

ción no descansa menos que el de anulación sobre la base de los deberes morales de la administración, porque los vicios del acto pueden ser invocados por el recurso ordinario lo mismo que por el recurso por abuso de poder. Además, si los administrados que se encuentran en una situación de gestión pueden oponer derechos a la administración, se puede decir que es en parte, porque ellos le han aportado su concurso, pero también en parte porque ella reconoce que ella se debe a sí misma el acordarles compensación. En la materia de indemnizaciones, se encontrarían numerosos casos en que la indemnización comienza por ser graciosa antes que el derecho a indemnización sea reconocido (29).

Toda exteriorización de voluntad es entonces la fuente de una responsabilidad moral. Según esto, esta responsabilidad moral es a su vez la base de obligaciones jurídicas y de derechos. De obligaciones jurídicas, porque el interés social exige que la obligación moral se transforme en obligación jurídica, como esto aparece muy netamente con la institución del recurso por abuso de poder organizado como un verdadero recurso contencioso. De derechos, porque la sociedad no sabría reconocer derechos sino a seres responsables, que es natural que ella haga la contraparte de la responsabilidad y que ella los mida sobre una extensión de responsabilidad que su mismo agente le habrá proporcionado. En derecho administrativo, donde la administración realiza ella misma su derecho por la "decisión ejecutoria", se puede concluir que lo que hace la virtud "ejecutoria" de la decisión, es, por contraparte, la responsabilidad moral que la administración reconoce espontáneamente haber tomado al emitir esa declaración de voluntad.

## VALOR JURÍDICO DEL SILENCIO

ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ

Fuentes RDJ Doctrina, Tomo XXXVIII, Nros. 9 y 10, 133 a 141  
Cita Washlaw Chile: DD216102010

¿Puede suceder que la persona a quien se propone un contrato no manifieste la voluntad de aceptarlo o rechazarlo, ni expresa, ni tácitamente, que guarde silencio. ¿Qué consecuencias derivan de esta actitud? ¿Puede estimarse su silencio como una manifestación de voluntad?

Para que este problema se plantee, es esencial que haya realmente silencio, que la persona de quien se trata no manifieste su voluntad con relación a un acto jurídico en forma alguna, ni de palabra, ni por signos, ni por actos o hechos de los cuales pueda inducirse una voluntad tácita (1). Jurídicamente el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aun tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento en favor o en contra del contrato que se le propone, como si yo recibo durante cierto tiempo y sin protestar un diario al cual no me he suscrito, o una carta en la cual se me ofrece en venta un determinado objeto, la que no contesto. De ahí que, en nuestro concepto, no haya silencio, ni en el caso de la tácita reconducción, contratariamente a lo que creen algunos autores (2), ni en el artículo 2124 del Código Civil, en ambos hay voluntad tácita derivada, sea del pago de la renta por el arrendatario con el beneplácito del arrendador de un espacio de tiempo subsiguiente a la terminación del arriendo o de cualquier otro hecho igualmente inequívoco de su intención de perseverar en el arriendo (artículo 1956 del Código Civil), sea de la realización por el mandatario de un acto en ejecución del mandato (artículo 2124 del Código Civil) (3).

(1) DEMOGUE: *Traité des obligations en général* tomo I, N° 185, pág. 298; POPESCO-RAMNICEANO: *Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit*, artículo publicado en la *Revue trimestrielle de Droit Civil*, tomo XXXI, año 1930, pág. 999.

(2) COLIN y CAPPIANT: *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, 4ª edición, N° 26, pág. 24; DE PAGE: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, tomo II, N° 544, pág. 466; PLANIOL y RIPERT: *Traité Pratique du Droit Civil Français*, tomo VI, N° 106, pág. 132.

(3) En el mismo sentido: DEMOGUE, obra citada, tomo I, N° 185, pág. 299 y nota 2 de la misma página; POPESCO-RAMNICEANO, artículo citado, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo XXXI, año 1930, pág. 1002.

(29) Por ejemplo las pensiones militares por los soldados heridos.

