declaración de voluntad actúe con reserva mental[3] o bien que padezca de error obstativo (la cosa sobre que versa la declaración, o el acto jurídico mismo, son diversos de lo que se cree) (art. 1.453) o de error de otra especie (arts. 1.454, 1.455), o, por último, que en un acto bilateral las partes acuerden *simular* un contrato para inducir a error a los terceros.

Todos estos casos en que la voluntad real no corresponde a la declarada, los consideraremos separadamente. Ya hemos

[1] Obra citada, pág. 402, N.° 117.

[2] El Código Civil alemán en su art. 116 reconoce estos principios cuando dispone que "la declaración de voluntad no será nula porque el declarante se reserve secretamente su intención de no querer lo declarado. Será nula cuando deba hacerse a otro que conozca la reserva".

[3] Véase N.° 38.

hablado de la reserva mental. Al tratar de la voluntad en los actos bilaterales estudiaremos el error y la simulación. Pero desde luego adelantaremos que considerando en general el conflicto entre la voluntad real y la declarada, se han formulado dos teorías principales: la doctrina clásica que atiende a la voluntad real, a la voluntad íntima del sujeto, y la doctrina alemana, que atiende a la voluntad declarada, a lo que aparece a los ojos de los terceros, aunque no corresponda a la voluntad subjetiva.—

La primera doctrina, llamada también doctrina francesa, está de acuerdo con los principios individualistas que inspiraron esa legislación, toda vez que la voluntad de los particulares es la creadora del acto jurídico, y debe entonces buscarse la verdadera voluntad de su autor. Todas las normas de interpretación deben tender, según este sistema, a buscar esa voluntad, a precisar el sentido y alcance del acto o contrato a base de la intención del autor o de las partes.

Nuestro Código sigue esta doctrina y al efecto señala como primera norma de interpretación el valor de la voluntad: "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras" (art. 1.560). Y "para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido", (art. 1.069, inc. 2º). Además, "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio" (art. 1.445). Luego, sobre la voluntad declarada que adolece de un vicio, prevalece la interna y verdadera.

La doctrina alemana, objetiva o de la declaración de voluntad, fue formulada por tratadistas alemanes durante el siglo pasado. Según ella, la declaración de voluntad prevalece sobre la verdadera si ésta no aparece ostensiblemente. O dicho de otro modo: en resguardo de la estabilidad de los actos jurídicos y con el propósito de amparar a los terceros, para conocer la voluntad se atiende en primer lugar a lo que aparece como la expresión de ella, atribuyendo el sentido usual a los términos empleados, y no a la voluntad real del autor o contratante; ésta queda en el fuero interno y es ajena al derecho. Sólo vale la voluntad declarada. Los terceros sólo pueden conocer esta voluntad.

Con sólo enunciar ambas doctrinas se puede concluir que ninguna podría aplicarse con carácter absoluto. No sería aceptable la prueba que tienda a destruir lo expresado en términos formales y explícitos, a pretexto de que la voluntad real era diversa: desaparecería la seguridad en el comercio jurídico; ni sería tampoco aconsejable rechazar siempre toda prueba, si el autor de la declaración asegura haber padecido de error o si por otras circunstancias su declaración no corresponde a su verdadera voluntad, como ocurre en la simulación, por ejemplo.

Lo dicho se demuestra con el propio Código alemán que recogió la doctrina de la declaración en términos muy atenuados. Dice el art. 157 de ese Código que "los contratos deberán interpretarse como exige la buena fe y la intención de las partes, *determinadas según costumbre*". Pero dice también ese Código al tratar de los actos jurídicos en general que "en la interpretación de una declaración de voluntad, será necesario investigar la voluntad real sin atenerse al sentido literal de las palabras" (art. 133). Este artículo es sustancialmente igual al art. 1156 del Código francés y al art. 1560 de nuestro Código.

Por su parte la jurisprudencia francesa si bien investiga la voluntad interna, conforme con el art. 1.156 del Código, "no acepta que se rinda prueba de una voluntad real diversa de la expresada por escrito"[1]. La Corte de Casación ha declarado reiteradamente que la cláusula clara no se interpreta, *se aplica*. Y tampoco acepta, al igual que en nuestro derecho, que el acto disimulado (que contiene la voluntad real) pueda oponerse a terceros. Además el error no es vicio del consentimiento, sino en ciertos casos.

Según la aplicación extrema que dan algunos autores a la doctrina de la voluntad declarada, para interpretar un acto jurídico no se atiende al acto en sí mismo, en su tenor literal, sino que el intérprete debe entender que en el contrato se ha estipulado lo que individuos normales han debido convenir. Por eso, con este sistema desaparece la búsqueda de la voluntad real y hay que estarse a la objetividad de la declaración teniendo en cuenta un tipo común de contratante[2]. Se pretende con este sistema deducir de una declaración de voluntad las consecuencias que, según los usos corrientes, deban obtenerse necesariamente.

De aceptarse la doctrina de la voluntad declarada en todas sus consecuencias, debería desaparecer el error como vicio del consentimiento, y el que hace una declaración de voluntad sin informarse suficientemente, correría el "riesgo contractual", según la expresión de Saleilles. Pero el Código Alemán que es uno de los pocos que ha aceptado y muy limitadamente esa doctrina, reconoce el error como vicio del consentimiento (arts.

[1] Planiol y Ripert, obra citada, tomo VI, pág. 125.

[2] Héctor Brain R. "La interpretación de los contratos", pág. 14 y sgts. y 77 y sgts. Claro Solar, obra citada, tomo XII, págs. 14 y sgts.

119 y 121) sin perjuicio de disponer en favor de los terceros que han creído en la declaración de voluntad que resulta viciada de error, la acción para ser indemnizados de los perjuicios "que hayan experimentado por haber creído en la validez de la declaración" (art. 122).

Por todas estas razones, la teoría de la declaración de voluntad no ha tenido gran aceptación en los Códigos modernos y la mayoría sigue la doctrina clásica, con las limitaciones y resguardos establecidos en favor de las partes, y muy especialmente de los terceros de buena fe.

Resulta interesante ver el mecanismo jurídico de ambos derechos en algunos aspectos relacionados con esta materia. Así, si un proponente es víctima de un error en la trasmisión de su oferta, en el derecho francés el contrato no se forma, pues la voluntad declarada no corresponde a la real. En el derecho alemán, en cambio, hay voluntad declarada y hay, por consiguiente, contrato. El autor del error debe, en el derecho francés, indemnizar al tercero que no pudo contratar por su error. En el derecho alemán, debe indemnizar al contratante que en verdad no ha consentido.

De este modo, el tercero de buena fe siempre es amparado; sea porque se le indemniza (derecho francés) o porque contrata (derecho alemán). Y el que comete el error siempre responde.

Diremos finalmente que entre estas dos teorías extremas han surgido la teoría de la confianza y la de la responsabilidad.

La primera es un derivado de la doctrina alemana o de la declaración y da valor a la voluntad declarada, a menos que quien la recibe sepa que esa declaración no corresponde a la voluntad interna y verdadera.

El que recibe una manifestación de voluntad debe tener confianza de que aquélla corresponde a la realidad.

La doctrina de la responsabilidad se basa en la de la declaración de voluntad, pues dice que si hay discrepancia entre la voluntad y la declaración, el acto es nulo, a menos que la disconformidad provenga de dolo o culpa de parte del autor de la declaración, pues entonces será válido frente a los terceros de buena fe.

NICOLAS ROJAS COVARRUBIAS
ABOGADO

04.2003

Henri Mazeaud
Jean Mazeaud
Léon Mazeaud
François Chabas

DERECHO CIVIL

Obligaciones

Tomo I

Traducción de Luis Andorno

ZAVALIA

Editor

Capítulo 12

La causa

3. La causa

253. *La causa, elemento constitutivo de los contratos.* El consentimiento de las partes y la existencia de un objeto no bastan para la formación válida de un contrato, según el derecho positivo francés. El artículo 1108 agrega la causa como tercer requisito, al cual los redactores del Código Civil dedicaron los artículos 1131 y 1133: la causa debe existir y debe ser lícita (art. 1131).

La teoría de la causa constituye uno de los puntos más delicados y controvertidos del derecho de las obligaciones. Algunos autores han propuesto suprimir la causa como requisito constitutivo de los contratos. Esta idea ha sido seguida por algunos códigos extranjeros, como el alemán, el suizo y el polaco. Pero la teoría de la causa encontró un ardiente defensor en Henri Capitant, y un intento de renovación en Josserand.

Gran parte de las dificultades derivan de las diferencias terminológicas existentes. Así, la jurisprudencia suele utilizar la palabra causa también para referirse al objeto. Por otro lado, la palabra causa recubre dos conceptos diferentes que se confunden a menudo.[1]

---

253 (1) Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux,* 1969, *op. cit.,* p. 173 y ss.; Ghestin, chr. citado, D. 1982.cron.1; Martin, *Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux,* J.C.P. 1983.I.3100.

254. *Objeto, consentimiento y causa.* La causa no debe confundirse ni con el objeto ni con el consentimiento.

a) Causa y objeto

Es verdad que con frecuencia resulta difícil distinguir entre la causa y el objeto de los contratos. Oudot propuso un criterio sencillo: el objeto, lo que es debido, responde a la pregunta *¿quid debetur?*, mientras que la causa, que es la razón por la cual el deudor ha aceptado obligarse, responde a la pregunta *¿cur debetur?*

b) ¿Causa y consentimiento?

Siendo la causa la razón por la cual el deudor ha asumido la obligación, ¿no vendría a identificarse su exigencia con el requisito del consentimiento? Debe responderse que, fuera de la hipótesis de escuela de una persona que celebra un contrato sin motivo alguno –hipótesis en la que la nulidad del contrato se justifica por la ausencia de consentimiento– el requisito de la causa no se confunde con el del consentimiento, ya se trate de falsedad, es decir, de ausencia de causa, o de ilicitud de la causa:

Falsedad de la causa: En este supuesto, el motivo por el que una de las partes ha consentido en la celebración del contrato no existe. Hay, al mismo tiempo, ausencia de causa y error sobre la causa. Pero la teoría de los vicios del consentimiento, especialmente del error, no es suficiente, pues conduciría a admitir la nulidad relativa, que puede ser subsanada por confirmación y que prescribe dentro del plazo de cinco años. En cambio, el error sobre la causa, al afectar un elemento esencial del contrato, debe acarrear y acarrea de hecho, la nulidad absoluta del acto. La causa juega un rol como tal, que es distinto del que corresponde al consentimiento y al error.

Causa ilícita o inmoral: No basta que la causa exista, sino que, además, ella debe ser moral y lícita, según lo exigido por el legislador. Por esto, no sólo es necesario que el contratante haya consentido, sino que su consentimiento haya sido guiado por motivos que la ley no reprueba.

De este modo, la causa es un elemento necesario para la formación de los contratos, que es independiente del objeto y del consentimiento. Cada elemento –consentimiento, objeto y causa– responde a distintas cuestiones:

El consentimiento: ¿el contratante quiso?
El objeto: ¿qué quiso?
La causa: ¿por qué quiso?

255. *La causa del contrato y la causa de la obligación.* Tanto en los trabajos preparatorios del Código Civil como en los artículos 1131 y 1133, los redactores de la ley emplearon indiferentemente las expresiones causa de la obligación y causa del contrato, renovando así la confusión ya incurrida entre objeto de la obligación y objeto del contrato.[1]

a) La causa del contrato: La causa del contrato es la razón, el o los motivos que determinaron a cada uno de los contratantes a su celebración. ¿Para qué contrata cada una de las partes? Los motivos varían según los individuos, puesto que se trata de móviles concretos, vívidos, que constituyen la causa sicológica del contrato. ¿Para qué se adquiere una casa? Para vivir en ella, para alquilarla, para revenderla, etc. El móvil es individual y es distinto al móvil de la otra parte, que también persigue satisfacer un fin personal.

b) La causa de la obligación: La causa de la obligación es la razón por la cual el contratante asume su obligación. ¿Por qué la asume? La respuesta es siempre la misma para cada tipo de contratos: en la compraventa, el vendedor se obliga a entregar la cosa a fin de recibir el precio, y el comprador, a pagar el precio para obtener la entrega de la cosa. La causa de la obligación se distingue así de la causa del contrato en que aquélla es abstracta, es

255 (1) Cf. *supra*, nº 231.

decir, está separada de la personalidad de cada contratante, y es idéntica para cada categoría de contratos. De este modo, aparece como una noción esencialmente técnica, en cuanto pieza clave del mecanismo contractual.

La Corte de Casación[2] ha visto muy claramente la diferencia cuando declaró que: mientras la causa de la obligación reside en la transferencia de la propiedad y en la entrega de la cosa vendida, la causa de un contrato de compraventa consiste en el móvil determinante, es decir, aquél sin el cual el comprador no hubiera contratado.

256. *La "causa" en el derecho romano.* A menudo, la palabra causa es empleada en un sentido muy diferente. En el derecho romano, la causa era la formalidad *(verba)*, la entrega de la cosa o el cumplimiento del *factum* necesario para el nacimiento del contrato formal, real o innominado. La causa era, en consecuencia, la causa eficiente o generadora del contrato.

Los romanos también llamaban causa a la fuente de la obligación: contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito. Es en este sentido que Gayo emplea la palabra causa en la expresión *variae causarum figurae*.[1] Tal es el verdadero sentido literal de la expresión "causa de la obligación". Se trata, en efecto, de saber por qué la obligación existe, por qué el deudor está sujeto a su cumplimiento: lo está porque ha celebrado un contrato, o porque ha cometido un delito, etc. Pero el derecho francés toma la expresión "causa de la obligación" en un sentido diferente: no se trata de determinar por qué el deudor está obligado, sino por qué ha consentido asumir esa obligación. Esto explica que la cuestión de la causa de la obligación sólo se plantee en relación a las obligaciones que encuentran su origen en la voluntad del deudor.

(2) Civ. 1ª, 12 de julio de 1989, D. 1989.I.R.216.
256 (1) Cf. *supra*, nº 46.

257. *Plan de desarrollo.* La noción de causa se ha ido elaborando lentamente con la evolución del derecho de los contratos. Por este motivo resulta necesario considerar su historia (I).

Luego, distinguiendo la causa de la obligación de la causa de los contratos, convendrá examinar la noción misma de causa, así como las críticas que se le han dirigido y preguntarse si *de lege ferenda*, este elemento constitutivo de los contratos debe ser mantenido (II).

En tercer lugar, se analizarán las condiciones de validez de la causa (III).

Por último, se estudiará el problema de la prueba de la causa (IV).

I. Evolución de la noción de causa

258. *Derecho romano.* Cuando los romanos empleaban el término causa se referían a la causa eficiente, la cual podía consistir, ya sea en las formalidades del acto, como en la entrega de la cosa que daba origen al contrato.[1] Aún en la época en la que admitieron los contratos consensuales, no imaginaron que la razón determinante de cada contratante pudiera ser un requisito constitutivo del contrato. De este modo se explica que las obligaciones del vendedor y del comprador fueran en gran medida independientes.

En tal sistema, el contrato goza de una estabilidad y de una seguridad considerables, ya que está protegido contra toda investigación acerca de los móviles perseguidos por las partes. Pero tal solución está en conflicto con la equidad. Un contratante que se obligaba, por medio de palabras solemnes, a pagar una suma determinada que él a su vez debía recibir, seguía quedando obligado

258 (1) Cf. *supra*, nº 247.

por lo estipulado a pesar de no recibir la suma esperada. Tal era el rigor del viejo derecho quiritario.

El derecho pretorio intervino pero en forma indirecta y sin modificar la técnica misma del contrato. El pretor admitió que, dejando a salvo la validez del contrato, el acreedor comete dolo cuando reclama en justicia la prestación a la cual el deudor se obligó sin causa. Se le reconoció al deudor una excepción de dolo para oponerse a tal reclamo.

Por otro lado, el deudor podía adelantarse a la otra parte reclamando en forma anticipada su liberación por medio de una acción llamada *condictio liberationis*. Si ya había pagado disponía de una *conditio indebiti* para repetir lo que hubiera pagado sin causa. Esta acción no tenía carácter contractual por fundarse en el principio del enriquecimiento sin causa.[2]

259. *El derecho canónico.* El principio del consensualismo, proclamado por los canonistas, condujo a un análisis más preciso de los elementos del contrato sobre los que se funda la voluntad. El consentimiento sólo obliga si se funda sobre una causa verdadera y si no ha sido dado por motivos deshonestos: si la causa es falsa, se entiende que las partes no han querido contratar; si la causa es deshonesta, se entiende que las partes no hubieran debido contratar.

El derecho canónico derivó de este modo el principio de la conexidad de las obligaciones, resumido en el siglo 13 a través de la fórmula *Non servanti fidem, non est fides servanda:* no se está obligado a cumplir la palabra frente a quien no cumple la suya. De esta manera quedaba planteada la necesidad de la causa abstracta como condición de validez del contrato: cada obligación tiene por causa la obligación correlativa del otro contratante. Los juristas laicos adoptaron sin dificultades esta noción abstracta de causa. Así, Beaumanoir[1] escribe en el siglo 13: "Así es que el juez quiere

(2) Sobre la prueba de la existencia de la causa en derecho romano, cf. *infra*, nº 290. Sobre el enriquecimiento sin causa, cf. *infra*, nºs 693 y ss.

259 (1) Cout. Beauvoisis, 35, 22.

saber de dónde proviene una determinada deuda, antes que la haga pagar".

La noción de conexidad, completada con la de equivalencia, permitía a los canonistas hacer jugar la equidad, es decir, el equilibrio en los contratos. Pero para hacer penetrar la moral no bastaba con recurrir a la noción técnica o abstracta de la causa de la obligación. Era necesario atenerse a los móviles que determinaron a las partes a contratar. También los canonistas van a invitar a los jueces a interesarse por el motivo oculto de las partes, es decir, a escrutar sus conciencias. Al decir de Baldo, el objetivo perseguido debía ser conforme a la paz y a la concordia, lo que significa que no debía ser contrario a la moral. Los poderes del juez aparecen así reforzados, bien que tal efecto se logre a costa de la estabilidad del contrato.

260. *Domat.* La definición de causa elaborada por Domat, que luego será considerada como la definición clásica, excluye toda investigación de los móviles individuales.

Esto no significa que Domat, quien se había propuesto hacer penetrar los principios de la moral cristiana en las reglas romanas de las obligaciones,[1] aceptara los contratos contrarios al orden público y a las buenas costumbres. Por el contrario, sostiene la nulidad de tales actos.[2] Pero sólo considera los contratos cuyo objeto es ilícito o inmoral ("convenir un robo o un homicidio"), y no aquellos en los que, siendo lícita la prestación prometida, hay un motivo ilícito.

Al precisar la noción de causa en los contratos a título oneroso, Domat no hace referencia a los móviles que determinaron a las partes, considerando solamente la causa abstracta de la obliga-

260 (1) Cf. *supra*, nºs 29 y 33.

(2) Li. I, ti. I, secc. IV, I (pasaje de donde es extraído el artículo 6 C. Civ.); Li. I, ti. XVIII, secc. IV, I y ss.

ción. Pero exige esta causa como un elemento esencial en la formación del contrato.

La posición de Domat, que niega al juez la facultad de controlar la licitud y moralidad del contrato con vistas a afirmar la seguridad del tráfico jurídico, fue bien recibida tanto por los juristas, como por los fisiócratas y los liberales, preocupados ante todo por el desarrollo del comercio. Al igual que Domat, Pothier sostendrá que la única causa necesaria para la formación del contrato es la causa abstracta de la obligación.

