

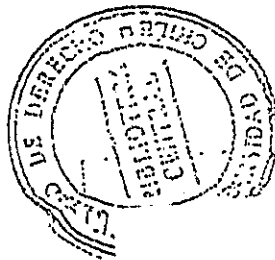
Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Profesor Ordinario y Extraordinario de Derecho
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile, Miembro del Instituto de Chile

22

LA VOLUNTAD Y LA CAPACIDAD EN LOS ACTOS JURIDICOS

CUARTA EDICION ACTUALIZADA



© AVELINO LEON HURTADO
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile
Inscripción N° 79.829
Se terminó de imprimir esta cuarta edición de 1.000 ejemplares
en el mes de diciembre de 1991
IMPRESORES: El Esfuerzo
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE
ISBN 956-10-0928-4

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

00074

Handwritten text in a cursive script, likely a letter or a page from a manuscript. The text is written in dark ink on aged, slightly yellowed paper. The handwriting is fluid and characteristic of the 18th or 19th century. The text is arranged in several paragraphs, with some lines indented. There are some corrections and deletions visible, particularly in the middle section. The overall tone is formal but personal, typical of correspondence of that era.

crédito de ese acreedor o acreedores. La simulación en cambio tiene un carácter absoluto y se demostrará que el acto no existe en su totalidad o que hay otro acto encubierto; y

e) Por último, entre las principales diferencias entre una y otra acción, debemos señalar el plazo de prescripción. El acto simulado se puede atacar en cualquier tiempo, pues la acción, como hemos expresado, no prescribe. La acción pauliana, a la inversa, prescribe en uno o dos años (arts. 2.468, No 3, Código Civil y 77 y 2.24 de la Ley de Quiebras).

121. Sanción penal de la simulación

El art. 466 del Código Penal, único vigente del párrafo 70 del Título IV del Libro II que se refiere a las defraudaciones, dispone que "el deudor no dedicado al comercio que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. En la misma pena incurrirá si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados". Y el art. 471, No 2 del mismo Código ubicado en el párrafo 8, siguiente del citado, que corresponde a las estafas y otros engaños, establece que "será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos o multa de ciento a mil pesos: el que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado".

El primero de los artículos transcritos se refiere al deudor no comerciante que otorgare contratos simulados en perjuicio de sus acreedores. El segundo, en cambio, "rige respecto de todo simulador que perjudique a un tercero con su acto".

En el primer caso el delito es de defraudación y en el segundo de estafa.

El art. 466 se refiere solamente al deudor no comerciante, pues, para el comerciante existían las disposiciones de los artículos pertinentes del Código de Comercio (1.330 y sgts.) y los arts. 463, 464 y 465 del Código Penal, todos los cuales han sido reemplazados por los artículos correspondientes de la Ley de Quiebras (188 y sgts. y 199 y sgts.).

¹ Raznundo del Río C. *Derecho Penal*, Tomo III, págs. 472 y 489. Gustavo Labatut G. *Derecho Penal* (Parte Especial) (Editorial Jurídica, 1955), Nos 481 y 482, pág. 313. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXV/III, 2a Parte, Sec. 1a, pág. 149.

VICIOS DE LA VOLUNTAD

122. Nociones generales

El elemento esencial de todo acto jurídico es la voluntad. Si ésta no existe o si adolece de algún vicio, el acto será inexistente o estará viciado de nulidad.

Cuando no existe voluntad, no debería presentarse problema alguno, puesto que no puede haber acto jurídico. Pero la dificultad surge si una persona crea una apariencia de voluntad de la que se derivan necesariamente consecuencias jurídicas. Tal sucede con el que otorga un testamento o celebra un contrato privado de razón por demencia, embriaguez, hipnotismo, etc.; con el que aparece manifestando su voluntad por medio de un signo o gesto, en circunstancias que ese signo o gesto corresponde a otra intención. Podría ser el caso de un remate, de un juego de azar, en los que un gesto, la colocación de monedas, etc., traducen la voluntad; pero que en la práctica dan origen a equívocos por la falta de precisión del medio empleado para exteriorizar esa voluntad.

Aparte de estos casos extremos en que no hay voluntad ni consentimiento, existen otros en que la voluntad está solamente viciada, sea porque se consiente presionado por la fuerza, sea porque el mecanismo de la voluntad se ha relajado, los resortes han sido falseados de tal manera que la expedición de la voluntad ha sido defectuosa¹. O bien puede ser que la manifestación de voluntad no corresponda al querer interno como, por ejemplo, si se yerra en el nombre de la cosa o de la persona, o si se producen equívocos por defectos en el medio empleado para transmitir la voluntad (mensajero, o un medio mecánico, como el telegrafo o el teléfono).

Puede suceder también que la voluntad se exteriorice correctamente, pero que ese querer interno sea la consecuencia de un error, que de no existir habría hecho cambiar ese querer (se da una recompensa a una persona distinta

¹ Josseland. *Les mobiles...* No 29, pág. 44.

00075

de la que hizo el salvamento; se adquiere un cuadro porque se cree equivocadamente que pertenece a un gran pintor, etc.).

En los casos apuntados se trata propiamente de los vicios del consentimiento, esto es, del error, de la fuerza y del dolo, pues si bien es cierto que hay consentimiento, éste adolece de un vicio.

Siguiendo el sistema de nuestro Código trataremos estos vicios de la voluntad en relación con los actos jurídicos bilaterales; es decir, como vicios del consentimiento.

Conforme con el art. 1.445 para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad, "es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio".