2° Es innegable que en ocasiones el silencio produce efectos jurídicos. Desde luego, cada vez que la ley dispone algo, salvo estipulación en contrario, el silencio de las partes significa aceptación de la regla legal (4). En segunda, el silencio o la inacción del acreedor durante el tiempo requerido por la ley extingue las acciones y derechos (artículo 2514 del Código Civil). El silencio puede también constituir un delito penal (artículos 494, N° 9°, Código Penal y 107 Código de Procedimiento Penal) y un delito o un cuasidelito civil, como en el caso de los artículos 368, 477 y 667 del Código de Comercio; puede ser fuente de responsabilidad contractual, así sucede tratándose de los vicios redhibitorios (artículo 1858, N° 3°, y 1861 del Código Civil) y de las turbaciones de derecho que sufre el arrendatario (artículo 1930, inciso 4° del Código Civil); puede importar aceptación de un estado civil (artículo 212 del Código Civil), de ciertos hechos (artículo 195 del Código Civil) o de la factura entregada por el vendedor (artículo 180 Código de Comercio), repudiación de un derecho (artículo 1233 del Código Civil) o caducidad del nombramiento de albacea (artículo 1276 del Código Civil).

En materia procesal, el silencio puede constituir confesión (artículos 384 y 457 Código de Procedimiento Civil), aceptación de las resultas de un litigio (artículo 22 Código de Procedimiento Civil) o de lo obrado en el artículo 83 Código de Procedimiento Civil), reconocimiento de la autenticidad de un instrumento (artículos 331, N° 3° y 335, N° 3°, Código de Procedimiento Civil) y voluntad de ser pagado de un crédito hipotecario con el precio de la subasta (artículo 514, Código de Procedimiento Civil).

La ley va mas lejos aun. El silencio de una de las partes puede importar voluntad suficiente para generar un contrato, como en el caso de los artículos 2125 y 2195, inciso 2° del Código Civil; el silencio durante un término razonable de la persona que por su profesión u oficio se encarga de negocios ajenos se mirará como aceptación del encargo que una persona ausente le hace; la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por mera tolerancia del dueño, constituye comodato precario.

El papel del silencio en la vida jurídica, como fuente de derechos y obligaciones y como modo de extinción de los mismos, no puede, pues, ponerse en duda.

3° Sin embargo, del conjunto de estos preceptos no puede desprenderse que el silencio sea siempre y en toda ocasión fuente de efectos jurídicos y que el adagio quien calla otorga tenga el valor de una regla de

(4) PLANIOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 108, pág. 131.

derecho (5). El silencio es, por naturaleza, equívoco: el que calla no dice ni sí ni no; si alguna voluntad expresa es la de no manifestar ninguna. Callarse no significa, pues, aceptar, ni tampoco rechazar. Como dice de Page, uno puede callarse, porque desea reflexionar o porque le es indiferente el asunto de que se trata (6).

Si en los casos referidos el silencio significa, según las circunstancias, aceptación o rechazo de un derecho u obligación o de un determinado efecto jurídico, es porque la ley, interpretando ese silencio presume que su autor, al no expresar voluntad contraria, ha querido producir el efecto señalado por la ley, que se reputa conocida de todos. El heredero que, constituido en mora de declarar si acepta o repudia, nada dice en el plazo señalado al efecto, sabe que su silencio importará repudiación; la persona que, por su profesión u oficio, se encarga de negocios ajenos, sabe que su silencio durante un tiempo razonable se mirará como aceptación del encargo que le hace una persona ausente. Luego, al no expresar una voluntad contraria, demuestra con ello que es la suya acogerse a la regla legal y dejar que se produzca el efecto que ésta atribuye a su silencio.

En realidad, si alguna fórmula pudiera enunciarse como regla general, en presencia de los preceptos antes citados, sería la de que quien calla otorga cuando ha podido y debido hablar, como decían los antiguos, porque de todos esos preceptos se desprende que la responsabilidad civil o penal y la aceptación o repudiación que es consecuencia del silencio, provienen de que la persona no habló cuando la ley la obligaba a ello, sea en razón de su profesión u oficio, como es el caso del artículo 2125 del Código Civil, de la calidad con que actuó, como en el de los artículos 1858 y 1930 del Código Civil y 160 y 667 del Código de Comercio, o lisa y llanamente por habersele notificado para que hablara, como sucede en los casos de los artículos 195, 212, 1233 y 1276 del Código Civil y 22, 331, N° 3°, 335, N° 3°, 384, 457 y 514 del Código de Procedimiento Civil. Pero en todos ellos la obligación de hablar está impuesta por la ley y es también ésta la que sanciona su incumplimiento en alguna de las formas señaladas. El silencio produce allí una determinada consecuencia porque así lo dispone la ley.

4° Fuera de estos casos, cuando la ley nada ha dicho, ¿qué valor tiene el silencio? ¿importa manifestación positiva de voluntad? ¿Puede dar origen a un vínculo contractual?