261. *El Código Civil.* Las discusiones relativas a la noción de causa durante los trabajos preparatorios del Código Civil fueron muy breves. Los artículos 1131 y 1133 reproducen las fórmulas de Domat y Pothier. El hecho de que los redactores hayan empleado no sólo la expresión "causa de la obligación" (art. 1131), sino también la de "causa de la convención" (art. 1132), y la circunstancia de que hayan admitido la nulidad del contrato, más allá de la falsedad de la causa (art. 1131), para el supuesto de ilicitud o inmoralidad de la causa (arts. 1131 y 1133), no permite deducir que hayan entendido cambiar la posición de los juristas de los siglos 17 y 18. En realidad, se limitaron a la exigencia de la causa abstracta de la obligación.

262. *El siglo 19.* La teoría clásica de la causa sufrió en este período un doble ataque. Por un lado, los anticausalistas encabezados por Planiol denunciaron la noción de causa de la obligación como inútil y falsa. Paralelamente, los tribunales se resistieron a verse despojados de su poder de control, exigiendo que los móviles de los contratantes fueran conformes al orden público y a la moral. Para lograrlo, restauraron la noción de causa del contrato, haciendo así penetrar más profundamente la regla moral en el comercio jurídico.

Resulta asimismo necesario, a efectos de precisar la noción de causa en el derecho positivo, efectuar la distinción entre causa de la obligación y causa del contrato.

II. La noción de causa

A. La causa de la obligación

263. *La causa en la teoría clásica.*[1] Para determinar la causa de la obligación, los causalistas consideran separadamente y en forma abstracta cada obligación contractual, separándola del conjunto de la operación jurídica. Se trata de determinar la razón de la obligación: ¿por qué el contratante se obligó a cumplirla? Esta razón abstracta es siempre la misma para cada categoría de contratos.[2]

1° Contratos sinalagmáticos: En estos contratos, la causa de la obligación de cada una de las partes es el compromiso asumido por el cocontratante.[3] Por ejemplo, en la compraventa, la obligación de entregar la cosa vendida tiene por causa la obligación de pagar el precio, y recíprocamente. De este modo, las obligaciones recíprocas funcionan mutuamente como causa unas respecto de otras.

2° Contratos reales unilaterales: La causa de la obligaciones es en estos casos la entrega de la cosa. En el contrato de préstamo,

---

263 (1) Entre los estudios recientes, se consultará con provecho: Perot-Morel, *L'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* 1961, *op. cit.,* p. 233 y ss.; Rieg, obra citada, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique,* 1961, p. 250 y ss.; Terré, obra citada, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications,* 1957, p. 230 y ss.; Seillan, *La cause des obligations en droit comparé, Mélanges Laborde-Lacoste,* 1963, p. 379 y ss. Pero no se olvidará referirse a las obras clásicas de H. Capitant *De la cause des obligations* y de L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques.*

(2) Cf. por ejemplo, Soc. 17 de marzo de 1970, Bull. civ., 1970.V, n° 203, *Rev. trim. dr. civ.,* 1970, p. 760, con obs. de Loussouarn; Montpellier, 23 de junio de 1970 (audiencia sol.), *Rev. trim. dr. civ.,* 1971.134, con obs. de Loussouarn.

(3) Véase una aplicación en Civ. 1ª, 20 de febrero de 1973, Gaz. Pal., 1973.2.565 (citado, n° 235).

la obligación del comodatario de restituir la cosa encuentra su causa precisamente en la entrega de la misma.[4]

3° Contratos a título gratuito: En estos contratos, la causa de la obligación es la intención de beneficiar a otro, independientemente de las razones que han movido al acto de disposición. El donante se obliga porque quiere hacer una liberalidad al donatario.

264. *Críticas dirigidas contra la teoría de la causa.* Una primera crítica que se puede dirigir a la tesis de Domat es que es incompleta. En efecto, si bien Domat considera todos los contratos a título gratuito y todos los contratos reales a título oneroso, al referirse a los contratos consensuales a título oneroso (a los que hay que agregar los contratos solemnes), sólo se preocupa de los sinalagmáticos. Olvida así que existen contratos consensuales a título oneroso que son unilaterales. Es cierto que esta crítica no es

(4) Es necesario ver una aplicación muy estricta en el fallo pronunciado por la primera cámara civil de la Corte de casación el 20 de noviembre de 1974 (J.C.P. 1975.II.18109 con nota de J. Calais-Auloy): una persona había pedido un préstamo para comprar un objeto mobiliario; y es necesario precisar que en la práctica, los dos contratos están ligados, aun si, como en el caso, organismo de crédito y vendedor no son la misma persona. Habiendo caído en quiebra el vendedor, el material no fue entregado. La corte de apelación fue censurada por haber desligado al prestatario de su obligación con fundamento de que esta obligación tenía por causa la entrega de ese objeto mobibliario. En el caso, la causa que mencionaba la Corte de apelación no era sino la causa del contrato, el móvil. Tales injusticias han sido prevenidas desde entonces por la ley n° 22 del 10 de enero de 1978 (protección de los consumidores en el ámbito de ciertas operaciones de crédito), cuyo artículo 9 dispone: "cuando la oferta previa (del préstamo) menciona el bien o el servicio financiado, las obligaciones del prestatario no nacen sino a contar de la entrega del bien o del suministro de la prestación...", recordar art. 9 de la ley n° 596 del 13 de julio de 1979 (crédito inmobiliario). Cpr. en aplicación del artículo 20 del Código Civil que establece una solidaridad entre esposos por las deudas resultantes de "contratos que tienen por objeto el mantenimiento del hogar o la educación de los hijos". Civ. 1ª, 24 de marzo de 1971, D. 1972, D. 1972.360, con nota de Abitbol: préstamos modestos y repetidos contratados por un esposo han sido reputados tener tal "objeto", porque las sumas así tomadas en préstamo debían estar afectadas a gastos hogareños. Se trata en realidad del móvil del préstamo.

muy grave, ya que tales contratos no son los más importantes. Pero de todas maneras, ocurre que entre los omitidos por Domat, tales como la promesa unilateral de venta, la promesa de préstamo, o la promesa de cumplir una obligación preexistente (natural o civil), la obligación que nace en cabeza del deudor está ligada a otra obligación que va a nacer en el futuro (en los casos de promesa unilateral de venta o de promesa de préstamo), o que ya existe (promesa de ejecución). Si el deudor se ha obligado, ha sido en vista de esta obligación de su contraparte. Es aquí donde se encuentra la causa, tal como se puede verificar. La posición de Domat deja de lado estos contratos, bien que esto no constituya una grave omisión.

Más serias son las críticas que los anticausalistas, encabezados por Planiol, han dirigido a la noción abstracta de causa, que es considerada como falsa e inútil:

Falsa:

En un contrato sinalagmático, una de las obligaciones no puede ser causa de la otra porque la causa necesariamente precede al efecto. Aquí, en cambio, las dos obligaciones nacen en el mismo instante.

La teoría clásica es falsa también en lo que refiere a los contratos reales. La entrega de la cosa no es la causa de la obligación de restituir, sino la causa eficiente o generadora (la causa del derecho romano).[1]

En los contratos a título gratuito, la teoría de la causa reposa sobre una confusión entre la causa y los motivos. No es posible separar la intención de beneficiar de los motivos que han determinado al donante.

Inútil:

Para Planiol, la teoría de la causa es inútil tanto desde el punto de vista de la ausencia o falsedad de la causa como desde la consideración de su ilicitud:

264 (1) Cf. *supra*, n° 256.

En los contratos reales, ¿de qué sirve afirmar que sin entrega de la cosa no hay causa, puesto que esta entrega es una condición misma del nacimiento del contrato?

En las liberalidades, la falta de intención de beneficiar se confunde con la ausencia de consentimiento; y es sabido que la falta de consentimiento impide la formación del contrato.

Los anticausalistas afirman también la inutilidad de la causa en los contratos sinalagmáticos: siendo la causa de la obligación de cada una de las partes la prestación de la otra, es decir, el objeto de su obligación, la ausencia de causa de una de las obligaciones implica necesariamente la ausencia de objeto de la otra.

Planiol niega asimismo todo interés a la teoría de la causa sobre el plano de la ilicitud: la ilicitud de la causa se confunde necesariamente con la ilicitud del objeto.

¿Qué decir de estas críticas ? Debe reconocerse, como veremos, que ellas son sólo parcialmente fundadas.

265. *Valor de la teoría de la causa: la noción de causa de la obligación.* En todo contrato a título oneroso el deudor se obliga en función de aquello que recibirá como contrapartida, que puede consistir en un crédito a su favor, tal como ocurre en los contratos sinalagmáticos, o en otras ventajas, tal como la entrega de la cosa en los contratos reales. O bien, en una ventaja anterior al contrato, como ocurre cuando se trata de pagar una deuda preexistente. E incluso, en una prestación que el deudor espera obtener posteriormente. En cualquier caso, lo que nos importa remarcar es que siempre es esa contrapartida lo que incita al deudor a asumir su propia obligación.

Se puede afirmar, entonces, que la causa de las obligaciones creadas por los contratos a título oneroso es la consideración de una contraprestación,[1] lo cual no hace necesariamente referencia

265 (1) París, 18 de diciembre de 1963, J.C.P. 1965.II.14060 con nota de Ghestin, Gaz. Pal., 1964.1.416: "Considerando que las obligaciones nacidas de la convención del... son causadas; que cada uno de los propietarios ha, en efecto, suscrito obligaciones frente a los otros".

al beneficio que el deudor espera obtener del contrato, ya que puede ocurrir que la contraprestación que lo ha llevado a obligarse no le procure ninguna ganancia, sin que por ello el contrato carezca de causa.

Es exacto que, tal como lo observan los anticausalistas, un contrato real no puede formarse sin la entrega de la cosa. Pero no es menos cierto que esta entrega constituye la causa de la obligación de restituir. En efecto, el comodatario se obliga a devolver la cosa justamente porque la ha recibido antes como contraprestación. Y si un día nuestro derecho hiciera del contrato real un contrato consensual sinalagmático,[2] la causa de la obligación de restituir seguiría siendo la consideración de la obligación de entrega que asumiría la otra parte.

Es cierto que la causa precede al efecto. En consecuencia, no se puede sostener que en los contratos sinalagmáticos la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra, porque ambas nacieron simultáneamente. Pero también es verdad que la obligación de una de las partes tiene por causa la consideración del compromiso asumido por la otra: si una de las partes se obliga, es porque tiene en vista la contraprestación de su deudor. Rectificada de esta forma, la teoría clásica ya no es contraria a la lógica: la causa precede al efecto.

En los contratos consensuales unilaterales, si el deudor se obliga, es, o porque ya ha recibido una contraprestación, o porque espera recibirla. Pero hay una categoría de contratos en la que no existe contraprestación: los contratos a título gratuito. Precisamente lo que los caracteriza es que una de las partes se obliga sin perseguir ninguna ganancia, sin recibir nada como contrapartida. La causa es, entonces, distinta: la persona que se obliga en estas condiciones lo hace para prestar un servicio gratuito. La intención liberal, independiente de los móviles subjetivos que varían en cada caso, es la causa de su obligación.

(2) Cf. *supra*, nº 82.

Domat no pretendía afirmar más que esto. Su intención al considerar la causa de las obligaciones no fue otra que la de establecer una oposición entre los contratos a título oneroso y los contratos a título gratuito.

En definitiva, la teoría clásica, corregida en ciertos puntos, no es falsa. Ella revela la realidad, al precisar exactamente el porqué de la obligación.

266. *Utilidad de la teoría clásica de la causa.* ¿Esto implica la utilidad de la teoría de la causa? ¿El análisis de la causa así definida permite anular los contratos? En tal caso, ¿no se superpone con otro medio para llegar al mismo resultado? Si es así, nada se opondría a la supresión de la causa de la obligación como condición de validez de los contratos, tal como lo sostienen los anticausalistas.

Hay que reconocer que la noción de causa abstracta carece de utilidad en materia de validez de los contratos a título gratuito, ya que si falta la intención liberal, o bien el acto es a título oneroso o es la obra de un demente. En este último caso, bastará con probar la falta de consentimiento. Por otra parte, la ilicitud o la inmoralidad sólo pueden afectar los móviles del donante y no la intención liberal considerada en abstracto. Pero la noción de causa es capital para la calificación del acto, pues ella permite distinguir entre una venta constitutiva de lesión y una simple venta a bajo precio acompañada de una donación indirecta de la porción impaga, o entre una donación oculta y el pago de una deuda anterior realmente existente, etcétera.

La utilidad de la causa es más dudosa aún en materia de contratos reales. La entrega de la cosa es en este caso una condición para la formación del contrato. En consecuencia, basta con verificar que la cosa no ha sido entregada para concluir que el contrato no es válido, no siendo necesario recurrir a la causa. Y si la entrega de la cosa es ilícita o inmoral, el análisis del objeto bastará para hacer caer el contrato.

El análisis de la causa de la obligación permitirá, por el contrario, anular los contratos consensuales unilaterales, que no podrían

serlo en base al objeto o al consentimiento. Si he prometido pagar una cierta suma porque creía ser deudor de una obligación natural, mi compromiso será nulo por falta de causa si esta obligación no existía.

Debe igualmente afirmarse la utilidad de la causa abstracta en materia de contratos sinalagmáticos. En efecto, ella explica la interdependencia que existe entre las obligaciones recíprocas al momento de su formación. Se puede incluso sostener que si Planiol y los anticausalistas no han comprendido la utilidad de la causa es porque ésta resulta demasiado evidente. Planiol pretende afirmar que si se ve la causa de una obligación en la obligación de la otra parte, esta última carece de objeto. La observación es exacta. Pero Planiol olvida explicar por qué cuando una de las obligaciones no tiene objeto la otra es nula. Si las obligaciones de las partes no se sirvieran mutuamente de causa, la falta de objeto de una de ellas sólo acarrearía la nulidad de esa obligación, sin afectar a la de la otra parte. La interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático a la que Planiol hace referencia es una constatación y no una explicación.

La explicación se encuentra en la noción de causa: si las obligaciones no pueden nacer en ausencia de la otra, si hay interdependencia al momento de la formación del contrato, es porque la causa de la obligación de una de las partes es la consideración del compromiso asumido por la otra.

Henri Capitant quiso dar un mayor alcance a la teoría de la causa en los contratos sinalagmáticos. La interdependencia de las obligaciones nacidas de estos contratos se presenta no sólo al momento de su formación, sino también durante el curso de su ejecución: la inejecución de una de las obligaciones afecta a la ejecución de la otra. Para Henri Capitant, la interdependencia durante el período de ejecución también se explica con la teoría de la causa: si una de las obligaciones no ha sido ejecutada a raíz del incumplimiento de la otra, es porque la causa ya no existe. Asimismo sostiene que la causa de la obligación de una de las partes consiste no sólo en la consideración del compromiso asumido por la otra, sino también en "la voluntad de obtener la prestación que se pro-

mete a cambio",[1] es decir, la consideración de la ejecución del compromiso asumido por la otra parte.

Nos parece que esta postura va demasiado lejos. En efecto, no debe olvidarse que la causa no es más que una condición para la formación del contrato. Si existía al momento en el que el contrato fue celebrado, éste ha sido válidamente formado, y una circunstancia posterior no puede hacerlo desaparecer, es decir, aniquilar el acto. La obligación que al momento de nacer tenía una causa, no puede luego transformarse en obligación sin causa. En este sentido, la Corte de Casación ha confirmado la sentencia de una Cámara de apelaciones que había declarado, con ocasión de un contrato sinalagmático, "que es al momento de la formación del contrato cuando hay que colocarse para apreciar la existencia de la causa de las obligaciones que él establece".[2]

Por la misma razón, las cuestiones que plantea la incidencia del incumplimiento de una de las obligaciones sobre la ejecución de la otra no pueden ser resueltas acudiendo a la teoría de la causa. Precisaremos este análisis al momento de tratar la resolución judicial,[3] y la teoría de los riesgos de la cosa.[4]

266 (1) *De la cause des obligations*, nº 14.

(2) Civ. 3ª, 8 de mayo de 1974, D. 1975.305 con nota de Larroumet. En el mismo sentido: Civ. 3ª, 16 de noviembre de 1977, J.C.P. 1978.IV.19, D. 1978.I.R.198; 9 de julio de 1980, D. 1981.I.R.312, con obs. de Ghestin. En el mismo sentido y agregando que no se debe tomar en consideración las circunstancias de la ejecución (pero el fallo habla erróneamente de causa del contrato): Com., 30 de junio de 1987, J.C.P. 1987.IV.311, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988.346, con obs. de Mestre. Pero en otro fallo (Civ. 1ª, 16 de diciembre de 1986, Bull. civ., 1986.I, nº 301, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987.750 con obs. de Mestre) ha juzgado: "sin desconocer que la causa, elemento necesario para constitución de contrato, debe existir al día de la formación de éste, la corte de apelación ha considerado que la inejecución por Mme K. de su obligación de prestación sucesiva, justificaba la demanda de M. S. procurando la restitución de una parte de la suma que había pagado en ejecución de su obligación recíproca y correlativa". Este fallo puede significar, pues, que la causa es también, según la tesis de Capitant, la consideración de la ejecución de la contraprestación. Puede ser que él consagrara también una distinción, a veces entrevista, entre causa de los contratos instantáneos y causa de los contratos de ejecución sucesiva. Relación de este último fallo: Civ. 1ª, 3 de marzo de 1982, Bull. civ. I, nº 97, *Rev. trim. dr. civ.*, 1983.153, con obs. de Rémy.

(3) *Infra*, nº 1089.

(4) *Infra*, nº 1109.

La teoría de la causa, por lo tanto, no juega ningún rol en materia de cumplimiento de los contratos sinalagmáticos. Sí lo tiene, en cambio, en lo relativo a la formación de los contratos.

De esta manera se explica que aquellos ordenamientos jurídicos –como el alemán, el suizo o el polaco– que no han admitido la causa de la obligación como requisito para la formación de una serie de actos jurídicos, han debido recurrir al principio de interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático, principio que en el fondo disimula una aplicación de la teoría de la causa. Por otro lado, estas legislaciones renuncian a la idea contractual de la causa de la obligación para reemplazarla –tal como ya lo hacían los romanos–[5] por la del enriquecimiento sin causa.[6] Esta sola constatación bastaría para justificar la necesidad de la causa.

Sin embargo, debe advertirse que, exceptuando los contratos consensuales unilaterales, de escasa importancia práctica, es en los contratos sinalagmáticos donde la teoría de la causa presenta verdadero interés, bien que éste sea de pura técnica jurídica: justificar la interdependencia de las obligaciones al momento de su nacimiento. El contrato sólo será vivificado por la regla moral si, contrariamente a lo sostenido por los anticausalistas de la escuela clásica, se le permite al juez investigar los móviles, la causa, ya no de la obligación, sino del contrato.[7]

B. La causa del contrato

267. *La jurisprudencia analiza los móviles.* La jurisprudencia, siguiendo a la tradición canónica, otorga una gran importancia al análisis de la causa de los contratos, es decir, de los móviles. Es

(5) Cf. nº 258.

(6) B.G.B. arts. 812 a 822; Código suizo de las obligaciones, art. 62.

(7) Cf., sin embargo, sobre la causa ilícita de la obligación, *infra*, nº 273.

así como considera nulos los contratos cuando los móviles que determinaron a las partes eran ilícitos o inmorales.[1]

Es cierto que esto genera una cierta inseguridad en el tráfico contractual. Pero no debe olvidarse que la autonomía de la voluntad tiene por límites el interés social y el orden público, siendo la misión del juez hacer que los particulares los respeten en sus relaciones contractuales.

268. *La causa móvil y determinante.* La causa del contrato es el móvil concreto que ha determinado a cada parte a contratar. Pero estos móviles son numerosos. Una persona compra un automóvil para las necesidades de su comercio, pero también por vanidad. Alguien puede alquilar un departamento para brindar recepciones en un local suntuoso, asegurándose así una cierta situación mundana. La Perrette de la fábula ilustra bien el encadenamiento de móviles próximos y lejanos. Sería, en efecto, peligroso para la estabilidad del contrato tener en consideración todos los móviles. En materia de vicios del consentimiento se exige que el hecho sobre el cual recayó el error haya sido determinante para el contrato.[1] Igualmente, sólo son tomados en cuenta los móviles ilícitos determinantes, es decir, aquellos sin los cuales el contrato no se hubiera celebrado. La jurisprudencia descarta de este modo los móviles ilícitos secundarios.[2] Esta distinción no resulta criticable, a pesar de implicar una cierta arbitrariedad, ya que la tarea del juez no

267 (1) Véase Défossez, Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations, *Rev. trim. dr. civ.*, 1935.521.

Sobre los móviles ilícitos, cf. *infra*, nos 280, 281 y 283. Sobre los móviles erróneos, cf. *supra*, n° 166 e *infra*, n° 279.

268 (1) Cf. *supra*, n° 166; cf. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J., 1969, nos 258 y ss.

(2) Cuando la cláusula de un contrato presenta el carácter de causa impulsiva y determinante, su anulación significa la de todo el contrato, puesto que su ilicitud se extiende por el efecto de la causa a todo el contrato: cf., a propósito de la cláusula de indexación, Civ. 3ª, 24 de junio de 1971, J.C.P. 1972.II.17191 con nota de Ghestin, *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 627, con obs. de Loussouarn; *infra*, n° 880.

consiste en resolver una ecuación matemática, sino decidir en función de lo que se le presenta como verosímil.

Cada vez es más frecuente que el derecho positivo tenga en cuenta la causa del contrato, incluso fuera del campo de lo ilícito o inmoral. Si bien la terminología es a menudo defectuosa (se usa a veces erróneamente la fórmula "objeto del contrato",[3] no hay dudas en cuanto a la intención de lo que se quiere decir. Es así como se lo encuentra en materia de préstamo, cuyo régimen puede variar según sean los móviles perseguidos por quien recibe el préstamo.[4]

269. *Para que el móvil ilícito determinante sea considerado causa del contrato, ¿debe haber sido conocido por el cocontratante?* Siendo que el móvil es individual, se debería tener en cuenta el motivo ilícito determinante, independientemente de si fue conocido o no por la otra parte. Sin embargo, tanto la jurisprudencia –en su corriente mayoritaria, al menos–, como la doctrina, hacen una distinción entre los actos a título oneroso y los actos a título gratuito.

En la idea de no debilitar la seguridad en los contratos, los tribunales han estimado que en los contratos a título oneroso, el motivo ilícito determinante sólo es causa del contrato, pudiendo acarrear así su nulidad, si fue conocido por la otra parte. Se quiere evitar a esta última el perjuicio que pudiera provocarle la nulidad, ya que correría el riesgo de no poder obtener la restitución de su propia prestación: *certat de damno vitando*. Pero esta distinción sólo vale si la parte que ignoraba el móvil ilícito es aquélla contra quien se ejerce la acción de nulidad. Es diferente si quien acciona ha tenido una conducta irreprochable en la conclusión del acto. Es, por ejemplo, el caso de quien alquila o vende un inmueble a un

(3) *Supra*, nos 231 y 244.

(4) Cf. *supra*, n° 263. *Adde*, entre los textos relativos a la protección del consumidor: ley n° 22 del 10 de enero de 1978; ley n° 596 del 13 de julio de 1979.

individuo que tenía pensado instalar allí una casa de tolerancia. De acuerdo a lo dicho, no se podría rechazar la acción de nulidad sobre la base de que el fin ilícito de una de las partes era ignorado por la otra. Esta ha sido, sin embargo, la solución dada por la Corte de Casación.[1]

Conviene aplicar la misma solución prevista para el cocontratante que conocía el móvil ilícito al caso de aquel que normalmente habría debido conocerlo. Es el supuesto de aquel que presta dinero a un jugador en una sala de juegos. La apreciación subjetiva del conocimiento del móvil es reemplazada aquí por una apreciación *in abstracto:* cuando normalmente un contrato tiene según el saber público un fin determinado, no puede sostenerse su ignorancia.[2]

Por el contrario, en el caso de los contratos a título gratuito, se estima irrelevante el hecho de que el motivo ilícito determinante haya sido conocido o hubiera debido ser conocido por la otra parte. Si el motivo determinante del donante es ilícito, la donación será nula, aun cuando el donatario hubiera ignorado tal circunstancia. Está claro que deberá restituir la cosa recibida, pero no habiendo dado nada a cambio, no sufre ninguna pérdida: *certat de lucro captando.* Esta es una razón para tratar este supuesto de forma más severa que el del contrato a título oneroso. Por otra

269 (1) Civ. 1ª civ., 4 de diciembre de 1956, J.C.P. 1957.II.10008 con nota de J. Mazeaud. Sin embargo, otras decisiones se han conformado con que el contratante haya conocido el móvil ilícito de la otra parte: Req. 4 de agosto de 1947, Gaz. Pal., 1947.2, tablas, ver obligaciones, nº 4; París, 12 de noviembre de 1947, Gaz. Pal., 1949.2.48. Estos fallos son citados por Weill (*In Connaissance du motif illicite ou inmoral déterminant et exercice de la action en nullité, Mélanges Marty,* p. 1165 y ss.). Para los actos a título oneroso el autor rechaza la exigencia del fin común ilícito o inmoral, en beneficio del simple conocimiento por el cocontratante inocente, del móvil del adversario; para las liberalidades, reconoce que salvo algunas excepciones, el conocimiento, por el demandante, del móvil ilícito o inmoral del disponente no es requerido por la jurisprudencia, pero se pregunta finalmente acerca del carácter bien fundado de la distinción entre acto a título oneroso y acto a título gratuito.

(2) Cf. la posición vecina de la jurisprudencia en materia de error, *supra,* nº 166.

parte, la inseguridad del contrato es menos grave en las liberalidades que en los actos a título oneroso. En fin, no hay dudas de que en las liberalidades, si bien el consentimiento del beneficiario es necesario, el que juega el rol primordial es el del autor de la liberalidad. A pesar de estas razones, la jurisprudencia no es unánime en considerar como causa ilícita de una liberalidad un motivo determinante que había sido ignorado por el beneficiario.[3]

270. *Conclusión.* Los causalistas sólo han querido conservar el aspecto técnico de la causa canónica. Han temido, en cambio, al poder de control del juez sobre los motivos perseguidos por las partes, en razón de la inseguridad contractual que produciría. Al despojar al contrato de los móviles determinantes de las partes, lo han convertido en una materia inerte, abstracta, ajena en gran medida a los conceptos morales.

Pero los tribunales no han aceptado verse constreñidos al ejercicio del mero rol técnico que se les quería asignar. Por el contrario, se preocupan de investigar el fin perseguido por las partes, haciendo de éste una parte constitutiva del contrato, considerando que es de este modo como se defiende el interés social contra los sujetos inescrupulosos. La validez de un contrato ya no depende solamente de la existencia de condiciones técnicas, sino de la rectitud y de la moralidad de los fines perseguidos.

(3) Cf. Req. 24 de junio de 1936, S.1936.1.348.

"GARRIGUES, DIAZ-CAÑABATE, GOMEZ-ACEBO
Y COMPAÑIA, LIMITADA"

LUIS DIEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil

D° Civ
D 568 fol
1993
v.1

FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

VOLUMEN PRIMERO

INTRODUCCION
TEORIA DEL CONTRATO

CUARTA EDICION

EDITORIAL CIVITAS
MADRID, 1993

CAPITULO VIII

EL OBJETO DEL CONTRATO

§ 1. LA PROBLEMATICA DEL OBJETO DEL CONTRATO

1. El «objeto del contrato» como exigencia legal

El art. 1.261 CC exige para que haya contrato que exista un «objeto cierto que sea materia del contrato». ¿Qué se entiende por objeto del contrato? El tema del objeto del contrato ha sido un tema poco debatido por la doctrina, aunque es por demás oscuro y complejo. Obedece esta complejidad acaso al sentido de la palabra «objeto», que no sólo es multívoca, sino que es además un concepto no jurídico aplicado a realidades y esquemas jurídicos. ¿Cuál es el objeto del contrato? La doctrina y el Derecho Positivo, aun sin haber hecho del tema, como hemos dicho, una cuestión polémica, suelen adoptar posiciones no siempre coincidentes, que quizá por ello convenga examinar con algún detenimiento.

2. Las cosas y los servicios como objeto del contrato

Una primera dirección, acaso la más simplista y la más carente de prejuicios conceptuales, considera como objeto de contrato a las «cosas» y a los «servicios» a que el contrato se refiere. Así, en el art. 1.126 del CC francés se dice que todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar o que una parte se obliga a hacer o a no hacer, añadiendo el art. 1.127 que el simple uso o la simple posesión puede ser, como la cosa misma, objeto de contrato.

Ambos preceptos del Código Civil francés se encuentran dominados, como enseguida se observa, por una completa confusión conceptual. Se habla de «cosa» en un sentido vulgar y extraordinariamente amplio, incluso con impropiedad, pues las cosas como realidades exteriores pueden ser objeto de las obligaciones de dar, pero no de las de hacer o no hacer, que en muchas ocasiones pueden agotarse en el puro servicio, en la simple conducta de la persona, sin que sea necesario referir este hacer a una realidad del mundo exterior (hacer alguna cosa).

Por su parte, el art. 1.127 introduce un nuevo punto de confusión, cuando queriendo aclarar dice que la cosa puede considerarse en sí misma o en su uso o en su posesión,

BIBLIOGRAFÍA: ALEGRE, *La extracomercialidad y sus consecuencias*, «RPD», 1971, pág. 139; CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pág. 114; CASTRO Y BRAVO, *El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, «ADC», 1976, pág. 1141; DE LOS MOZOS, *El objeto del negocio jurídico*, «RDP», 1960, pág. 372; DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Madrid, 1957; GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979; GETE-ALONSO, *Comentario a los arts. 1.271 a 1.273*, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pág. 473; ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975; ROVIRA JAÉN, *La compraventa de cosa futura*, «Estudios de Derecho Privado», II, 1965, pág. 120.

pues el uso y la posesión no tienen ni pueden tener valor de objeto. El uso y la posesión determinarán la calidad o la naturaleza de los poderes que hayan de ejercitarse sobre la cosa, pero el objeto del contrato no cambia, porque éste contemple la cosa como usada o como poseída. El objeto será en todo caso la cosa.

En la misma línea de pensamiento se encuentra nuestro Código Civil que, sin embargo, perfila mucho más las ideas que recibe del Code Napoleón. Para nuestro Código Civil todo contrato precisa un objeto cierto que sea «materia» del mismo (art. 1.261).

Desenvolviendo esta idea, el art. 1.271 afirma que pueden ser objeto del contrato todas las «cosas», aun las futuras, que no estén fuera del comercio de los hombres y que pueden ser igualmente objeto de contrato todos los «servicios» que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. Este binomio —cosas y servicios— se reitera en el art. 1.272, según el cual no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles. Se incide aquí en una confusión lógica por cuanto la idea de posibilidad puede predicarse del hacer del hombre —servicios—, pero no de las realidades exteriores —cosas—; las cosas no son en sí mismas posibles o imposibles; las cosas existen o no existen. Puede hablarse de la imposibilidad del evento que determina su existencia, pero en este caso nos encontramos frente a casos de inexistencia, no en rigor de imposibilidad. Lo cierto sin embargo es que el Código Civil desdobla al objeto del contrato en dos direcciones —cosas y servicios.

Esta es también la opinión de la doctrina usual. Y así se dirá que el objeto del contrato de compraventa es la cosa vendida y el precio —cantidad de dinero o del signo que lo representa— que haya de pagarse por ella. El objeto del contrato de arrendamiento es la cosa cuyo goce o uso se cede y el precio cierto que ha de pagarse por la cesión del uso. Conforme al art. 1.545, los bienes fungibles no pueden ser «materia» de este contrato. *A contrario sensu* podrán serlo los bienes no fungibles. Bienes, pues, en sentido de cosas. El objeto de los contratos de depósito, préstamo y comodato son las cosas que se depositan o que se prestan. El objeto del contrato de seguro son los bienes asegurados y la indemnización o precio de que el asegurador responde.

En el mismo sentido también el objeto del contrato de mandato es un «servicio» que el mandatario debe prestar o un hacer del mismo por cuenta y encargo del mandante. Lo mismo acontece en el contrato de arrendamiento de servicios (art. 1.583).

Existe alguna confusión cuando se trata del objeto del contrato de sociedad. El art. 1.666 afirma que «la sociedad debe tener un *objeto* lícito» y la doctrina usual configura sobre esta base como objeto del contrato de finalidad que a través del contrato tratan los asociados de obtener. Este mismo concepto —«el objeto a que se consagre»— aparece en el art. 1.670, en el sentido de finalidad. Sin embargo, la idea no es congruente. Si objeto de contrato son las «cosas o servicios», objeto del contrato de sociedad, para ser lógicos, deberán ser los bienes o cosas que se ponen en el fondo común y la industria o actividad —servicios— que los socios realizan. En este sentido el art. 1.678 dice que la sociedad particular tiene solamente por «objeto» cosas determinadas, su uso, sus frutos o una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte.

Así pues, y como ya hemos dicho, de acuerdo con la doctrina dominante, el objeto del contrato son las cosas o servicios a que el contrato se refiere. Sin embargo, pueden hacerse a este modo de pensar serias objeciones. Por de pronto, existen tipos contractuales a los cuales no cabe aplicar esta idea.

En el contrato de cesión de créditos y demás derechos incorporales el objeto no es ya una cosa, ni tampoco un servicio, sino un crédito, un derecho, una acción (art. 1.526); en definitiva, un derecho subjetivo, un poder jurídico cuya titularidad ostenta una de las partes. Y la objeción no se allana diciendo que los derechos son en este punto cosas —«cosificación de los derechos subjetivos»—, pues ello es, desde un punto de vista lógico, absurdo y ficticio. Cabe admitir —no es este el momento de discutirlo— que un derecho subjetivo sea objeto de un negocio jurídico o incluso objeto de otro derecho. Pero es distinto ser «objeto» y ser «cosa» —realidad del mundo exterior—. La equiparación objeto de derecho y cosa, sobre presuponer un concepto amplísimo de este último término, lo diluye y lo deja sin explicación. Cosas son las realidades del mundo exterior. Los derechos subjetivos, sin embargo, que no son cosas, en auténtico sentido, parece que pueden ser objeto de un contrato.

Si en lugar de pensar en el contrato de cesión de créditos observamos el contrato de asunción de deuda *(Schuldübernahme)*, deduciremos que en él el objeto es no ya la titularidad de un poder jurídico, sino la de un deber, que en definitiva es lo que mediante el contrato pasa de uno a otro sujeto.

La idea que estamos examinando —cosas y servicios como objeto de contrato— tampoco es aplicable en otros tipos contractuales. El objeto de un precontrato o contrato preliminar, ¿es una cosa o un servicio? La doctrina ofrece en este punto un buen ejemplo de perplejidad. Para algunos autores serían objeto del contrato preliminar las mismas cosas o los mismos servicios que habrán de ser posteriormente objeto del contrato definitivo. Habría así una identidad objetiva entre el contrato preliminar y el contrato definitivo. Pero con ello —identidad objetiva además de identidad subjetiva y de identidad funcional— se borra la distinción entre contrato preliminar y contrato definitivo. Por esto la doctrina suele decir que el objeto del contrato preliminar es el contrato definitivo. Sin embargo, ocurre que o bien este objeto, en cuanto realidad, es un objeto futuro y que el precontrato es un contrato con objeto futuro, lo cual es en rigor absurdo; o bien, que el objeto no es el futuro contrato como realidad, sino en cuanto idealmente contemplado por las partes, contrato con un objeto ideal, lo cual es absurdo también. Más exacto parece decir que el objeto del contrato preliminar es la conclusión del contrato futuro, es decir, la actividad de las partes o el comportamiento dirigido al establecimiento del contrato definitivo. Y en este caso será menester reconocer que el objeto del contrato no es desde luego una cosa; tampoco, aun siendo un *facere*, parece revestir el carácter de servicio.

Dificultades muy similares plantea el problema del objeto del contrato en los llamados contratos normativos, es decir, en aquellos contratos a través de los cuales la voluntad de las partes atiende a preceptuar o reglamentar los contratos que en el futuro pueden establecerse; contratos que no producen obligación de concluir un contrato futuro, sino la obligación de dotar a los contratos de un determinado tipo que en lo futuro se establezcan de un determinado contenido.

Dificultoso aparece también el tema del objeto del contrato en materia de convenio arbitral donde la ley no contempla como soporte material del negocio determinados bienes o determinados servicios, sino algo completamente distinto como puede serlo la controversia, el conflicto o la cuestión que entre las partes existe; controversia a la que, por otra parte, se aplican precisamente los requisitos objetivos del contrato: licitud y determinación.

La teoría de las cosas y servicios como objeto del contrato se nos ofrece así como insuficiente, aun dados los términos del art. 1.272, para abarcar toda una serie de fenómenos contractuales que están comprendidos en nuestro propio Derecho positivo.

3. La prestación como objeto del contrato

Una segunda dirección que se perfila en el derecho alemán pone de moda, como objeto del contrato, a la prestación *(leistung)*. La prestación es un comportamiento de una de las partes que tiene un valor económico y ofrece interés para la otra.

Esta es la idea que parece presidir el moderno Código Civil italiano (arts. 1.346-1.349). Cierto que en ninguno de los citados preceptos se define lo que haya de entenderse por objeto de contrato, ya que en los mencionados artículos se limita el Código a reglamentar los requisitos objetivos del contrato, pero de su redacción puede deducirse con facilidad que como objeto de contrato se piensa la «prestación». En el art. 1.347 bajo la rúbrica de «posibilidad sobrevenida del objeto» se habla de «prestación inicialmente imposible» que deviene posible. En el art. 1.348 se menciona la «prestación de una cosa futura» y en el art. 1.349, bajo la rúbrica de «determinación del objeto», se habla de «determinación de la prestación». MESSINEO confirma esta interpretación y frente a ella no vale el argumento de CARIOTA FERRARA en el sentido de que la ley ha distinguido el objeto de la obligación (art. 1.174) y el objeto del contrato (arts. 1.346 y sigts.), pues lo cierto es que el art. 1.174 —«la *prestación* que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica, etcétera»— y los arts. 1.346 y sigts. están contemplando una misma realidad: la prestación. Se confunden así el objeto de la obligación y el objeto del contrato. La doctrina italiana acepta esta conclusión.

En realidad, la objeción más grave a esta dirección está hecha ya. Se confunde el objeto del contrato con el objeto de la relación obligatoria. Objeto del contrato de compraventa o de arrendamiento serán no ya la cosa y el precio, sino el comportamiento del vendedor o del arrendador destinado a entregar la cosa y el comportamiento del comprador o del arrendatario de pagar el precio. En el préstamo y en el comodato el comportamiento de quien ha recibido unas cosas dirigido a restituirlas. En el depósito el comportamiento del depositario en orden a la custodia y devolución.

Pueden así quedar explicados bajo un denominador común los supuestos que en la dirección anterior aparecían incongruentes con la idea rectora: los contratos de cesión de derechos y de asunción de deudas, cuyo objeto sería el comportamiento de las partes dirigido a transmitir el derecho o el deber; los contratos preliminares y los normativos cuyo objeto sería la conducta de las partes determinada a obtener el futuro contrato o a observar en el contrato futuro una determinada reglamentación; el contrato de compromiso, cuyo objeto sería el comportamiento de los árbitros, ordenado a resolver el conflicto y el comportamiento de los litigantes ordenado a aquietarse con la resolución.