(5) PLANIOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 108, pág. 133; DE PAGE, obra citada, tomo I, pág. 37, nota 2; tomo II, N° 544, pág. 466; GAUDENIET, *Theorie Générale des Obligations*, pág. 42; COLIN y CAPRANT, obra citada, tomo II, 8ª edición, N° 26, pág. 35; CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo XI, N° 747, página 106.

(6) DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 544, pág. 466 in fine.

La negativa es, a nuestro juicio, evidente. El consentimiento puede exteriorizarse en forma expresa o tácita; pero en todo caso debe ser cierto, positivo. El consentimiento no puede presumirse, salvo en los casos expresamente señalados por la ley. Quien calla no expresa ninguna voluntad si no es la de callar. Del silencio puede deducirse tanto una aceptación como un rechazo y para ligarse por un contrato es esencial la voluntad inequívoca de celebrarlo.

En principio, el silencio no es manifestación de voluntad eficaz para generar un contrato; el silencio de la persona a quien se hace una oferta no significa, por tanto, aceptación (7). La jurisprudencia francesa ha fallado que el silencio de una persona a quien un banquero escribió una carta manifestándole haber suscrito ciertas acciones en su nombre y haber cargado en cuenta el valor de la primera cuota, no importaba aceptación de lo obrado por el banquero (8), que tampoco la constituye el hecho de que la persona a quien se le envía durante cierto tiempo un periódico sin contrato previo no lo rechace ni rehuse, aunque el periódico contenga la indicación de que el silencio o su no devolución significará la intención de abonarse a él (9); ni el hecho de que quien recibe mercancías o mercaderías remitidas a su domicilio por otra persona, nada diga, aunque en ellas se exprese que, salvo devolución dentro de cierto plazo, se le considerará como comprador de las mismas (10). Todo, ésto por la sencilla razón de que el autor del envío carece de derecho para obligar a dar respuesta (11).

(7) BONNECASE, Précis de Droit Civil, tomo II, N.º 198, pág. 227; PLANOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N.º 108, pág. 133; DEPAGE, obra citada, tomo II, N.º 544, pág. 467; COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo II, 8.ª edición, N.º 26, págs. 25 y 26; DEMOGUE, obra citada, tomo II, N.º 555, pág. 172; PLANOL, Traité Élémentaire de Droit Civil, tomo II, 10.ª edición, N.º 972, pág. 353.

(8) COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo II, 8.ª edición, N.º 26, pág. 25; DEPAGE, obra citada, tomo II, N.º 546, pág. 468; PLANOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N.º 108, página 133; DEMOGUE, obra citada, tomo II, N.º 555, pág. 173.

(9) PLANOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N.º 108, pág. 134; DE PAGE, obra citada, tomo I, pág. 37, nota 2 y tomo II, N.º 546, página 368; GAUDEMET, obra citada, pág. 42; COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo II, 8.ª edición, N.º 26, pág. 25; DEMOGUE, obra citada, tomo II, N.º 555, pág. 174.

(10) COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo II, 8.ª edición, N.º 26, pág. 26; PLANOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N.º 108, página 134; DEMOGUE, obra citada, tomo II, número 555, pág. 174.

(11) He ahí por qué las menciones que suelen contener algunas facturas comerciales, por ejemplo, el pago de intereses si la factura no es cancelada dentro de cierto plazo, no pueden estimarse aceptadas por el hecho de que su destinatario guarda silencio; DEMOGUE, obra citada, tomo II, N.º 555, pág. 175; GAUDEMET, obra citada, pág. 42, nota 2. En apoyo de la opinión contraria no puede invocarse el artículo 160 del Código de Comercio, porque, según éste, el silencio del comprador dentro del plazo allí señalado sólo importa aceptación de la factura en cuanto a los hechos de que no trata el inciso 1.º del mismo artículo, a saber, las mercaderías que han sido objeto de la compra-venta y el pago del todo o parte del precio.

5.º Pero ésto no significa que el silencio no pueda constituir en ciertos casos una manifestación de voluntad suficiente para generar un contrato. ¿Cuándo será así?

A juicio de Demogue, cada vez que ello sea útil a una persona y no se contrate el interés general (12). Pero este criterio no es compartido por el resto de la doctrina, ni por la jurisprudencia, porque es de tal vaguedad e imprecisión que, de aceptarlo, no habría seguridad en los negocios, ni garantía de que no hubiésemos de quedar ligados por las ofertas de toda índole que recibimos a diario.