Sin embargo, el defecto inicial —la confusión del objeto del contrato con el objeto de la relación obligatoria— es grave. Cabría, por lo menos, objetarle que el contrato es un fenómeno jurídico con aplicación a todo el campo del Derecho patrimonial, y no exclusivamente al campo de las relaciones obligatorias; que puede tenerse contrato y en cambio no existir obligación; esto cabe en los contratos inmediatamente traslativos de derechos reales, cuando se admitan, o en los contratos inmediatamente constitutivos de un derecho real, como son por ejemplo el contrato destinado a constituir una hipoteca —que exige solamente la inscripción— y en el contrato en virtud del cual se crea una servidumbre negativa, en la que por su naturaleza no cabe acto alguno de transferencia de posesión y queda necesariamente fuera del principio general de necesidad de la tradición.

Parece de esta manera inadmisible la teoría que configura como exclusivo objeto del contrato la prestación.

Ello hace necesario examinar aún alguna nueva dirección contenida también en la doctrina.

4. La obligación como objeto del contrato

En otro sentido se ha dicho que el objeto del contrato es en realidad la obligación que por el contrato se constituye, se modifica o se extingue. Si se arguye con la observación, ya hecha en líneas anteriores, de que existen contratos que no inciden sobre una relación obligatoria, sino sobre una relación jurídico-real, el argumento se allanará concibiendo como objeto del contrato no la relación obligatoria en particular, sino en general la relación jurídica patrimonial.

A ello cabe objetar que la relación jurídica sobre la cual incide el contrato no es su «objeto», sino su «efecto», en cuanto que la relación es una realidad derivada del contrato, producida por él, emanada del contrato. Y no puede decirse, como parece apuntar ALBALADEJO, que el objeto del contrato son estas relaciones a las que el contrato da vida contempladas no como efecto del contrato, sino antes de su producción, porque entonces el objeto del contrato no es la relación, sino la contemplación ideal de la relación y de esta manera se esfuma nuevamente el objeto del contrato.

5. Crítica de la idea de «objeto del contrato»

Por todas estas dificultades algún sector de la doctrina ha negado que pueda hablarse en sentido estricto de objeto de contrato. Así dice COLIN-CAPITANT que hablando con propiedad un contrato no tiene objeto. El contrato es un acto jurídico que produce el efecto de crear obligaciones ya a cargo de las dos partes, ya a cargo de una de ellas. Son las obligaciones las que tienen un objeto, no en rigor el contrato. De ahí el que sólo de un modo elíptico se pueda hablar de objeto del contrato.

6. El problema del objeto del contrato

Para resolver el problema es preciso delimitar antes las ideas de «objeto» y de «contrato». Por contrato se entiende el negocio jurídico bilateral de contenido económico patrimonial. Por objeto, la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato, en cuanto negocio, incide. Por esto, se dice que el objeto es siempre la materia social afectada, la realidad social acotada como base (CASTRO); que el objeto del contrato es la «materia» de éste, un *quid* externo, un *quid* material (CARIOTA FERRARA). De aquí que como objetos de contrato sea preciso admitir las más variadas realidades; las cosas u objetos corporales; las energías naturales, que no parecen entrar en rigor en el concepto estricto de cosas; las creaciones del ingenio, la obra intelectual, el invento; las situaciones de poder o de deber de que los sujetos son titulares; el comportamiento de las personas en cuanto puede proporcionar una utilidad o un valor económico o servicios; el dinero como pura medida de valor; determinadas *universitates iuris;* los títulos valores que tampoco son en sentido estricto cosas. La enumeración no puede ser exhaustiva.

El problema radica entonces en englobar bajo un concepto unitario toda esta multiforme realidad. BETTI lo encuentra en la idea de interés *(quod inter est)*. Objeto del contrato serán los intereses de las partes que el negocio está llamado a reglamentar. La idea de interés sin embargo es difusa. Interés tanto puede significar la relación objetiva del hombre con esta realidad que se presenta como útil, cuanto el móvil, apetito o fin subjetivado que mueve al hombre a actuar, a relacionarse con esta útil realidad, a «interesarse» por ella. Debe, a nuestro juicio, sustituirse el concepto de interés por el concepto de «bien», como aquella realidad susceptible de utilidad y de interés. Circunscrito, sin embargo, el contrato al mundo del Derecho patrimonial, su objeto queda delimitado así por aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes.

§ 2. LOS REQUISITOS OBJETIVOS DEL CONTRATO

7. La teoría de los requisitos objetivos del contrato

La teoría de los requisitos objetivos del contrato ha sida elaborada por la doctrina con base en las prescripciones establecidas en los arts. 1.271, 1.272 y 1.273 CC. De ellos se deduce que los requisitos objetivos del contrato pueden agruparse bajo las siguientes categorías: *a)* posibilidad; *b)* licitud; *c)* determinación.

8. La posibilidad del objeto del contrato

La exigencia de que el objeto del contrato sea un objeto posible la formula nuestro Código en el art. 1.272, diciendo, en sentido negativo, que «no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles». En sentido contrario, debe entenderse que, para poder ser objeto de un contrato, las cosas y los servicios deben ser posibles. Ello es, además, una exigencia institucional, puesto que si todo contrato implica una vinculación o un compromiso de realización de unas prestaciones futuras, el contrato sólo puede ser eficaz si tales prestaciones son posibles. *Ad impossibilia nemo tenetur; impossibilium nulla est obligatio.* Nadie puede obligarse a algo que es imposible.

Obsérvese que en el art. 1.272 nuestro Código Civil predica la exigencia de posibilidad indiferenciadamente respecto de las cosas y de los servicios. Sin embargo, respecto de uno y otro supuesto la posibilidad como requisito del contrato ofrece unas características diferentes. Respecto de las cosas, la posibilidad es un «poder ser» o un «poder existir» tales cosas, esto es, una existencia actual o una existencia futura posible. Respecto de los servicios, el requisito de posibilidad es un «poder hacer», es decir, un poder realizar la persona aquel comportamiento en que el servicio consiste o un poder desplegar aquella actividad a que el contratante queda comprometido.

Para poder ser objeto de un contrato, las cosas han de tener una existencia actual o una existencia futura posible. Se sigue de ello que pueden constituir objeto de contrato

las cosas existentes en el momento de la celebración del contrato, pero no en cambio las cosas que en este momento han dejado ya de existir, v. gr.: porque han sido destruidas o han perecido. El art. 1.460 hace una aplicación de esta idea cuando dice que «si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato».

Un contrato sobre cosas que han dejado de existir ya en el momento de su celebración puede llegar a otorgarse por la concurrencia de alguna de estas circunstancias: *a)* Existe una común ignorancia de ambas partes acerca de la anterior destrucción o perecimiento de las cosas sobre las cuales contratan. En este caso el contrato es nulo por falta de objeto y existe además un error común sobre la base del negocio. *b)* Una de las partes ignora la anterior destrucción o perecimiento de las cosas y la otra en cambio lo conoce. En este caso el contrato es también nulo por falta de objeto, si bien existiendo mala fe de la parte que es consciente de la imposibilidad, ésta puede incidir en culpa *in contrahendo* y deberá resarcir el interés negativo. *c)* Ambas partes actúan conscientes de la imposibilidad. En este caso el contrato es también nulo, cualesquiera que puedan haber sido las motivaciones que hayan impulsado a los otorgantes a celebrarlo, pues nadie puede obligarse a celebrar algo imposible.

La exigencia de posibilidad del objeto del contrato se predica también respecto de los servicios, cuando el contrato recaiga sobre ellos. Los servicios contratados deben ser posibles, en el sentido de que debe ser posible ejecutar aquel comportamiento o desplegar aquella actividad en que el servicio consiste. Esta posibilidad de ejecución debe medirse con arreglo a criterios de posibilidad física de realización y también con arreglo a criterios de razonable realización de los intereses en juego.

9. Los contratos sobre cosas futuras

El art. 1.271 CC admite que pueden ser objeto del contrato las cosas futuras. El contrato puede recaer, por tanto, sobre cosas que no tienen una existencia actual en el momento de su celebración, pero que pueden llegar a tener una existencia en un momento posterior o futuro. La posibilidad de existencia futura de las cosas objeto del contrato hay que medirla, en primer lugar, con arreglo a criterios de orden físico y, en segundo lugar, de acuerdo con los fines empíricos y razonables que por medio del negocio tratan de realizar las partes. Por ejemplo: aunque llegar a la luna es hoy posible, la venta de una parcela lunar de la que algunas veces hablan los periódicos sería jurídicamente un negocio sobre un objeto imposible.

Los contratos sobre cosas futuras pueden articularse sobre dos maneras distintas, según que uno de los contratantes asuma el riesgo de que la cosa futura no llegue a producirse o bien que el contrato quede en suspenso y sólo despliegue sus efectos si la cosa llega a tener una existencia real.

a) En el primero de los casos, que es el caso de la llamada *venditio spei*, el contrato es un contrato aleatorio y de ejecución incondicionada. El comprador de la *spes* está obligado a pagar el precio, aun cuando la cosa futura no llegue a producirse.

b) En el segundo caso, que es el de la llamada *venditio rei speratae,* el contrato sólo se ejecuta si la cosa esperada llega a tener una existencia real. El comprador de la *res sperata* sólo está obligado a pagar el precio cuando la cosa nace y llega a tener existencia.

En todos los casos en que el contrato recae sobre cosas futuras, los contratantes asumen la obligación de realizar todas aquellas actividades que sean necesarias y que estén en su mano para lograr que la cosa futura llegue a tener una existencia real, y, al mismo tiempo, a omitir todas aquellas actividades que pongan en peligro o que impidan la futura existencia de la cosa, v. gr.: el vendedor de un piso en un edificio que se construirá asume contractualmente la obligación de construir.

10. Las causas de la imposibilidad

La doctrina dice que la «imposibilidad», como categoría jurídica utilizable para calificar el objeto del contrato, puede deberse a causas o razones muy diferentes, que sin embargo, es necesario examinar. EMMERICH señala que son fundamentalmente tres:

1.ª La imposibilidad debida a causas naturales. Las leyes de la naturaleza y las capacidades humanas en un determinado momento hacen que ciertas actividades sean imposibles. Por ejemplo: organizar un viaje de recreo al planeta Marte o dar vida a un centauro.

2.ª La imposibilidad de carácter legal o de carácter jurídico. El objeto contemplado por las partes, como materia sobre la que su contrato recae, puede chocar con una prohibición legal o con un precepto normativo que lo impida. En estos casos, aunque físicamente existe posibilidad, se da una imposibilidad jurídica, que debe equipararse a la primera.

Los supuestos de imposibilidad jurídica del objeto del contrato los examinaremos inmediatamente desde el prisma de la licitud como presupuesto objetivo del contrato.

3.ª La imposibilidad de carácter fáctico o práctico. La doctrina propende a equipar a los supuestos de imposibilidad aquellos casos en que la realización de la prestación contractual sólo puede conseguirse enfrentándose a dificultades de muy difícil superación, de manera que a ninguna persona razonable se le ocurriría la idea de contratar sobre ellas. No se trata, bien entendido, de las dificultades que originan una mayor onerosidad o que determinan una exorbitante desproporción entre las prestaciones, tal y como contractualmente se encontraban establecidas. Se trata, más bien, de la irracionalidad de un compromiso sobre determinadas actividades. El ejemplo clásico, dice el autor citado, es la búsqueda de un anillo en el fondo del mar, o, por utilizar un refrán, «buscar una aguja en un pajar».

11. La imposibilidad del objeto del contrato y sus modalidades

La regla de que el objeto del contrato ha de ser posible, para que aquél sea válido y eficaz y, en sentido inverso, que la imposibilidad determine la invalidez, exige alguna puntualización en orden a las características que tal imposibilidad debe revestir para que la mencionada consecuencia jurídica se produzca. Hay que investigar también cuáles son los efectos que producen las variantes de la imposibilidad. Ello impone distinguir los tipos de imposibilidad con arreglo al momento en que se produce, al ámbito objetivo que alcanza, a su duración y al número de personas que por ella se ven afectadas, porque no todos los tipos de imposibilidad comportan idéntico tratamiento jurídico.

La doctrina ha distinguido tradicionalmente las siguientes modalidades de la imposibilidad: *a)* imposibilidad originaria y sobrevenida; *b)* imposibilidad total y parcial; *c)* imposibilidad transitoria y prolongada; *d)* imposibilidad objetiva o absoluta y subjetiva o relativa.

12. Las diferencias entre la imposibilidad originaria y la imposibilidad sobrevenida

La imposibilidad que determina un defecto objetivo de los presupuestos de la contratación válida, y por tanto, la nulidad del contrato, es la que puede llamarse y se ha llamado originaria, es decir, la ya existente en el momento de la celebración del contrato, porque en el momento de la celebración del contrato lo prometido en éste era ya de imposible cumplimiento. Por ejemplo: las cosas que deben ser entregadas como consecuencia del contrato no existen ya en el momento de celebrarse aquél o se han destruido o perecido; los servicios prometidos en virtud del contrato eran ya imposibles en el momento en que éste se celebró. Cuando la imposibilidad es originaria, si además de ello se dan el resto de las condiciones que luego se examinarán, el contrato nace inválido e ineficaz, puesto que nadie puede comprometerse u obligarse a realizar algo imposible; ello naturalmente sin perjuicio de la responsabilidad en que puede incidir el contratante que otorga el contrato conociendo la imposibilidad, lo que pertenece al terreno de la llamada *culpa in contrahendo* que será examinada más adelante (*infra* pág. 271).

En cambio, en la imposibilidad sobrevenida, el objeto del contrato era posible en el momento de su celebración y deviene imposible en un momento posterior. En tal caso no puede hablarse de una invalidez del contrato, porque éste ha nacido válido y las partes se han obligado a algo que en aquel momento era posible, de suerte que se han obligado eficazmente. La imposibilidad sobrevenida, que queda al margen de nuestro estudio ahora, crea una vicisitud posterior en la vida del contrato, cuyo examen pertenece a la fase del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones

y de responsabilidad contractual. Se trata de un fenómeno necesitado de un tratamiento especial que haremos en el volúmen siguiente.

13. La imposibilidad total y el problema de la imposibilidad parcial

La imposibilidad que determina un defecto de los presupuestos objetivos del contrato es la que se refiere a la totalidad de él. ¿Qué ocurre, en cambio, cuando la imposibilidad es meramente parcial? Por ejemplo: se ha quemado o destruido una parte de la cosa que se arrienda; de la totalidad de la extensión de la finca que se vende sólo es posible la entrega de una parte porque el resto pertenece a una tercera persona. En nuestro Código Civil no existe una solución general para este problema. Al regular el contrato de compraventa el art. 1.460, que, en su párrafo primero contempla el caso de la imposibilidad total, diciendo que, «si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato»; en el párrafo segundo aborda el problema de la imposibilidad parcial, diciendo que si la cosa objeto de la venta «se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando el precio en proporción al total convenido».

Los autores señalan que el problema de la imposibilidad parcial del objeto del contrato tiene que resolverse a través de una interpretación o integración de la voluntad de las partes. Si los contratantes hubieran querido el contrato sin la parte de objeto imposible, el contrato debe valer, aunque naturalmente con una justa corrección en la contraprestación proporcional reducción del precio. En cambio, si los contratantes no han querido el contrato sin aquella parte que era imposible, éste debe considerarse nulo. En la duda, el contrato debe ser considerado como un todo. Sin embargo, una línea de pensamiento que se dirija a buscar una concorde voluntad conjetural de los contratantes habrá de ser siempre, por hipótesis, solamente probable. Por ello parece mejor criterio para la solución del conflicto atender al interés del contratante que debía recibir la prestación parcialmente imposible. Se puede generalizar la regla del art. 1.460 del siguiente modo: si el objeto del contrato fuere imposible en parte, el contratante acreedor de la prestación parcialmente imposible podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte posible con una proporcional reducción de la contraprestación.

14. La imposibilidad transitoria y la imposibilidad duradera

Se trata de una distinción que fue acuñada por F. MOMMSEN. La imposibilidad contemplada por el art. 1.276 CC y la que determina la invalidez del contrato es aquella que, además de ser originaria y total, es también duradera.

No puede, en cambio, decirse lo mismo de aquella imposibilidad, que, aun existiendo en el momento de la celebración del contrato, es puramente transitoria. Cuando el tema se examine en materia de cumplimiento de las obligaciones, comprobaremos cómo un impedimento transitorio de prestación da lugar únicamente al fenómeno de la mora, pero no supone nunca un incumplimiento definitivo. La regla puede y debe ser la misma cuando se trata de una imposibilidad originaria. La imposibilidad originaria transitoria no hace nulo el contrato. Si la obligación contractual ha sido establecida como pura y no ha quedado sujeta a plazo, habrá mora del deudor. Lo mismo ocurrirá si, aunque se establezca un plazo, el impedimento subsiste todavía en el momento de la finalización del plazo. Por lo demás, en relación con el tiempo a que razonablemente puede quedar sometida la espera del acreedor, nos limitaremos a lo que sobre este punto diremos al establecer las líneas de frontera entre el incumplimiento de carácter temporal y el incumplimiento definitivo.

15. La imposibilidad absoluta y la relativa

Desde el Derecho común, la doctrina viene distinguiendo una imposibilidad absoluta u objetiva y una imposibilidad simplemente relativa o subjetiva. La imposibilidad es absoluta cuando la prestación prometida en virtud del contrato no puede ser llevada a cabo por ninguna persona en ningún momento. La imposibilidad, en cambio, es relativa, cuando la prestación o el servicio prometido, que es posible en términos generales, es, sin embargo, imposible para el promitente en las condiciones de tiempo y lugar en que lo ha prometido. Para distinguirla del concepto estricto de imposibilidad (que es la absoluta), puede hablarse en estos casos de una «ineptitud del deudor» para la prestación. La imposibilidad absoluta determina un defecto radical en uno de los presupuestos objetivos de eficacia del contrato: el contrato cuyo objeto es absolutamente imposible, es inválido e ineficaz. ¿Qué tratamiento debe darse a la imposibilidad relativa? La doctrina distingue entre las prestaciones de carácter personalísimo y las demás. Llamamos prestaciones personalísimas a aquellas en que la persona que debe ejecutar la prestación identifica necesariamente ésta, de manera que no puede ser ejecutada por ninguna otra persona. La imposibilidad relativa en los casos de prestaciones personalísimas se equipara, por regla general, a la imposibilidad absoluta. Naturalmente, ello no excluye la responsabilidad del contratante, que, conociendo su propia imposibilidad o debiendo conocerla (v. gr.: la enfermedad que le aquejaba, la incompatibilidad del servicio comprometido con otra obligación también contratada por él para el mismo tiempo), concierta el contrato. En estas condiciones debe considerarse que existe culpa *in contrahendo* y que cuando alguien contrata en esos términos debe indemnizar a la otra parte el interés negativo.

En los demás casos de imposibilidad puramente relativa, el contratante ha celebrado un contrato válido y se encuentra obligado a cumplirlo po-

niendo en juego para ello los medios que son necesarios, incluso los financieros.

El acreedor puede, en defensa de su legítimo interés, reclamar la ejecución, incluso de un modo forzoso, entre otras razones, señala EMMERICH, porque ésta es la vía de constatación de la imposibilidad. Al ser la ejecución del contrato imposible, el contratante que no cumple debe a la otra parte los daños y perjuicios. Esta responsabilidad, por regla general, no exige la culpa, ya que se parte de la idea de que toda persona, al contratar, garantiza a la otra parte su propia capacidad o aptitud de prestación en ese momento y, además, el conocimiento de tales circunstancias, que está determinado por la natural diligencia.

La anterior conclusión ha tratado de ser paliada, en aquellos casos en que la responsabilidad derivada de la imposibilidad originaria relativa supera los límites de aquella a que quedaría sometido el deudor, si, por el mismo tipo de razones, se encontrará ante un incumplimiento por imposibilidad sobrevenida. EMMERICH pone el ejemplo de la persona que se obliga contractualmente a entregar una cosa, que, ignorándolo él, le ha sido robada muy poco tiempo antes de celebrar el contrato. En este caso, la imposibilidad relativa originaria conducirá según el esquema propuesto a la responsabilidad por daños y perjuicios, mientras que, si el robo se hubiera realizado unos momentos después de la celebración del contrato, y, naturalmente, se hubieran adoptado las necesarias precauciones para no ser víctima del latrocinio, quedaría exonerado de responsabilidad.

La tesis de la equiparación entre la responsabilidad por imposibilidad relativa originaria y por imposibilidad sobrevenida, recogida en algunos de los preceptos legales, sobre todo los que regulan supuestos de evicción, parece la que pondera mejor el conjunto de intereses en juego.

§ 3. LA LICITUD COMO PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONTRATO

16. La licitud del objeto del contrato

El art. 1.271 CC dice que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres» y que «pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

El objeto del contrato debe ser, pues, un objeto lícito, o si se prefiere, para ser posible tiene que ser lícito. La idea de la licitud reviste un matiz diferente, cuando es aplicada a las cosas y cuando es aplicada a los servicios. Las cosas como objeto de un contrato no son *per se* cosas lícitas o ilícitas, sino que lo lícito o ilícito será el traficar o el comerciar con ellas. Por esto,

aplicada a las cosas, la idea de la licitud se transforma en la de comercialidad o comerciabilidad. En cambio, aplicada a los servicios, la idea de licitud se concreta en la de conformidad o adecuación del comportamiento o conducta que debe adoptarse con las exigencias impuestas por la ley y las convenciones morales imperantes.

17. La comercialidad de las cosas objeto del contrato: las cosas fuera del comercio

Como hemos visto el párrafo primero del art. 1.271 CC dice que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que «no estén fuera del comercio de los hombres». En sentido contrario, debe entenderse que no pueden ser objeto de contrato aquellas cosas que quedan fuera del comercio. ¿Cuáles son las cosas que quedan fuera del comercio de los hombres? Bajo el concepto de extracomercialidad pueden colocarse los siguientes tipos de bienes:

1.° Los bienes de dominio público a que hace referencia el art. 339 CC, es decir, los bienes destinados al uso público o los destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional (por ejemplo: los caminos, las aguas públicas, etc.).

2.° Las cosas que no son susceptibles de apropiación, por considerarse como cosas comunes a todos o por quedar fuera del ámbito y del poder de apropiación del individuo (por ejemplo: el aire, la luz, las capas superiores de la atmósfera, etc.).

3.° Los bienes no incluidos en el patrimonio y por tanto sustraídos de la libre disponibilidad de los particulares (el estado civil de las personas, los derechos de la personalidad, etc.).

18. Las cosas de comercio prohibido por una disposición legal

Un problema distinto nos plantean aquellas cosas cuyo comercio se encuentra prohibido por una disposición legal (por ejemplo, maternidad subrogada, comercio de embriones humanos). En rigor, en estos casos no nos encontramos en presencia de una ilicitud objetiva, puesto que las cosas *per se*, como antes decíamos, no son nunca lícitas o ilícitas. La ilicitud objetiva se da sólo cuando la extracomercialidad de las cosas es absoluta. La prohibición legal impone una extracomercialidad en circunstancias determinadas. Por ejemplo: está prohibido el comercio de armas para rebeldes o para quienes carecen de licencia; está prohibido el tráfico de estupefacientes, que es clandestino, pero no para usos médicos.

La extracomercialidad relativa no da lugar a un defecto en los presupuestos objetivos del contrato. Podrá tratarse de un acto que deba recibir sanciones penales o administrativas y, además, podrá hablarse de una ilicitud causal (contrato con causa ilícita) o de un contrato que excede los límites de la autonomía privada por contravenir una expresa prohibición de la ley (contrato prohibido).

19. La exigencia de legalidad y de moralidad de los servicios contratados

Por lo que se refiere a los servicios objeto de un contrato, el párrafo tercero del art. 1.271 concreta su licitud en que no sean «contrarios a las leyes o a las buenas costumbres». Cabe hablar, por consiguiente, de una exigencia de legalidad y de moralidad de los servicios contratados, que impondrá la necesidad de establecer un juicio de valor en torno al ajuste o adecuación de tales servicios con las directrices de las normas legales (legalidad) o con las convicciones morales imperantes en el grupo social de que se trate (moralidad). De esta suerte serán nulos los contratos cuando los servicios contratados deben considerarse como ilegales o como inmorales. Por ejemplo: arrendamiento de servicios hecho por toda la vida (cfr. art. 1.583 CC), proxenetismo, etc.

§ 4. LA DETERMINACION DEL OBJETO COMO PRESUPUESTO DEL CONTRATO

20. La determinación del objeto del contrato

El art. 1.261 CC exige que el objeto del contrato sea un «objeto *cierto*». Por su parte, el art. 1.273 preceptúa que el objeto de todo contrato «debe ser una cosa *determinada* en cuanto a su especie».

La justificación de esta exigencia de determinación del objeto del contrato es evidente. No puede haber obligaciones contractuales, si no se ha determinado en qué consisten tales obligaciones. Tampoco existe una verdadera obligación contractual si la concreción del objeto del contrato se ha dejado para un momento posterior, en que tendrá que producirse sobre ella un nuevo acuerdo de las partes. En tales casos habrá un comienzo de conversaciones o de tratos previos, pero no un verdadero contrato perfeccionado. Para que el contrato pueda entenderse válidamente celebrado es necesario que se conozca ya el concreto objeto sobre el cual el mismo ha de versar o por lo menos que pueda llegar a conocerse sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes.

21. Las fases o etapas de la determinación del objeto del contrato

El art. 1.273, al que ya nos hemos referido, exige que el objeto del contrato sea una cosa determinada «en cuanto a su especie». Y añade a continuación que «la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes».

Al exigir que la determinación se produzca únicamente en cuanto a la «especie» de la cosa que ha de ser objeto del contrato y al admitir una posible indeterminación de la cantidad, nuestro Código Civil está permitiendo que, junto a los supuestos en que ya inicialmente se produce una absoluta y total concreción o determinación del objeto del contrato (por ejemplo: se transmitirá el fundo Corneliano; se alquila el piso segundo derecha de la casa número 25 de la avenida de la Libertad; se pintará un retrato al óleo de determinadas dimensiones, etc.), existen otros casos en los cuales el objeto recibe sólo una determinación primaria o inicial, que debe ser posteriormente integrada o concretada.

En la determinación del objeto del contrato caben, pues, dos posibilidades distintas:

1.ª El objeto del contrato se encuentra ya absolutamente determinado por los contratantes. En este caso el contrato llena cumplidamente la exigencia de determinación.

2.ª El objeto del contrato no ha quedado absolutamente determinado por las partes, pero es determinable, en un momento posterior, porque las partes han señalado o establecido los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse. En estos casos, que pueden denominarse de «determinabilidad», el contrato es eficaz, siempre y cuando la posterior aplicación de los criterios de determinabilidad deba operar con independencia de la voluntad de ambas partes, es decir, sin necesidad de que se produzca un «nuevo convenio entre los contratantes», como dice el art. 1.273, *in fine*.

22. Los supuestos de determinabilidad del objeto del contrato

No existe en nuestro Derecho Positivo una enumeración de cuáles pueden ser los criterios de simple determinabilidad del objeto de los contratos y cabe por consiguiente en este terreno una gama muy amplia de posibilidades, a las cuales las partes pueden recurrir, de acuerdo con sus intereses. Por vía de ensayo, pueden enumerarse los siguientes casos:

1.° Las partes establecen únicamente un género al cual ha de pertenecer el objeto del contrato. Por ejemplo: se venden mil litros de vino de una determinada cosecha, de un determinado año y con unas determinadas características de acidez. Es el supuesto de la llamada obligación «genérica» a que más adelante nos referiremos.

2.° Las partes han tenido a la vista, han examinado o han establecido unas muestras, con las cuales ha de ser conforme la mercancía vendida: venta sobre muestra (cfr. C. de C. art. 327).

3.° Las partes se remiten a criterios exteriores en orden a la fijación de la cuantía o de la especie de la prestación. Por ejemplo: el precio que alcance una mercancía en la bolsa o en el mercado en un día determinado (cfr. art. 1.448 CC); el mayor precio que se paga en la comarca durante la campaña.

4.° La determinación del objeto se remite al arbitrio de una tercera persona.

5.° La determinación del objeto del contrato se deja al arbitrio de una de las partes.

Los dos supuestos últimamente citados merecen alguna atención especial.

23. La determinación del objeto del contrato por arbitrio de un tercero

Dentro del supuesto genérico de determinabilidad del objeto del contrato por las partes y de remisión a criterios exteriores para su plena determinación, cabe la posibilidad de que se confíe a un tercero que sea él quien especifique el objeto contractual.

Nuestro Código Civil, recogiendo una tradición que procede de las fuentes romanas, admite la posible intervención de un tercero en la determinación del objeto del contrato, en dos casos concretos:

1.° La determinación por un tercero del precio que ha de ser pagado por la cosa vendida *(venditio quanti Titus rem aestimaverit)*. El art. 1.447 CC dice que para que el precio de la compraventa se tenga por cierto basta que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

2.° La determinación por un tercero, en el contrato de sociedad, de la parte que a cada uno de los socios debe corresponder en las pérdidas y ganancias sociales *(societas ex his partibus quas Titius aestimatus fuerit)*. El art. 1.690 CC permite que los socios convengan en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno de ellos en las ganancias y pérdidas sociales.

Aunque nuestro Código Civil hace referencia sólo a los dos concretos supuestos mencionados, no hay ningún inconveniente a nuestro juicio en admitir con carácter general la determinación por un tercero del objeto del contrato, cuando éste sea el criterio de determinabilidad que las partes hayan establecido. Es perfectamente lícita la determinación por un tercero de toda clase de precios, como la merced arrendaticia, la retribución de los servicios, el precio de un depósito, el interés de un préstamo. No ha de tratarse necesariamente de determinación de cantidad para que sea posible la intervención de un tercero. También puede intervenir un tercero cuando se trate de determinar un extremo de otra naturaleza. GUTIÉRREZ señalaba que puede dejarse a un tercero la designación de la porción de terreno vendida dentro de uno de mayor cabida, y con carácter general RUBINO admite que un tercero puede determinar plenamente la cosa vendida o el tipo de derecho transmitido.

El tercero a quien las partes confían la determinación del objeto del contrato puede actuar de acuerdo con un *arbitrium boni viri* o con arreglo a un *arbitrium merum*. En el primer caso deberá decidir con arreglo a criterios objetivos de equidad y las partes pueden impugnar ante el juez la decisión si ha faltado evidentemente a la equidad en ella (cfr. art. 1.690 CC). En el segundo caso deberá actuar de acuerdo con su leal saber y entender y su decisión será únicamente impugnable cuando haya procedido con mala fe.

Si el tercero no puede o no quiere llevar a cabo la determinación del objeto del contrato, el contrato queda ineficaz, por falta de perfección.

24. El arbitrio de una de las partes en la determinación del objeto del contrato

En una serie de preceptos paralelos a aquellos en que nuestro Código va admitiendo el arbitrio de un tercero, va rechazando el posible arbitrio de una de las partes (cfr. art. 1.449 respecto al precio en la compraventa y art. 1.690 respecto a la designación de partes en la sociedad). El art. 1.256 parece vedar totalmente el arbitrio de una de las partes, en la determinación del objeto del contrato al decir que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Hasta qué punto la prohibición *in genere* del arbitrio de una de las partes se ajusta al Derecho Histórico, al Derecho Comparado y a la misma realidad jurídica es cosa que precisa algún examen. En el Derecho Romano existen textos que permiten afirmar la posibilidad de remitirse al arbitrio de una de las partes, siempre que ésta proceda con *arbitrium boni viri* o de una manera equitativa. Se establece así la diferencia entre arbitrio y voluntad y al tiempo que se niega la posibilidad de que un contrato o algún elemento del mismo quede a la voluntad de una de las partes, se admite que pueda remitirse al arbitrio de ésta, entendido como *reductio ad arbitrium boni viri*. Esta línea es admitida por el moderno Derecho alemán, que permite que la prestación objeto del contrato pueda ser determinada por una de las partes contratantes, presumiéndose que la determinación ha de hacerse conforme a un juicio equitativo en cuyo caso la determinación efectuada sólo es obligatoria para la otra parte cuando es conforme a la equidad, pudiendo ser revisada, cuando no es equitativa, por la autoridad judicial.

Entre nosotros, la remisión de la determinación del objeto contractual al arbitrio de una de las partes parece admitida en muchos casos por el uso de los negocios. Un ejemplo bastante claro lo constituyen los honorarios en muchos contratos de arrendamientos de servicios sobre los que no se conviene nada en el momento de celebrarse el contrato, quedando remitidos al arbitrio de una de las partes —la que presta los servicios— que debe proceder según *arbitrium boni viri*.

"BARROS, COURT, CORREA
Y COMPAÑIA LIMITADA"

347.9
P-1.6
1.09

ARTURO ALESSANDRI BESA

D° Civ
A371 r
1949

La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno

(Título XX del Libro IV del Código Civil)

379

IMPRENTA UNIVERSITARIA
Estado 63 - Santiago de Chile - 1949

CAPITULO I

La nulidad en general

TITULO I

CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA NULIDAD

1.—Definición de la nulidad.—La ley civil se ha encargado de reglamentar cuidadosamente todas las relaciones jurídicas que pueden producirse entre los individuos. Con este objeto, y a fin de evitar que se produzcan abusos e injusticias, protegiendo de este modo a las personas que intervienen en la vida mediante los denominados "actos jurídicos", ha establecido una serie de requisitos para la celebración de tales actos, requisitos que, de no concurrir en ellos, acarrean la sanción de "nulidad" del acto, tomada esta expresión en su acepción más amplia; en otras palabras, tiene lugar lo dispuesto en el artículo 1681 del Código Civil, que dice: "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".

Este artículo señala la causa fundamental de la nulidad, que tiene lugar en la mayoría de los casos: falta de requisitos en la celebración de un acto jurídico; pero también son nulos los actos que se celebran en contravención a la ley, según lo dispone expresamente el artículo 10 del Código Civil, salvo en los casos en que la misma ley señale "otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".

De las disposiciones mencionadas, se desprende que la nuli-

dad es una sanción civil, con que la ley castiga las infracciones que se cometan al celebrarse un acto jurídico, y puede ser definida como "la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie, y la calidad o estado de las partes". El carácter de sanción, de verdadero castigo civil, ha sido reconocido por los Tribunales de Justicia (1), quienes la han definido como "una sanción civil establecida por el legislador que consiste en el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto". Esta definición hace recalcar el efecto de la nulidad, en vez de las causas, como lo hace la que hemos señalado anteriormente.

Combinando ambas definiciones, podemos definir a la nulidad como *"la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado"*.

2.—Naturaleza de la nulidad.—Hemos dicho ya que la ley señala una serie de requisitos para que los diversos actos jurídicos produzcan todos los efectos que les son propios, y como la ley, para que se cumpla, debe ser coercitiva, ha establecido la sanción de la nulidad, con el objeto de que sus disposiciones sean respetadas y no constituyan letra muerta, cumpliéndose de este modo el fin que tuvo en vista el legislador al establecer dichos requisitos.

Esta sanción es una verdadera pena, de índole civil, y como tal, debe estar expresamente establecida por la ley, siendo, por lo tanto, de derecho estricto; no hay pena sin una ley que la establezca expresamente y sus disposiciones deben ser interpretadas restrictivamente, no pudiendo ser aplicada por analogía.

Sin embargo, no debe entenderse esto en el sentido de que es necesario que en cada caso especial, la ley, al señalar los requisitos que deben concurrir en la celebración de un determinado acto jurídico, disponga expresamente que la infracción será penada con la nulidad del acto.

El Código Civil, en el artículo 1681 recién transcrito, ha establecido la regla general en materia de nulidad, señalando los casos en que un acto es nulo; por lo tanto, cada vez que en la ejecución o celebración de un negocio jurídico se infrinja la ley, si tal infracción cae dentro del campo de aplicación del artículo 1681, el acto en que se cometió es nulo.

(1) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 40, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 485.—En lo sucesivo, nos referiremos a ella bajo la denominación "Revista".

"BARROS, COURT, CORREA Y COMPAÑIA LIMITADA"

3.—Carácter de medida de protección de la nulidad.—Bajo otro aspecto, la nulidad constituye una medida de protección que, en ciertos casos, está destinada a proteger a personas que están en inferioridad de condiciones intelectuales frente a otras, por lo cual es de temer que si celebran un acto jurídico, se les cause algún daño o perjuicio mediante cláusulas en que han convenido sin tener el suficiente discernimiento para darse cuenta del perjuicio que se inflingen a sí mismos. En beneficio de estas personas, la ley establece la nulidad, que procede cuando en la celebración del acto se han omitido ciertos requisitos que la ley exige para la validez del acto y también para proteger a estas personas; por esta razón, sólo la persona en cuyo beneficio se establece la nulidad puede solicitar su declaración a la justicia ordinaria.

4.—La nulidad es irrenunciable.—Las reglas que el Código Civil da de la nulidad, destinadas a proteger intereses superiores, como es el orden público, son irrenunciables por las personas que intervienen en la celebración o ejecución de los contratos y demás actos jurídicos, según lo dispone expresamente el artículo 1469 del Código Civil, que dice: "Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlos por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad". Y es lógico que así sea, porque el objeto de estas reglas relativas a la nulidad es precisamente evitar que las personas que intervienen en actos jurídicos, burlen las disposiciones legales, omitiendo requisitos que la ley juzga indispensables para la normalidad jurídica. Si la acción de nulidad pudiere renunciarse, todo contrato contendría una cláusula en que tal renuncia se estipulare, mediante la cual las partes podrían hacer caso omiso de las disposiciones imperativas de la ley. Desaparecida la sanción, la ley no se cumpliría; por tal motivo, la sanción, como tal, es irrenunciable antes que se produzca.

TITULO II

INFRACCIONES QUE ESTAN SANCIONADAS CON LA NULIDAD

5.—Toda infracción legal es sancionada.—La ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios, ya que ésta es la manera de obligar a las partes que los celebran a cumplir con sus disposiciones.

6.—La gravedad de la sanción legal depende de la importancia del requisito omitido.—Como no todos los requisitos que ha establecido la ley tienen igual importancia, ya que la omisión de algunos es considerada más grave que la de otros, la ley ha tenido que establecer, lógicamente, sanciones más severas que otras, según sea la naturaleza de la infracción cometida; a mayor importancia del requisito que falta, mayor sanción para el acto en el cual debió concurrir. Aún hay casos en que la falta de algún requisito tiene tan poca importancia, que la ley no ha señalado ninguna sanción para ello, y el acto produce todos sus efectos.

"La sanción, como castigo, sólo nos interesa en su aspecto civil y en este sentido consiste en una mayor o menor negación de protección o reconocimiento jurídico de aquellos actos disconformes con los preceptos de la ley. Este grado de reconocimiento depende del grado de observancia de sus prescripciones, y así, puede ir desde el desconocimiento de la existencia misma del acto cuando éste no se ha generado en concepto de la ley, sea porque su existencia material aún no ha llegado a establecerse, sea porque no se han cumplido condiciones exigidas por la ley para que un acto exista en derecho, hasta su protección o reconocimiento perfecto si el acto se ha generado en armonía absoluta con las disposiciones que lo rigen. Pero puede darse el caso de un acto jurídico en que hayan concurrido los elementos de su formación como tal en que, sin embargo, se haya infringido alguna disposición legal necesaria, no ya para la existencia misma del acto, que suponemos, sino para que éste produzca desde luego todos sus efectos de tal manera que pueda gozar de una verdadera protección legal que habilite a los que lo han celebrado para perseguir con el auxilio de los medios legales, si se hace necesario, el cumplimiento de todos sus efectos o consecuencias jurídicas" (2).