Según la opinión generalmente admitida, el silencio constituye una manifestación de voluntad suficiente para generar un contrato cuando acompañado de otras circunstancias que permitan considerarlo, sin ambigüedades, como expresión de la voluntad de la persona de que se trata. Ésto es lo que los autores denominan el silencio circunstancial (13). Tales circunstancias, que los jueces del fondo apreciarán soberanamente, por tratarse de una cuestión de interpretación de voluntad (14), pueden ser muchas y de muy diversa naturaleza.

La existencia entre las partes de relación de negocios anteriores o de un contrato que está en ejecución es considerada por la jurisprudencia francesa como una circunstancia que autoriza para interpretar como aceptación el silencio del destinatario hacia su cliente habitual que le envía o le pide una mercadería o le hace un encargo de proviencio en esas relaciones (15). Si, por ejemplo, el dueño de un restorán de provincia escribe a su proveedor habitual, residente en Santiago, que cuenta con él para que le procure, como en otras ocasiones, tales y cuales artículos para las fiestas de Navidad, el silencio del proveedor constituye aceptación del pedido (16). Se estima asimismo que el silencio constituye aceptación cuando en la operación de que se trata el hecho de no protestar dentro de cierto tiempo se mira como aceptación según los usos y cos-

(12) DEMOGUE, obra citada, tomo I, N.º 198, pág. 305.

(13) PLANOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N.º 109, pág. 135; DE PAGE, obra citada, tomo I, pág. 37, nota 2 y tomo II, N.º 544, pág. 467; GAUDEMET, obra citada, pág. 42; COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo II, 8.ª edición, N.º 26 in fine, pág. 26; DE RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil, tomo I, traducción española de la 4.ª edición italiana, página 254; CLARO SOLAR, obra citada, tomo XI, N.º 747, pág. 108.

(14) DE PAGE, obra citada, tomo II, N.º 545, pág. 467; PLANOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N.º 109, pág. 135.

(15) COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo II, 8.ª edición, N.º 26, pág. 24; DE PAGE, obra citada, tomo II, N.º 546, pág. 468; PLANOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N.º 109, pág. 136; DEMOGUE, obra citada, tomo I, número 187, pág. 301 in fine; BONNECASE, obra citada, tomo II, N.º 284, pág. 272.

(16) Ejemplo citado por COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo II, 8.ª edición, N.º 26, pág. 24.

tumbres en vigor, y ello aunque no existan entre las partes relaciones de negocios anteriores (17).

El silencio importa igualmente manifestación de voluntad si así lo han convenido las partes (18). Estas pueden estipular, por ejemplo, que un contrato de arrendamiento, de trabajo o de sociedad se entenderá prorrogado por períodos sucesivos si ninguna de ellas manifestare a su terminación el deseo de ponerle fin: la prórroga se producirá automáticamente por el silencio de los contratantes. Pueden convenir también que, en sus relaciones recíprocas, el silencio de una respecto de la oferta de la otra importará aceptación (19). Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes (artículo 1545 del Código Civil).

El silencio, por último, será fuente de obligaciones cuando su autor haya abusado de él, sea intencionalmente, sea por culpa o negligencia, y de ello se siguiere perjuicio a un tercero (20). Todo el que cause un daño a otro, por dolo o culpa debe repararlo (artículo 2314 del Código Civil). Pero entonces la obligación que engendra será delictual o cuasidelictual, según el caso, y no contractual. "Si, como dice un autor (21), yo tengo el derecho de no contestar una oferta que recibo, no tengo el de abusar de mi silencio, cuando callándome perjudico a otro a sabiendas. Quedo entonces obligado, porque, al callarme he podido agravar la situación de un tercero, cuando una sola palabra mía habría bastado para ilustrarlo de mis intenciones y evitarle daños inútiles". Luego, si guardo silencio con el propósito deliberado de dañar a otro, o sabiendo que al obrar así lo perjudico, o si mi silencio es imputable a culpa mía o a un cuasi delito incorrecto de mi derecho, abuso de él, como un delito o un cuasi delito que me obliga a reparar el daño que haya causado, y no cabe mejor reparación que obligarme a proceder como si realmente hubiera consentido, toda vez que la ley no ha señalado la forma de la reparación (22). Los artículos 368, 477 y 667 del Código de Comercio están inspirados en este criterio: el que tolera la inserción de su nombre en la razón social, el librado que no devuelve la letra sin aceptar el mismo día que le fué presentada para su aceptación, abusan de su silencio, pues, de hablar oportunamente, como

(17) PLANIOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 109, págs. 136.

(18) DE PAGE, obra citada, tomo I, N° 545, págs. 467; DEMOGUE, obra citada, tomo I, número 187, págs. 302 in fine.