Pasaremos a continuación a dar algunas nociones someras sobre las diversas sanciones que ha establecido la ley respecto de los actos jurídicos en cuya ejecución se han omitido requisitos prescritos expresamente por la ley para su plena eficacia.

a) Inexistencia.—La teoría jurídica señala algunos requisitos que son necesarios para que un acto jurídico pueda ser considerado como tal, es decir, que haya nacido a la vida jurídica, y produzca los efectos de tal. Faltando alguno de ellos, no puede hablarse de un acto jurídico, sino que de una apariencia de acto, que carece en absoluto de eficacia, y que no puede producir efecto alguno.

Los requisitos que son considerados comúnmente como de existencia son: la voluntad, o consentimiento en los actos bilaterales, el objeto, la causa y las solemnidades; si falta cualesquiera de estos elementos, el acto no nace a la vida jurídica, no existe, y por lo tanto, no puede producir ningún efecto. Si bien esto es hasta cierto punto aceptable en doctrina, en nuestro Código Civil la inexistencia no tiene cabida.

b) Nulidad.—La aplicación de esta sanción está limitada a los casos en que sólo se omiten requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, sea que la ley los exija en consideración a la naturaleza misma de ellos, sea en atención a la calidad o estado de las partes que los ejecutan o acuerdan; no se refiere, pues, a la falta de requisitos de existencia, sino que de validez.

De aquí deriva la diferencia con la inexistencia: la nulidad se aplica a negocios jurídicos que han nacido a la vida jurídica, que tienen existencia como tales, pero que contienen un vicio que afecta a su plena eficacia, vicio que puede acarrear su invalidación. Este vicio no impide que el acto produzca todos sus efectos, sino que autoriza para pedir su anulación a la Justicia.

Se consideran requisitos de validez comunes a todo acto jurídico no viciado, a la capacidad, y al objeto y causa lícitos; ade-

(2) ORTUZAR ESCOBAR, ENRIQUE, *De la Inobservancia de la Ley en relación con los Actos Jurídicos*, N.o 17, pág. 20.

más, existen muchos otros requisitos propios a cada acto jurídico, que la ley establece en cada caso particular.

En consecuencia, por importante que parezca un requisito, si la ley no lo considera necesario para la validez del acto o contrato en el cual debe concurrir, su omisión no producirá nulidad, sino que otra sanción legal. Es así como la ley en numerosos casos señala otro efecto que el de nulidad para la omisión de un requisito que ella misma establece. Confirma lo anterior el artículo 10 del Código Civil, que dispone: "Los actos que la ley prohibe son nulos y de ningún valor; *salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención*".

c) Inoponibilidad.—Finalmente, la sanción civil de menor gravedad es la denominada "inoponibilidad", que se produce por la omisión de requisitos que no dicen relación ni con la existencia ni con la validez de los actos jurídicos; produce como efecto el que un acto o contrato en el cual se ha omitido un requisito determinado, no afecte, no le sea "oponible" a una persona, la cual puede considerar al acto o contrato como no ejecutado o celebrado respecto de ella.

La inoponibilidad se produce generalmente respecto de actos jurídicos en los cuales se han omitido medidas de publicidad que la ley establece para salvaguardiar los intereses de terceras personas; éstas, al no tener conocimiento legal de la ejecución del acto, no pueden quedar afectadas por los efectos del mismo. Igual cosa sucede respecto de negocios jurídicos que se celebran sin la concurrencia de la voluntad de una persona; tal negocio no le empece, porque no ha consentido en su celebración. Sin embargo hay casos en que un mismo requisito, cuya omisión produce inoponibilidad, es necesario para la validez del acto.

7.—Conclusión.—La nulidad es, pues, una sanción civil intermedia entre los dos extremos (inexistencia e inoponibilidad), que se caracteriza por tener como causa a las omisiones de uno o más requisitos de validez, sean éstos generales a todo acto jurídico, o especiales al acto o contrato específico de que se trata; y repitiendo lo dicho anteriormente, la nulidad procede únicamente cuando el requisito que se ha omitido lo exige la ley para el valor del acto o contrato, porque si se trata de condiciones que no dicen relación con la validez del acto jurídico, su omisión no producirá nulidad, sino que otro efecto diverso.

Sin embargo, cabe advertir que, en nuestra legislación positiva, la nulidad y la inexistencia están equiparadas, porque el Código Civil no hace diferencias entre ellas, sino que sólo ha dado reglas relativas a la nulidad; en consecuencia, ésta es la sanción civil máxima que contempla nuestro Código Civil.

CAPITULO II

La nulidad en el Derecho Positivo Chileno

TITULO I

LA NULIDAD EN EL CODIGO CIVIL

§ I.—Antecedentes históricos determinantes de la ubicación de las reglas de la nulidad en el Código Civil

8.—El Código Civil chileno siguió al Código Civil francés.— En esta materia, como en muchas otras, el Código Civil chileno se inspiró en el Código Civil francés; pero sólo en cuanto a la ubicación de las reglas relativas a la nulidad de los actos y contratos, considerándola como uno de los medios de extinguir obligaciones, porque en lo que dice relación con las disposiciones mismas, el nuestro es infinitamente superior, debido a que contiene la teoría completa de las nulidades absoluta y relativa, una reglamentación completísima y una sistematización de la materia muy perfecta. En esto difiere por completo del Código Civil francés, que sólo contiene pocos artículos sobre la nulidad, que se limitan a establecer el plazo de prescripción de "las acciones de nulidad y rescisión", y algunos puntos respecto de la nulidad relativa. Contempla a la nulidad entre los modos de extinguir obligaciones, pero bajo el aspecto de "acciones" de nulidad y rescisión.

Por esta razón, la doctrina de los autores ha sido muy contradictoria, siendo muy diferentes unas de otras las diversas teorías sobre la nulidad que se han ideado en Francia; puede decirse que sólo en los últimos años se han uniformado, y han adoptado un criterio muy semejante al que nuestro Código Civil adoptó hace cerca de un siglo.

9.—Ubicación de las reglas de la nulidad a través de los diversos proyectos de Código Civil.—La ubicación que el Código Civil francés dió a la disposición relativa a la nulidad y rescisión, como uno de los medios de extinguir las obligaciones, fué adoptada por el nuestro, pasando a través de todos los proyectos que redactó don Andrés Bello; en efecto, en el Proyecto de 1842-1945, se trataba de la nulidad en el Título XIX (De la nulidad judicialmente declarada) del Libro de los Contratos y Obligaciones Convencionales.

En el Proyecto de 1846-1847, se reglamentaba la "nulidad y la rescisión" en el Título XX del Libro de los Contratos y Obligaciones Convencionales; en el de 1853, y en el llamado "Proyecto Inédito", se ocupa de esta materia el Título XXI del Libro IV; y en todos ellos, el título de la nulidad es el último de los que tratan de los modos de extinguir obligaciones.

Cabe advertir, sin embargo, que en ninguno de ellos se trató de la nulidad y de la rescisión bajo el aspecto de simples acciones, sino que como institución civil específica, con su reglamentación propia y completa, que abarca todos los aspectos que podrían dar origen a discusiones, así como las diferencias entre las dos clases de nulidad, las causales de una y otra, las personas que pueden solicitarlas, el plazo en que se sanean, sus efectos, etc.

§ II.—Verdadero Carácter de la Nulidad

10.—Ubicación de las reglas relativas a la nulidad en el Código Civil.—El Código Civil chileno trata de la nulidad en el Título XX del Libro IV, después de haber reglamentado todos los medios de extinguir las obligaciones.

11.—Razón de esta ubicación.—Carácter de la nulidad en el Código Civil.—La razón de la ubicación de las reglas relativas a la nulidad en el Código Civil se debe al carácter bajo el cual dicho cuerpo de leyes considera a la nulidad, que no es otro que el de un medio de extinguir obligaciones. Así lo declara expresamente

el artículo 1567, que dispone que "las obligaciones se extinguen, además, en todo o en parte: N.° 8.° Por la declaración de nulidad o por la rescisión", y bajo tal aspecto la reglamenta.

12.—Crítica a esta opinión.—Es evidente que la nulidad o la rescisión no son medios de extinguir obligaciones en sí mismas, porque el efecto que producen es destruir la fuente de donde proviene la obligación, o sea, el contrato, que es el acto jurídico que las genera; por lo tanto, no destruye la obligación, que sólo desaparece como consecuencia de la destrucción de su fuente (3).

Además, considerar a la nulidad únicamente como un medio de extinguir obligaciones, es limitar su verdadero campo de acción, que el mismo Código Civil le reconoce, y que abarca toda clase de actos jurídicos, sean éstos contratos u otros actos bi o unilaterales, que bien pueden no generar obligaciones, en cuyo caso la nulidad perdería el carácter que el Código Civil le da, porque no habría obligaciones, y que su campo de acción se extiende más allá de lo contractual, abarcando el campo de las declaraciones unilaterales de voluntad.

En teoría se argumenta, además, que mal puede extinguirse algo que no existe, ya que la nulidad opera con efecto retroactivo (artículo 1687 del Código Civil), por lo que debe considerarse que las obligaciones que, según el Código Civil se extinguen, en realidad no han existido nunca. Esto, según don José Clemente Fabres, "no es una ficción, sino que una realidad muy positiva, que el acto o el contrato nulo no han existido jamás" (4), lo que es llevar muy lejos la ficción aludida, pues no se puede desconocer que en el hecho, el acto ha producido efectos como si fuera válido, y sólo después de anulado es cuando todo debe ser restituído al estado anterior a su celebración o ejecución.

13.—Verdadera naturaleza de la nulidad.—Se puede sostener con mayor propiedad que la nulidad, lejos de ser un medio de extinguir obligaciones, es "un medio de invalidar los contratos y demás actos jurídicos", quedando comprendida entre "las causas legales" de que habla el artículo 1545 del Código Civil; o sea, que

(3) CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, 1.ª edición, tomo XII, N.° 1903, pág. 578; FABRES, JOSE CLEMENTE, *Obras Completas*, tomo III, pág. 140; BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO, *Curso de Derecho Civil*, 4.ª edición, tomo II, N.° 202, pág. 282.

(4) Obra citada, tomo III, pág. 144.

antes que la nulidad sea declarada, el contrato, u otra convención o acto unilateral, produce todos sus efectos, cuales son, las obligaciones y derechos que de ellos nacen, o las modificaciones que en los que existan puedan introducir; pero una vez anulado por la Justicia, desaparece, y con él, las obligaciones, derechos u otros efectos que había generado, todo ello con efecto retroactivo, según veremos en su oportunidad, considerándose al negocio jurídico como si nunca se hubiese celebrado.

14.—El medio de extinguir las obligaciones es la declaración judicial de la nulidad.—De lo dicho en el número anterior, se desprende que, en realidad, el modo de extinguir las obligaciones es la *declaración de nulidad*, o sea, la sentencia judicial que la declara, la cual, una vez ejecutoriada, produce todos los efectos propios de la nulidad; sólo entonces puede decirse que las obligaciones se han extinguido, a pesar de que jurídicamente, y debido al efecto retroactivo recién mencionado, las obligaciones se consideran como si nunca hubieran existido.

15.—Crítica de don José Clemente Fabres.—Esta doctrina ha sido muy atacada por don José Clemente Fabres, quien, de acuerdo con lo expuesto más arriba, sostiene que "subordinar la nulidad a la declaración judicial nos da precisamente por resultado la ficción de que el acto o el contrato ha existido o tenido valor antes de la declaración: lo que es diametralmente opuesto a la naturaleza y a la ley, porque ambas nos enseñan que ese acto o contrato no ha tenido jamás valor alguno" (5).

16.—Opinión de don Luis Claro.—A su vez, el autor recién citado ha sido muy criticado por don Luis Claro Solar, quien declara que Fabres, en primer lugar, ha confundido la inexistencia jurídica con la nulidad absoluta del acto, al sostener que ésta es la nada, la negación de la existencia, siendo que ambas instituciones son dos cosas muy distintas, quedando demostrado su error al sostener enfáticamente que el Código ha incurrido en un error al establecer la necesidad de la declaración de la nulidad por sentencia judicial, pues lo que no necesita de tal declaración es la inexistencia. Además, Claro sostiene que "el Código ha dicho claramente que la declaración de nulidad extingue las obligaciones que nacen del acto o contrato que adolece del vicio que lo anula; tal acto o contrato existe, y puede en el hecho producir

(5) Obra citada, tomo III, pág. 144.

efectos que no pueden ser destruídos una vez producidos, o que no puede impedirse que se produzcan sin la declaración de nulidad pronunciada por sentencia de juez" (6).

Sostiene, pues, don Luis Claro, que lo que en realidad constituye el modo de extinguir obligaciones es la declaración judicial de nulidad, como ya lo habíamos dicho, interpretación que en cierto modo está confirmada en el Código Civil, en los artículos 1687 y 1689, que hablan de "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada", y "de la nulidad judicialmente pronunciada", de donde resulta que el efecto propio de la nulidad sólo se produce cuando la sentencia judicial está firme, según el Código de Procedimiento Civil.

17.—Otros antecedentes en favor de la tesis que sustentamos.—Además de la opinión citada, existen otros antecedentes que corroboran la opinión que sustentamos, según la cual lo que constituye el medio de extinguir obligaciones es la declaración judicial de nulidad; tales antecedentes lo constituyen algunos fallos de nuestros Tribunales de Justicia (7).

Existen también antecedentes históricos; en efecto, el proyecto de Código Civil de 1842-45, al tratar de la nulidad como un medio de extinguir obligaciones, titulaba al párrafo respectivo "De la nulidad judicialmente declarada", dándole así el carácter de modo de extinguir obligaciones a la declaración de la nulidad por la Justicia, y no a la nulidad misma, que hace desaparecer las obligaciones al destruir la fuente de donde provienen.

18.—Conclusiones.—Procede, pues, interpretar al Código Civil en el sentido que, al tratar de la nulidad, la ha considerado solamente bajo un aspecto, como un modo de extinguir obligaciones, al igual que algunos de las sentencias de nuestros Tribunales (8), cuando en realidad dicho modo de extinguir lo constituye la declaración judicial de dicha nulidad, como lo hemos afirmado, aún cuando en teoría pura, estas obligaciones no se extinguen, sino

(6) Obra citada, tomo XII, N.° 1957, pág. 632.

(7) *Gaceta de los Tribunales*, año 1913, sentencia 1080, pág. 3125. *Revista*, tomo 5, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 6; tomo 16, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 365; tomo 22, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 447; tomo 28, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 465; tomo 36, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 312; tomo 40, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 485.

(8) *Revista*, tomo 20, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 305; tomo 21, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 802; tomo 21, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 936.

que se reputan no haber existido jamás. En cambio, la nulidad propiamente tal cae dentro de las causas legales de invalidación de los contratos de que trata el artículo 1545 del Código Civil. Y sólo la ha considerado bajo un aspecto, porque la nulidad es, además, una sanción civil, llamada a castigar la omisión de requisitos que la ley considera indispensables para la validez de los actos jurídicos, comprendiéndose en esta expresión, no sólo los contratos, fuente de obligaciones, sino que los demás actos uni o bilaterales, aunque de ellos no provengan obligaciones, sino que creen derechos o los extingan, o sólo se refieran a relaciones de familia. La calificación del Código es, pues, muy restringida, y sólo contempla a la nulidad bajo uno de sus diversos aspectos; esta circunstancia no permite sostener tan enfáticamente, como lo hace, según hemos visto, don José Clemente Fabres, que el Código Civil ha incurrido en un error, porque al decir que se "extinguen", el Código ha querido significar que desaparecen, que cesan en su fuerza obligatoria, y esto es lo que materialmente ocurre, aún cuando desde un punto de vista puramente jurídico, es muy distinto lo que sucede.

19.—Qué obligaciones "extingue" la nulidad.—De lo expuesto anteriormente, y corroborado por los artículos 1545 y 1681 del Código Civil, se desprende que las únicas obligaciones que según el citado Código se "extinguen" por la declaración judicial de la nulidad son aquellas que provienen de contratos, es decir, las que nacen del consentimiento de las personas, porque el contrato es el único acto jurídico bilateral que genera obligaciones.

Por esta razón, quedan excluídas las que nacen de cualquiera otra fuente, como las que provienen de delitos, cuasi-delitos y cuasi-contratos; el hombre, cuando se trata de alguna de estas fuentes, sólo ejecuta un acto voluntario, al cual la ley le asigna determinados afectos, entre los cuales está el de dar origen a ciertas obligaciones, principalmente la de indemnizar los perjuicios que se hayan causado por el acto culpable o doloso (delitos y cuasi-delitos).

La nulidad, en el hecho, ataca la fuente misma de donde provienen las obligaciones, y sólo se concibe que pueda destruir lo que es obra de los individuos; no puede afectar a la ley misma, fuente de las demás obligaciones (9).

(9) PLANIOL y RIPERT, *Traité Elémentaire de Droit Civil*, 11.ª edición, tomo II, N.° 807, pág. 268.

Además, es preciso tener presente que la nulidad es una sanción para ciertas omisiones, y sólo se pueden omitir requisitos cuando son las personas las que voluntariamente celebran actos y contratos en que tienen *la intención de producir efectos jurídicos;* mal podrían omitirlos en los cuasi-contratos, cuasi-delitos y delitos, en que lo único que hace una persona es ejecutar un acto voluntario, pero sin la intención de producir efecto jurídico alguno, los cuales se generan por ministerio de la ley, que los determina con precisión, y que se producen por el sólo hecho de colocarse un individuo en el caso previsto por ella, en forma automática, independientemente de su voluntad (10).

TITULO II

CAMPO DE APLICACION DE LAS REGLAS DE LA NULIDAD CIVIL

§ 1.—Alcance del artículo 1681 del Código Civil

20.—Regla general.—Antes de entrar a establecer cuál es el campo de aplicación del Título XX del Libro IV del Código Civil, que trata de la nulidad, es conveniente precisar el alcance del artículo 1681, que dice textualmente: "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".

Esta es la regla general en materia de nulidades civiles, y según ella, sólo existe nulidad cuando se ha omitido un requisito que la ley señala como indispensable para la "validez" de un acto o contrato; por consiguiente, por importante que parezca un requisito legal, si la ley no lo considera como necesario para la validez del acto o contrato de que se trata, su omisión no acarreará la nulidad del mismo, sino que producirá otro efecto, que la ley se encarga de establecer para cada caso.

Confirma lo dicho la disposición, antes citada, del artículo 10 del Código Civil, según la cual, la ley puede designar otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención; esto demuestra que hay situaciones en que la ley no considera a determinados requisitos como de validez, en relación con los actos en que deben concurrir, y su omisión no producirá, por lo mismo, la nulidad de éstos.

(10) *Gaceta de los Tribunales,* año 1923, 1er. semestre, sentencia 98, pág. 563.

21.—Casos en que la omisión de un requisito no produce la nulidad del acto jurídico.—Jurisprudencia.—El Código señala algunos casos en que la omisión de un requisito determinado, u otra infracción legal, no producen la nulidad del acto o contrato, sino que otro efecto, que varía en cada caso particular. La jurisprudencia ha aplicado tales disposiciones a casos concretos.

Así, de acuerdo con el artículo 1349 del Código Civil, se ha resuelto que "no procede la declaración de nulidad de una partición en que se han omitido bienes, pues sólo se puede reclamar la partición de los bienes omitidos" (11); aplicando el artículo 1332 del mismo Código, se ha fallado que "no es nulo un contrato de compromiso, por el hecho de que las partes no hayan fijado un plazo cierto y determinado dentro del cual el partidor debe ejercer sus funciones, pues lejos de ser éste un requisito esencial para su validez, la ley ha dado a las estipulaciones que al respecto se acuerden el carácter de cláusulas accesorias o accidentales del mismo, que la ley suple en el silencio de las mismas" (12).