(19) PLANIOL y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 109, págs. 136.

(20) DEMOGUE, obra citada, tomo II, número 556, págs. 180.

(21) POPESCO-RAMNICEANU, Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit, artículo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, tomo XXIX, año 1930, págs. 1066.

(22) POPESCO-RAMNICEANU, artículo citado en la nota precedente, págs. 1006 a 1009.

lo haría un hombre de mediana prudencia, habrían evitado el perjuicio que irrogaron con su actitud.

6° Nuestra jurisprudencia en mas de una ocasión ha atribuido al silencio el valor de una manifestación de voluntad a propósito del consentimiento del acreedor exigido por el N° 3° del artículo 1464 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 de 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 artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, como una aceptación implícita de ese remate (23). 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 N° 3° del citado artículo 1464 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 (24).

En ambos casos se trataba de un silencio acompañado de ciertas circunstancias concurrentes al remate, falta de reclamo, falta de necesidad o utilidad de la prohibición, que los jueces estimaron suficientes para formarse la convicción de que aquel era demostrativo de que el acreedor consintió en la subasta.

7° En resumen, en materia de contractual el silencio sólo importa manifestación de voluntad suficiente:

1. Cuando la ley da este valor expresamente, como en el caso de los artículos 2125 y 2195 del Código Civil (mandatario y comodato precario);
2. Cuando las partes así lo han convenido; y 3° Cuando las circunstancias que lo acompañan permitan atribuirle este carácter.

Fuera de allí, el silencio carece de eficacia para generar un contrato.

El silencio es también fuente de obligación cuando se haya abusado de él por dolo o negligencia y este abuso irroque un daño a terceros. Pero en este caso la responsabilidad de su autor será extrarcontractual y quedará regida por las reglas del título 35 del Libro IV del Código Civil.

8° Las legislaciones vigentes no se ocupan, de ordinario, del silencio. Salvo los Códigos argentino (artículo 919), peruano (artículo 1077) y de la

(23) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XVIII, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 405.

(24) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXII, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 797.

Luisiana (artículo 1811), que contienen un principio general al respecto, los demás, o lo ignoran, como los Códigos francés, belga, español, portugués, o sólo contienen reglas aisladas aplicables a casos determinados, como ocurre con los Códigos de las obligaciones suizo y turco, con los Códigos alemán y chino y con el Código de las obligaciones y de los contratos de la República Libanesa.

Según los Códigos argentino y peruano, "el silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considerará como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los "casos en que exista una obligación de explicarse". La fuente de esta obligación, que el Código peruano no especifica, puede ser, según el Código argentino, la ley, las relaciones de familia o una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. A su vez, el artículo 1811 del Código de la Luisiana dispone que "el silencio o la inacción son en ciertas circunstancias el medio de manifestar un consentimiento creador de obligación".

Los Códigos de las obligaciones de Suiza (artículo 6) y de Turquía (artículo 6) establecen que cuando "el autor de la oferta no debía esperar una aceptación expresa, sea en razón de la naturaleza especial de la oferta, o de las circunstancias, el contrato se reputa celebrado si la oferta no ha sido rechazada en un término razonable". El Código de las obligaciones y de los contratos de la República Libanesa estatuye, a su vez, que "la ausencia de respuesta importa aceptación cuando la oferta dice relación con negocios preexistentes entre las partes" y que "el silencio guardado por el comprador de una mercadería, después de su entrega; importa aceptación de las cláusulas insertas en la factura" (artículo 180).

Como se ve, los principios establecidos por los Códigos citados son, con más o menos amplitud, los mismos que admiten la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia francesas.

El Código alemán (artículo 663), el Código chino (artículo 530) y los Códigos de las obligaciones de Suiza (artículo 395), de Turquía (artículo 387) y de la República de Polonia (artículo 501) consideran también como aceptación del mandato el hecho de que quien ejerce públicamente la profesión de ocuparse de determinados negocios ajenos no rehúse de inmediato el que alguien le confiere relacionado con esa clase de negocios. Es, más o menos, la regla del artículo 2125 de nuestro Código Civil. El artículo 496 del Código Civil alemán dispone además que el silencio del comprador significa su conformidad con la cosa vendida cuando ésta le ha sido remitida para su ensayo o examen.

En el derecho norte-americano el silencio no importa por sí solo manifestación de voluntad; sólo por excepción tiene este valor cuando concurren ciertas circunstancias que permitan atribuírselo (25).

(25) MADRAY, Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats Unis, números 24 y 25, págs. 34 y 35.