Igualmente, se ha fallado que no procede declarar la nulidad, por no haber causa para ello, "de una promesa de venta, por el hecho de contener una condición que no es determinada, es decir, que no tiene plazo fijo dentro del cual deba cumplirse" (13), porque la ley, en el artículo 1554 del Código Civil, sólo exige que la promesa contenga una condición o plazo, que fije la época de la celebración del contrato, sin determinar la especie de condición que debe contener;

"de un instrumento en el que haya faltado la firma de la escritura matriz incorporada en el protocolo, y que fué puesta con posterioridad a la fecha en que se inscribió en el Registro de Propiedades la copia autorizada de la misma escritura, que el notario dió al comprador; sólo da mérito para una medida disciplinaria" (14);

(11) *Revista,* tomo 35, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 1.
(12) *Revista,* tomo 39, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 463.
(13) *Revista,* tomo 16, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 487; tomo 41, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 506.
(14) *Revista,* tomo 2, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 119.

"de una escritura pública de remate la circunstancia de no haberse fijado precio a los inmuebles subastados, si de esa escritura aparece que dicho precio se fijó, declarando el perito tasador que el precio por él fijado quedaba en el hecho anulado debido a impuestos y otras causas" (15);

"de un contrato, por el hecho de ser aleatorio" (16); la ley, lejos de anular un contrato aleatorio, reconoce expresamente su existencia, y reglamenta algunos de ellos;

"de una inscripción de un nacimiento en que se altere el orden que indica el art. 31 de la Ley sobre Registro Civil" (17); el orden mencionado no constituye un requisito de validez de la inscripción;

"de una estipulación de intereses el que éstos sean usurarios, porque la ley ha señalado otra sanción, cual es, la rebaja de ellos" (18), caso típico en que la ley ha señalado una sanción diversa que la nulidad para el evento de una norma imperativa, y que se encuentra establecida en el artículo 2206 del Código Civil, modificado por la ley N.º 4.694, de 27 de Noviembre de 1929;

"de un convenio pactado en la escritura de hipoteca en el que el deudor y el acreedor estipulan que en caso de remate, se proceda sin tasación previa, porque se refiere a la renuncia de un derecho que sólo mira el interés individual del deudor" (19), y no de la omisión de un requisito de validez del acto;

"de un nombramiento de guardador, por la circunstancia de que no se practique el inventario solemne a que lo obliga la ley al tomar la administración de los bienes; la ley sanciona esta negligencia con su remoción (artículo 378 del Código Civil)" (20);

"de una transacción, por el hecho de que sea estipulada por un mandatario sin el poder especial para transigir que establece el artículo 2448 del Código Civil, porque ese acto puede ser ratificado por el mandante" (21), lo cual equivale a decir que la

(15) *Revista*, tomo 4, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 375.
(16) *Revista*, tomo 7, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 433.
(17) *Revista*, tomo 14, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 116.
(18) *Revista*, tomo 16, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 39.
(19) *Revista*, tomo 21, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 539.
(20) *Revista*, tomo 22, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 115; tomo 29, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 306.
(21) *Revista*, tomo 23, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 669.

falta de autorización especial citada es causa de inoponibilidad, y no de nulidad de la transacción;

"de un fideicomiso que afecta a un inmueble por el hecho de no inscribirlo en el competente registro, porque si bien es efectivo que es obligatorio hacerlo, esta inscripción no es un requisito de validez del acto" (22);

"de un contrato de hipoteca, por la circunstancia de que la inscripción no indique el total de las sumas garantizadas por dicha hipoteca, no contenga las designaciones del domicilio y profesión del acreedor, y de la profesión del deudor, porque por medio del contrato puede venirse en conocimiento de lo que en la inscripción se echa de menos, según lo establecen expresamente los artículos 2432 y 2433 del Código Civil" (23), lo que nos permite sostener que tales menciones no son requisitos de validez del acto;

"de un remate, por el hecho de no haberse citado a los acreedores hipotecarios para la subasta de la finca hipotecada, sino que los acreedores no citados conservan sus derechos, y pueden, por lo mismo, perseguir la finca, cualquiera que sea la persona en cuyo poder se encuentre, hasta obtener un nuevo remate" (24); el primer remate, en consecuencia, es válido;

"de una hipoteca, por la indeterminación de las obligaciones a que se extiende, pues sólo da opción a que se solicite por el deudor que se restrinja su alcance o valor definitivo" (25);

"de una sociedad anónima, por el hecho de haberse inscrito el decreto de autorización pasados los 30 días de expedido éste, porque lo que el artículo 441 del Código de Comercio sanciona con la nulidad, es la omisión de las solemnidades establecidas en los artículos 427 y 440 del Código de Comercio, y no su cumplimiento tardío" (26).

En todos los casos citados, que sólo constituyen una pequeña parte de los muchos que existen sobre la materia, los requisitos omitidos o las infracciones cometidas no traen consigo la

(22) *Revista*, tomo 24, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 445.
(23) *Revista*, tomo 25, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 1; tomo 28, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 34; tomo 42, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 35.
(24) *Revista*, tomo 26, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 616; tomo 27, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 17.
(25) *Revista*, tomo 27, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 630.
(26) *Revista*, tomo 29, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 293.

nulidad del acto en el cual debieron concurrir, o en el que se cometieron, sea porque la ley misma no los califica como requisitos de validez, sea porque señala otra sanción diversa para el caso de infracción, o bien, porque el requisito que se omite no puede ser considerado como necesario para la validez, de acuerdo con los principios generales que reglan esta materia.

22.—El artículo 1682 del Código Civil amplía y complementa el artículo 1681.—Es preciso advertir que el artículo 1682 del Código Civil amplía, en cierto modo, el campo de aplicación del artículo 1681, puesto que establece que es también causa de nulidad el hecho de tener un acto o contrato "objeto o causa ilícita", lo que concuerda con los artículos 10 y 1466 del citado Código, el primero de los cuales, ya citado, establece la nulidad como la sanción para todo acto prohibido por la ley, como regla general, y el segundo, relacionado a dicho precepto con el artículo 1682, dispone que en todo acto prohibido por la ley hay objeto ilícito. En consecuencia, el Código Civil establece como requisito de validez de un acto o contrato que éste no contenga un objeto o una causa ilícita, porque de otro modo, puede ser declarado nulo por los Tribunales.

23.—Nociones acerca de los requisitos de validez.—El Código Civil no ha enumerado en forma expresa a los diversos requisitos que la ley exige que concurran en un acto jurídico para que éste pueda ser considerado válido. Sin embargo, es fácil determinar cuáles son, analizando algunas disposiciones que en él se contienen.

a) Requisitos de validez comunes a todo acto jurídico.—Hay algunos requisitos que deben concurrir en todo acto jurídico, cualquiera que sea su naturaleza, porque son la base de la declaración de la voluntad humana, destinada a producir efectos jurídicos; tales requisitos son:

El objeto y la causa lícitos, según vimos en el N.º 22.

En seguida, el mismo artículo 1682 establece que "hay asimismo nulidad absoluta en los actos de los absolutamente incapaces"; en consecuencia, la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos.

Pero frente a los absolutamente incapaces, se encuentran aquellas personas cuya capacidad es relativa. ¿Cuál es su situación frente a la validez de los actos y contratos? El artículo 1447 del Código Civil establece que "los actos de estas personas pueden

tener valor en ciertas circunstancias", de donde se deduce que son requisitos de validez el que concurran esas circunstancias, que son generalmente, autorizaciones de ciertas personas o de la justicia ordinaria. Por tanto, cada vez que la ley señala la realización de determinadas actuaciones en conjunción con la celebración de un acto por parte de un incapaz, nos encontramos frente a un requisito de validez, cuya omisión produce la nulidad del acto, por regla general.

Finalmente, del artículo 1445 del Código Civil, que confirma la existencia de los requisitos de validez ya mencionados, y su calidad de tales, se desprende que otra condición que debe cumplirse necesariamente, a fin de evitar la nulidad, es que el consentimiento o la declaración de la voluntad que generan el acto o contrato, carezca de los vicios que señala el artículo 1451. El carácter de requisito de validez del "consentimiento no viciado" está confirmado por el artículo 1691 del citado Código, que señala la manera de contar el plazo de prescripción de la acción de nulidad relativa en caso de error, fuerza o dolo.

Estos cuatro requisitos, objeto y causa lícitos, capacidad y consentimiento no viciado, son los que la doctrina nacional y extranjera reconoce como tales. Pero dentro del sistema de la nulidad de nuestro Código, es preciso llegar a la conclusión que produce nulidad la omisión de los requisitos comúnmente llamados de "existencia" de los actos jurídicos, o sea, aquellos que se consideran indispensables para que se pueda hablar de un acto con existencia legal, para que el acto exista ante la ley; tales requisitos, según dijimos, son el consentimiento, la causa, el objeto y las solemnidades.

Existen muchas razones para estimar que la omisión de tales requisitos produce la nulidad del acto, y no su inexistencia, y entre otras, la de que el Código Civil sólo reglamentó, como sanción máxima, la nulidad, y nada dijo acerca de la inexistencia; además, todo el sistema jurídico está basado en la nulidad como castigo civil, y a él se refiere en muchos artículos; pero nada dice sobre la inexistencia, o de que un acto "no exista", cuando en él se ha omitido un requisito de los recién numerados.

Al tratar acerca de las causas de nulidad absoluta, nos referimos con mayor amplitud a esta cuestión.

b) Requisitos de validez especiales a cada acto jurídico.—Al lado de los requisitos generales que hemos enunciado en el nú-

mero anterior, y que trataremos con mayor detenimiento al hablar de las causas de la nulidad en especial, existen diversos otros requisitos de la misma índole, que la ley ha señalado para cada caso en particular, de modo que para que dicho acto sea plenamente válido, es menester que concurran tanto los requisitos comunes a todo acto, cuanto los especiales a ese acto en particular.

La ley, para individualizar a estos requisitos especiales como de validez, ha empleado diversas expresiones, tales como: "prescritos para la validez" (artículo 676); "para que sea válido" (artículos 672, 673, 674, 1576, 1598, 1600 y 1630); para que "valga" (artículo 675); la falta del requisito hace que el acto sea "nulo" (artículos 377, 966, 1003, 1006, 1107, 1236, 1401, 1478, 1578, 1998, 2127, 2270, 2454); el acto "no valdrá" (artículos 265, 1052, 1093, 1207, 2451), y muchas otras más, todas las cuales tienen el mismo significado: su omisión produce la nulidad del acto.

Nos referiremos a la abundantísima jurisprudencia que existe sobre la materia al tratar de las causas de nulidad en especial.

§ II.—Actos jurídicos que pueden ser declarados nulos

24.—Principio general.—De lo dicho en los Nos. 20 y 21, hemos establecido el verdadero carácter de sanción que tiene la nulidad, además del de modo de extinguir que es el que el Código Civil establece. Por consiguiente, y debido a este doble carácter, siendo el de sanción el más importante, ya que es el que sirve de base a su definición, y al mismo tiempo, es el que le da el mayor campo de aplicación, no puede considerarse que la nulidad sólo sea un medio de extinguir obligaciones que se aplique únicamente a los contratos; es cierto que la declaración de nulidad sólo extingue, o mejor dicho, hace desaparecer obligaciones; pero esto es sólo una consecuencia de la invalidación del contrato de donde provienen, y esta invalidación puede afectar igualmente a todo acto jurídico, sea éste uni o bilateral.

Prueba de lo dicho anteriormente, es que el mismo artículo 1681 del Código Civil se refiere a "todo acto o contrato", englobando en el término "acto", que contrapone a "contrato", todos los demás negocios jurídicos voluntarios, sean éstos convenciones o declaraciones unilaterales de voluntad; por lo tanto, la misma ley se encarga de confirmar la gran amplitud que tiene el campo de aplicación de las reglas de la nulidad. Examinaremos separadamente los diversos actos jurídicos que pueden ser invalidados por la nulidad.

A) Los contratos

25.—Los contratos "legalmente celebrados".—En primer lugar, y fuera de toda discusión, quedan comprendidos dentro del campo de aplicación de las reglas de la nulidad, los actos jurídicos denominados "contratos"; el artículo 1681 del Código Civil se refiere expresamente a ellos, y la nulidad se encuentra entre las "causas legales de invalidación" que menciona el artículo 1545 del mismo Código.

Es conveniente determinar el significado del artículo 1545 recién citado que dispone 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", encontrándose entre las últimas, la nulidad.

La primera conclusión que emana de esta disposición es que los términos "legalmente celebrado" y "válido" no son sinónimos, sino que cosas muy distintas; en efecto, es precisamente la falta de validez la que acarrea la nulidad, y este artículo 1545 declara expresamente que un contrato legalmente celebrado puede ser invalidado por causas legales, es decir, puede ser inválido, contener un vicio que produzca su nulidad. Un contrato en cuya celebración se ha omitido un requisito de validez, y que es nulo por lo mismo, no pierde, por ese solo hecho, el carácter de "legalmente celebrado".

En consecuencia, un contrato "legalmente celebrado" no es uno ajustado enteramente a la ley, con todos los requisitos que ella prescribe para los de su especie, sino que un contrato que tiene la apariencia de tal; en otras palabras, es aquel que parece haberse celebrado de acuerdo con todas las disposiciones legales, y que tiene la fisonomía externa de un verdadero contrato, aún cuando contenga vicios que acarreen su invalidación.

El contrato "legalmente celebrado" produce sus efectos como si estuviera perfecto ante los ojos de la ley, hasta el momento en que la Justicia declara su nulidad, debido a la omisión del requisito que la ley exige para su plena validez.

26.—Contratos que pueden ser anulados según las reglas del Código Civil.—Dentro del concepto de "contrato", se incluyen to-

dos aquellos de índole patrimonial, sea que estén regidos por el Código Civil, o por otros Códigos, tales como los de Comercio, Minería o Trabajo, sea por leyes especiales; aún dentro del Código Civil, hay actos jurídicos, que sin estar contemplados en el Libro IV, son, jurídicamente, contratos; así sucede con las donaciones entre vivos, que es un contrato gratuito, pues requiere de la voluntad de dos personas, por lo menos, y genera obligaciones, y con el nombramiento de partidor hecho por los interesados en el haber común, faltando uno de los cuales, el nombramiento es nulo, según diversos fallos (27).

27.—Situación de los "contratos de familia".—Si bien la aplicación de las reglas de la nulidad civil a los contratos de índole patrimonial es indiscutible, ¿sucede lo mismo respecto de los contratos de familia? El más importante de esta clase de contratos es el *matrimonio,* y no sólo existe la posibilidad de declararlo nulo, sino que tanto la Ley de Matrimonio Civil como el Código Civil se han encargado de reglamentar su nulidad, señalando las causales, el modo de alegarla, la oportunidad de hacerlo, y los efectos, que debido a su naturaleza especial, son distintos de los que se producen con la declaración de nulidad de un contrato patrimonial cualquiera, ya que la ley ha tenido que tomar en cuenta la situación de los hijos que nazcan como consecuencia de ese matrimonio que fué declarado nulo. En general, puede decirse que, si bien el matrimonio puede ser declarado nulo, y la nulidad es la misma que la que se pronuncie en relación con cualquier otro acto jurídico, ella está sujeta a reglas especiales, que se deben a la naturaleza y características fundamentales del matrimonio, que difieren de los demás contratos patrimoniales.

Otro contrato de familia que puede dar origen a problemas, es la *adopción,* que si bien está definida en el artículo 1.° de la ley N.° 7.613, que la establece y reglamenta, como "un acto jurídico", expresión amplia, puede considerarse como un verdadero contrato, "destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que señala la ley". Esta ley establece los requisitos que debe reunirse para que la adopción pueda ser considerada válida y en el artículo 11 dispone expresamente que puede ser nu-

(27) *Revista,* tomo 10, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 525; tomo 23, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 547; tomo 38, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 176; tomo 38, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 396.

la, además de señalar quién puede pedir dicha nulidad, y la oportunidad para hacerlo.

B) Otras convenciones

28.—Demás actos jurídicos bilaterales.—La nulidad, según hemos dicho, por el hecho de ser una sanción civil, se aplica igualmente a las demás convenciones, sea que tengan por objeto modificar, o aún, extinguir obligaciones, y esto es lógico, pues las infracciones a las disposiciones de la ley pueden ser cometidas en esta clase de actos jurídicos de la misma manera que en un contrato, ya que basta que las partes que intervienen, omitan un requisito que la ley exige para la validez del acto.

Si bien es cierto que no es dable aplicarle a las diversas convenciones que no son contratos las reglas de la nulidad por analogía, ello es posible debido a las diversas disposiciones legales en las cuales se preceptúa que la omisión de un determinado requisito acarrea al nulidad del acto; así sucede respecto de la *tradición* (artículos 672 a 678 inclusives, del Código Civil), que puede ser nula por falta de consentimiento del adquirente o su representante, según se ha fallado (28); el *pago* (artículos 1576 y 1578 del mismo Código), que ha sido declarado nulo en diversas oportunidades por los Tribunales (29), lo mismo que la *dación en pago* (30), *la novación* (artículo 1630) y la *remisión* (artículo 1652).

En cuanto al Derecho de Familia, la convención que, sin ser contrato, tiene mayor importancia, son las *capitulaciones matrimoniales,* es decir "la convención por la cual los esposos reglan sus intereses pecuniarios" (31), la cual debe reunir los requisitos generales a toda convención con las modificaciones que establece el Código Civil; faltando uno de ellos, las capitulaciones matrimoniales adolecen de un vicio de nulidad, por lo cual los Tribu-

(28) *Revista,* tomo 39, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 65.

(29) *Revista,* tomo 22, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 674; tomo 29, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 611; tomo 39, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 77.

(30) *Revista,* tomo 29, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 50.

(31) ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada,* N.° 28, pág. 43.

nales las pueden declarar nulas, como ha sucedido en diversas oportunidades (32).

29.—Situación de las particiones de bienes.—Se entiende por partición de bienes, en general, "la separación, división y repartimiento que se hace de la cosa común, entre las personas a quienes pertenece" (33). Nuestro Código Civil reglamenta minuciosamente esta institución jurídica, y establece por fin una regla común a toda partición, que está contenida en el artículo 1348, y según la cual "las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos" (inciso 1.º), disposición que ha sido aplicada con frecuencia por los Tribunales de Justicia (34); "en vista de este artículo, las particiones, o sea, la totalidad de los trámites, actuaciones y operaciones que constituyen una partición, pueden ser anulados o rescindidos, y no las adjudicaciones aisladamente consideradas" (35).

En consecuencia, a las particiones de bienes se les aplican todas las normas contenidas en el Título XX del Libro IV del Código Civil, en la misma forma que si se tratara de un contrato.

30.—Razón de la disposición del artículo 1348 del Código Civil.—¿Cuál es la razón de ser de la disposición citada? En primer lugar, se puede sostener que el Código estima que las particiones de bienes no son contratos, ya que de serlo, no habría repetido en el artículo 1348 lo que dispuso en los artículos 1681 y siguientes, que son los que contienen las reglas generales sobre la materia, o a lo más, habría dicho que las particiones se pueden anular como los "demás" contratos (36).

Ahora bien, el que no sea contrato no le quita el carácter de convención o acto jurídico bilateral, ya que para el perfeccionamiento de una partición es necesaria la intervención de dos o más personas con intención de producir efectos jurídicos, como reza la definición usual de tales actos, aunque a veces las personas pueden verse arrastradas a ella contra su voluntad; pero al mismo tiempo, las particiones de bienes tienen un carácter procesal, constituyen un verdadero juicio divisorio, regido por el Código de Procedimiento Civil, y este último carácter es el más pronunciado en la institución de que nos estamos ocupando.

(32) *Revista,* tomo 31, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 337.

(33) CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XVII, N.º 2344, pág. 53.

(34) *Revista,* tomo 10, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 525; tomo 21, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 1072; tomo 26, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 399; tomo 38, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 176.

(35) SILVA BASCUÑAN, MARCOS, *La Partición de Bienes,* N.º 350, pág. 179.

(36) CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XVII, N.º 2660, pág. 254.

Aunque en general, las actuaciones producidas en juicio, sometidas como están a las leyes de procedimiento, no pueden invalidarse sino por los recursos judiciales que ellas determinen, hay sin embargo, actuaciones judiciales, como las adjudicaciones en juicios divisorios, que constituyen verdaderos contratos, que en ese carácter pueden ser invalidados por la vía de la nulidad establecida por el Código Civil; así se ha fallado (37).

31.—Consecuencias del doble carácter jurídico de las particiones de bienes.—Lo dicho confirma, pues, que las particiones de bienes tienen el doble carácter de convención y de procedimiento judicial, y "dada la índole contractual de los actos que dentro del juicio divisorio acuerda las partes para llevar a efecto el reparto de los bienes, el artículo 1348 del Código Civil, reconociendo ese carácter a tales acuerdos, y colocándolos por encima de las resoluciones mismas del árbitro, dispone que las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos" (38).

El Código Civil quiere hacer resaltar y poner en evidencia el carácter de acto jurídico de índole propiamente civil que tienen muchas de las actuaciones efectuadas en un juicio de partición; pero la aplicación de ese precepto queda subordinada a que las particiones sean actos civiles y no procesales, o como dice una sentencia, "ese precepto tiene cabal aplicación siempre que se trate, no de la ritualidad judicial propiamente dicha, sino de vicios o defectos que se refieren en grado prohibido a la naturaleza jurídica de los actos ejecutados en la partición, o a la constitución o existencia legal del compromiso mismo" (39). El citado carácter proviene de la naturaleza especial de las particiones, en que la voluntad de las partes tiene la máxima importancia y valor, pudiendo ellas acordar lo que más les convenga; el Juez partidor sólo es llamado a resolver en el desacuerdo de las partes.

En cuanto a juicios regidos por el Código de Procedimiento

(37) *Revista,* tomo 26, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 241.

(38) *Revista,* tomo 26, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 399.

(39) *Revista,* tomo 10, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 525.

Civil, las particiones de bienes, y lo que en ellas se resuelva, pueden ser atacadas por los recursos procesales pertinentes, inclusive la resolución final, conocida como Laudo y Ordenata; y la circunstancia de que ésta se encuentre ejecutoriada por no haberse deducido en su contra esos recursos procesales, no afecta a la nulidad de otras actuaciones del mismo juicio, que tienen al mismo tiempo, el carácter de actos o contratos civiles que pueden ser anulados por una acción civil distinta de los recursos procesales. Así lo han resuelto nuestros Tribunales (40) e igualmente que la aprobación del Laudo y Ordenata por la justicia no puede impedir el ejercicio de las acciones de nulidad (41), sentencia que recalca la coexistencia en las particiones, de los dos caracteres jurídicos mencionados: el civil, de contrato, y el procesal, de juicio divisorio.

32.—Las adjudicaciones, y su situación en relación con las particiones.—Intimamente ligadas con las particiones, se hallan las adjudicaciones, las que dentro del régimen sucesorio, son definidas por don Luis Claro como "la aplicación de bienes o valores determinados de los que figuran en el inventario o constituyen la herencia, hecha a cada uno de los partícipes en pago de su haber, según su respectivo título" (42); en otras palabras, es la determinación de qué bienes o parte de bienes corresponden a cada uno de los copartícipes de la masa común de ellos. Las adjudicaciones son, por lo tanto, meros títulos declarativos de dominio, no traslaticios del mismo, y su máxima aplicación la reciben en las particiones, que tienen por objeto, precisamente, determinar las adjudicaciones que deben hacerse, y en qué forma se debe dividir la masa común de bienes; en vista de que para su formación o existencia requieren del concurso de dos o más voluntades, son actos jurídicos bilaterales, o convenciones, por lo cual quedan sujetas en todo a las reglas de la nulidad civil.

Debido a su relación tan estrecha con las particiones, la nulidad de ésta acarrea la invalidación de las adjudicaciones que en ellas se efectúan, ya que siendo nula la causa que les da origen, tiene que desaparecer también el efecto. Sin embargo, hay casos en que la adjudicación misma puede ser nula, por defectos propios, sin que toda la partición lo sea también; y esta situación, que

(40) *Revista*, tomo 26, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 241.
(41) *Revista*, tomo 38, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 176.
(42) Obra citada, tomo XVII, N.º 2494, pág. 148.

se produce en otros juicios en los cuales se generan actos jurídicos de índole civil, tales como los juicios ejecutivos, es lógica, puesto que son dos cosas distintas la adjudicación y la partición en que tiene lugar, y siendo nulo el efecto por vicios inherentes a él, no existe razón por la cual deba ser también nula la causa que le dió origen.

33.—Distinción que es necesario hacer entre las particiones para la aplicación del artículo 1348 del Código Civil.—Hasta ahora, hemos hablado de la aplicación del artículo 1348 del Código Civil a todas las particiones, indistintamente, sin hacer distinciones entre ellas, y más aún, al citar a dicho artículo hemos afirmado que se trata de una regla común a todas las particiones, ya que el Código no limita su aplicación en forma alguna; por el contrario, coloca a esta disposición al final del párrafo, como queriendo significar que su aplicación se extiende a todo lo dispuesto en dicho párrafo, sin limitaciones.

Sin embargo, algunos autores, de Derecho Procesal especialmente (43), concordando el Código Civil con el Código de Procedimiento Civil, sostienen que para la aplicación del artículo 1348, según el cual las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, es menester distinguir entre particiones hechas de común acuerdo y particiones hechas ante partidor.

34.—Particiones hechas de común acuerdo por los interesados.—Las particiones hechas de común acuerdo no ofrecen problema, pues revisten todos los caracteres de un contrato; en efecto, no existe el juez partidor, sino que es un acuerdo de la voluntad de los interesados, que convienen libremente en la forma de hacer la distribución de los bienes comunes. Como verdadero contrato que es tal clase de partición, el artículo 1348 tiene plena aplicación, sin limitaciones de ninguna especie.

35.—Particiones efectuadas ante juez partidor.—Pero las particiones hechas ante partidor, afirman los autores, revisten el carácter de juicio y no de contrato; este tipo de particiones es el que hemos considerado, precisamente, con preferencia en el presente párrafo, y es el que presenta los caracteres más interesantes para su estudio.

Al decir los autores que esta clase de particiones reviste el

(43) ALESSANDRI RODRIGUEZ, FERNANDO, *Las Particiones de Bienes (Explicaciones de Clases revisadas por el Profesor)*, N.º 99, pág. 91.

carácter de juicio más que de convención, limitan considerablemente el campo de aplicación del artículo 1348 del Código Civil, pues, concordante con la opinión que expresan, le dan una mayor aplicación a la nulidad procesal, que es aquella que sirve para invalidar actuaciones procesales. Sin embargo, reconocen que el artículo recién citado tiene aplicación en casos calificados y excepcionales. No estamos de acuerdo, como ha quedado en evidencia por lo ya expuesto, en el reducido campo de aplicación que algunos confieren al citado artículo (44), pues hemos visto que en muchos casos, el carácter de juicio, que para el citado autor es más importante, no prima sobre el de contrato o convención de la partición, ya que debido a su naturaleza especial, la voluntad de las partes es soberana, y su acuerdo es superior a las resoluciones del partidor, el que sólo es llamado a resolver en su desacuerdo, quedando el carácter de juicio, que no desaparece, relegado a segundo término. Así lo ha declarado una sentencia de nuestros tribunales, que acogió la siguiente doctrina: "Dada la índole contractual de los actos que dentro del juicio divisorio acuerdan las partes para llevar a efecto el reparto de los bienes, el artículo 1348 del Código Civil, reconociendo ese carácter a tales acuerdos, y colocándolos por encima de las resoluciones mismas del árbitro, dispone que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos" (45).

De aplicarse a estos juicios particionales, que revisten el carácter de convenciones más que de juicio, únicamente la nulidad procesal, que se sanea por el hecho de pasar la resolución afectada en autoridad de cosa juzgada, se producirían injusticias, puesto que sería imposible atacar actos nulos fuera del juicio de partición mismo, y actos puramente civiles, nulos por haberse cometido irregularidades en su celebración, no podrían ser anulados después de pasado el término que hace adquirir el carácter de firme al Laudo y Ordenata.

Además, si se acepta tal doctrina, se contraría abiertamente el artículo 1348, que, como hemos dicho anteriormente, no distingue entre los diversos tipos de partición, y permite que se ejercite la acción ordinaria de nulidad contra ellas, contándose el plazo de prescripción respecto de esta acción de nulidad según las reglas

(44) Entre ellos, don Fernando Alessandri Rodríguez, en la obra citada, N.° 99, pág. 100.

(45) *Revista*, tomo 26, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 399.

generales que fijan la duración de esta especie de acciones (artículo 1352 del Código Civil); de esto se desprende que la acción ordinaria de nulidad se puede ejercitar aún cuando el Laudo y Ordenata hayan sido aprobados por la justicia ordinaria, y pasados en autoridad de cosa juzgada, doctrina que ha sido aceptada por la jurisprudencia (46).

Es justo que así sea, porque se trata de verdaderos actos civiles, que no tienen por qué quedar subordinados a las normas que rigen la nulidad de actuaciones procesales que no revisten ese carácter, y que tienen su razón de ser, pero que aplicada a un acto civil, resultan injustas, debido a la naturaleza y características diferentes de unas y otros.

36.—Confirmación de la jurisprudencia.—Confirmando estas ideas, los Tribunales de Justicia han declarado que "un fallo arbitral es nulo absolutamente cuando ha sido nombrado árbitro una persona jurídica, siendo que sólo puede serlo una persona natural" (47), y al decir nulo absolutamente, se refiere indudablemente a la nulidad civil, porque en la nulidad procesal no existe la distinción entre nulidad absoluta y relativa. En la misma forma, en otra sentencia se declaró que "el requisito de la ley que exige que en caso de desacuerdo de las partes el nombramiento de partidor debe recaer en un abogado, es un requisito que la ley prescribe para el valor del acto mismo; y, en consecuencia, el nombramiento de un ingeniero como árbitro para partir unas aguas, hecho por el juzgado en desacuerdo de las partes, es nulo absolutamente" (48). Si es nulo ese nombramiento, tendrá que serlo igualmente todo cuanto ejecute el árbitro en cumplimiento de su mandato, incluyendo el fallo que dicte, resolviendo la cuestión controvertida.

En estas sentencias, la jurisprudencia reconoce la aplicación de las reglas del Título XX del Libro IV del Código Civil al fallo arbitral, acto que pudiera considerarse como una actuación puramente procesal, debido a que se ha dictado en un juicio particional, que reviste en cierto modo el carácter de contrato; el fallo nulo es el resultado de la nulidad de todo lo obrado, y esto proviene del hecho que el nombramiento mismo del partidor es nulo, por la razón indicada en las sentencias transcritas.

(46) *Revista*, tomo 38, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 176.

(47) *Revista*, tomo 5, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 381.

(48) *Revista*, tomo 8, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 94.

Como argumento final, se puede decir que si un contrato es nulo, lo será también todo lo que se haga en cumplimiento de ese contrato; esto es lo que sucede en el caso en estudio: el nombramiento de partidor es un verdadero contrato, cuando ha sido hecho por las partes de común acuerdo, y si esa designación es nula, por vicios inherentes a ella, es nulo igualmente todo lo obrado por el árbitro. El carácter de contrato que reviste el nombramiento de árbitro ha sido expresamente reconocido por una sentencia, que dice: "El nombramiento de liquidador (árbitro) no es un acto de carácter procesal, sino un contrato de donde emana la jurisdicción del árbitro nombrado" (49).

Y no se crea que sólo pueda anularse el fallo final dictado por el árbitro, según las reglas de la nulidad civil, sino que, según vimos, es posible atacar mediante la acción ordinaria de nulidad cualquiera actuación del juicio particional que revista los caracteres de acto civil; los Tribunales han declarado expresamente que "no procede sostener que el artículo 1348 del Código Civil, según el cual las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos, se refiere a la sentencia o laudo, y no a lo actuado anteriormente en la partición misma, expresándose que a este respecto, debe reclamarse oportunamente dentro del juicio de partición, ya que ese precepto tiene debida aplicación precisamente siempre que se trate de vicios o defectos prescritos por la ley, atendida la naturaleza jurídica de los diversos actos ejecutados en la partición o a la constitución o existencia legal del compromiso mismo" (50). De otro modo sería subordinar actos puramente civiles a normas de nulidad procesal, obligando a las partes a reclamar de esa nulidad dentro del juicio mismo, y prohibiéndoles el ejercicio de la acción ordinaria de nulidad con posterioridad a ese juicio particional.

37.—Coexistencia del carácter civil y procesal en ciertas actuaciones de la partición.—Bien puede suceder que en un juicio particional existan actos jurídicos que revistan los caracteres de actos civiles y procesales, simultáneamente; en un caso de esta naturaleza, todo lo que hemos dicho hasta ahora no debe entenderse de un modo absoluto, porque es evidente que tales actuaciones pueden ser atacadas, sea por la vía de la nulidad procesal,

(49) *Revista*, tomo 38, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 396.

(50) *Revista*, tomo 21, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 1072.

reclamando de ella dentro del juicio, antes de que la resolución adquiera fuerza de cosa juzgada y mediante los recursos que la ley franquea, sea mediante la acción ordinaria de nulidad civil, que puede ser ejercida fuera del juicio, y aún cuando éste haya terminado por sentencia firme. En consecuencia, es perfectamente posible la coexistencia de acciones de nulidad, civil y procesal, porque no existe contraposición entre ellas; todo lo contrario, ambas clases de acciones tienden a un mismo fin, a saber, obtener que se declare la nulidad de un acto jurídico; difieren únicamente en cuanto a la manera de hacerlas valer, y al procedimiento a que está sujeto su ejercicio; pero la nulidad que resulte de su ejercicio es la misma, y produce el mismo efecto: las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de haberse celebrado o ejecutado el acto jurídico que se anuló.

38.—Otros actos bilaterales.—Para terminar todo lo relativo a la aplicación de las reglas de la nulidad civil a las convenciones que no constituyen contratos, se puede afirmar que las reglas de la nulidad civil se aplican a toda clase de acuerdos entre partes, estén o no regidos por el Código Civil, y así pueden declararse nulos "acuerdos tomados en junta general de accionistas, en los que se dispuso que la repartición de los bienes sociales se hiciera sin tasación" (51), o "en que se decidió la liquidación de la sociedad antes del plazo" (52); acuerdos tomados en juicios de aguas (53), etc.

C) Actos unilaterales

39.—Razones que hacen aplicables las normas de la nulidad civil a los actos unilaterales.—Existen las mismas razones para que la nulidad regida por el Código Civil se aplique igualmente a los actos jurídicos unilaterales, es decir, a aquellos actos que sólo requieren de la manifestación de la voluntad de una sola persona para perfeccionarse, y aún cuando el Código Civil no ha precisado el concepto de la palabra "acto", que usa muy a menudo, se acepta en forma unánime que por regla general, "acto" se contrapone a "contrato", como sucede en los artículos 1681 y 1682, queriendo significar acto jurídico unilateral.

(51) *Revista*, tomo 8, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 39.

(52) *Revista*, tomo 3, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 26.

(53) *Revista*, tomo 8, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 87.

Además de que existen las mismas razones para aplicar la nulidad a los actos jurídicos unilaterales, como sanción por la omisión de requisitos de validez, el Código ha sancionado expresamente estas omisiones con la nulidad de los numerosos actos unilaterales que reglamenta, o que quedan regidos por otros cuerpos legales. Así, el testamento, el más importante acto unilateral dentro de nuestra legislación civil, reglamentado en el Título III del Libro III del Código Civil, es el que ha dado origen a la jurisprudencia más abundante en lo que se refiere a la nulidad por omisión de requisitos en su otorgamiento, o por haberse contravenido la ley respecto de sus condiciones de validez como testamento. Citaremos esta jurisprudencia al analizar con detenimiento las causas de nulidad absoluta.

40.—Otros actos unilaterales.—Los demás actos unilaterales que pueden ser anulados según las disposiciones del Código Civil, se encuentran en el Derecho de Familia, y en otros cuerpos legales; entre otros, el Código Civil reglamenta, señalando los requisitos que deben contener para que sean válidos, a la *legitimación*, cuyo requisito fundamental está establecido en el artículo 209, y cuya sanción, que es su nulidad, aunque el Código no use la palabra, está establecida en el N.° 4.° del artículo 217. Los Tribunales de Justicia han declarado la nulidad de legitimaciones que no se conforman a los preceptos legales, y a esta jurisprudencia nos referiremos al tratar de las causas de nulidad; sin embargo, desde luego podemos citar la sentencia que declaró "que una legitimación puede ser declarada nula absolutamente de oficio, si aparece de manifiesto que fué hecha de instrumento público otorgado fuera del plazo fatal de 30 días a contar desde la celebración del matrimonio" (54), o sea, en contravención a lo dispuesto en el citado artículo 209.

Igualmente, quedan incluídos en este párrafo la *emancipación voluntaria* (artículo 265 del Código Civil); la *manifestación de pertenencias mineras*, reglamentadas por el Título IV del Código de Minería, y su *mensura* (Título V); el *protesto de una letra de cambio*, que ha sido declarado nulo por los Tribunales (55), etc.

(54) *Revista*, tomo 41, 2.ª parte, sec. 2.ª, pág. 38.
(55) *Revista*, tomo 39, 2.ª parte, sec. 1.ª, pág. 237.

§ III.—¿Puede ser declarado nulo un contrato disuelto?

41.—Las causas de disolución de los contratos pueden ser agrupadas en dos.—Según el artículo 1545 del Código Civil, "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por causas legales".

De aquí resulta que son varias las causas que pueden dar origen a la disolución del contrato, es decir, a su terminación, a la desaparición del vínculo jurídico obligatorio que une a las partes que lo estipularon: una, el mutuo consentimiento; y otras, las "causas legales" a que se refiere el Código. Entre estas causas legales están la resolución, la nulidad y rescisión, la muerte de alguno de los contratantes, en ciertos casos, la renuncia, etc.

Siendo los contratos acuerdos de voluntad de dos o más personas, nada más lógico que permitir que ellas, de común acuerdo, dejen sin efecto lo que ellas mismas estipularon. Esta manera de disolver un contrato se denomina "resiliación". Sin embargo, cuando un contrato es de tracto sucesivo, es decir, un contrato cuya ejecución se perpetúa a través del tiempo, cumpliéndose las prestaciones en forma sucesiva, periódica y regular, la disolución por común acuerdo se llama "terminación", porque únicamente cesan las prestaciones futuras; lo ya ejecutado no sufre ninguna alteración.

Al lado de esta forma de disolución están las causas legales, que son ciertos hechos a los que la ley considera de naturaleza tal que, al producirse, dan lugar a la disolución o destrucción del contrato al que afectan.

42.—Hay causas de disolución de contratos que operan con efecto retroactivo.—Algunas formas de disolución de contratos operan en forma retroactiva, es decir, destruyen el vínculo contractual en forma tal que no sólo deshacen el contrato, sino que hacen, además, volver las cosas al estado en que se encontrarían si el contrato no se hubiese celebrado: es la forma más absoluta de destrucción de un acto jurídico y de sus efectos.

La declaración de la nulidad del contrato, o su resolución por cumplirse alguna condición resolutoria, producen el efecto retroactivo a que nos referíamos. Por tal motivo, anulado o resuelto un contrato, las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de su celebración.