El Código distingue, pues, entre falta de consentimiento y consentimiento viciado, cosa que se confirma con lo dispuesto en el art. 1.451 que dispone: "los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son el error, la fuerza y el dolo". En su oportunidad veremos que esto tiene especial importancia por la sanción que se debe atribuir al error, obstáculo o esencial, que es el que recae sobre la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata (art. 1.453). Podría entenderse que no hay consentimiento, con lo que el acto sería inexistente; pero para el Código el consentimiento está en ese caso solamente viciado.¹

Los vicios de la voluntad, como hemos dicho, son el error, la fuerza y el dolo: aun cuando para algunas legislaciones, esos vicios se reducen al error y la fuerza, como veremos más adelante.

Párrafo I

EL ERROR

123. Concepto

El error es el falso juicio que se tiene de una cosa, de un hecho, de una persona o del principio jurídico que se presupone. De aquí que el error pueda ser de hecho y de derecho.

El error y la ignorancia tienen el mismo valor para el derecho, y aun en el hecho se confunden a veces. El error supone un juicio o concepto falso. La ignorancia implica sólo el desconocimiento de la realidad; pero como este desconocimiento puede llevar a una suposición o concepto equivocados, decimos que en el hecho se pueden confundir. En todo caso, para el derecho ambos conceptos son idénticos.

Hemos dicho que el acto jurídico surge sólo en virtud de la manifestación de voluntad y deberíamos concluir, entonces, que si esa voluntad está

¹ El Código no hace esta distinción y trata conjuntamente el error en la manifestación de la voluntad y el error en los fundamentos o en el contenido mismo de la voluntad.

² Véase No 134.

viciada de error no debería haber acto jurídico. Pero como la estabilidad de los negocios exige dar cierta preponderancia a la voluntad declarada sobre la real, sólo se acepta el error como vicio del consentimiento con muchas limitaciones.

El error vicia la voluntad y, por consiguiente, es en el elemento que las partes aportan con su intención al acto jurídico donde debe recaer el error. Por esta razón no interesa el error que recae sobre los presupuestos jurídicos del acto, sin los cuales éste no existe, o el que recae sobre las consecuencias jurídicas del acto determinadas por la ley. Así, la compra supone el presupuesto jurídico de que la cosa objeto del contrato, sea ajena y, en consecuencia, si por error se compra la cosa propia, el acto será nulo no por el vicio de error, sino porque falta el presupuesto de hecho necesario en la compraventa (art. 1.816).¹

Lo mismo puede decirse si se compra por error una cosa que no existe, porque aquí el presupuesto jurídico es la existencia de la cosa (art. 1.814).

El error en que incurran las partes sobre los efectos jurídicos del acto, no tiene influencia, pues los efectos los señala la ley y no forman parte del elemento voluntario del acto jurídico. Las partes pueden modificar los efectos jurídicos en cuanto la ley se lo permita; pero si no lo hacen, los falsos conceptos que tengan sobre esos efectos no influyen en la validez del acto. Se trataría de un error de derecho. Así, si un contratante supone que la obligación simplemente conjunta da la misma acción que la obligación solidaria, tal error no producirá efecto alguno, puesto que no incide en el elemento voluntario del acto.

El error, vicio del consentimiento, no debe confundirse con el error que constituye un hecho jurídico que no da origen a una acción rescisoria, sino que es el fundamento de un derecho basado precisamente en ese error. Este error casi se confunde con el concepto de buena fe. Por ejemplo, el poseedor que se cree dueño percibe los frutos y "no es obligado a la restitución" (art. 907). Y dentro de la formación del consentimiento: el que con justa causa de error celebra un matrimonio nulo, tiene los derechos que le corresponderían si no existiera ese vicio, pues se trata de un matrimonio putativo (art. 122).² Aquí el error no se juzga para decidir sobre la validez del consentimiento, sino para atribuir al acto jurídico efectos especiales que benefician a quien lo padece.

124. El error de derecho: principio general³

Es el falso concepto o ignorancia de la ley. Nuestro Código se refiere al error de derecho en diversas disposiciones, pero todas arrancan del art. 80 que dispone: "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia". Esta norma se remonta a los primeros orígenes del derecho. Los romanos la enuncian "neminis licet ignorare jus", pero establecieron numerosas excepciones.

¹ Véase Coviello, obra citada, págs. 417 y sgts.

² Coviello, obra citada, pág. 419.

³ Jorge Garmuri Ojeda *El error de derecho*.

Por lo que respecta a nuestro estudio, el art. 1.452 dice expresamente que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". De modo que quien presta su consentimiento, no podrá más tarde excusarse de cumplir o accionar de nulidad pretextando que su voluntad ha sido determinada por un error de derecho, por un falso concepto o por ignorancia de las consecuencias jurídicas de su manifestación de voluntad.

125. El error de derecho en el pago de lo no debido

No obstante lo dicho, el art. 1.452 se encuentra complementado por los arts. 2.297 y 2.299. El primero dispone: "Se podrá repetir aún lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural"; y el 2.299 agrega: "Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho".

Estas disposiciones constituyen una excepción expresa al art. 1.452, pues el fundamento para la repetición de lo pagado es solamente el error de derecho.

Como el primero de estos artículos es una disposición de excepción, debe interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, sólo rige tratándose del pago y no de otro modo de extinguir obligaciones. Además, ambos artículos sólo se aplican cuando se invoca el error, pero no si se hace valer otro vicio del consentimiento. Así se ha fallado¹.

Comúnmente se enseña que el error de derecho no vicia el consentimiento para lucrar, pero que se puede hacer valer para evitar un daño, siguiendo el principio romano "damno vitando, lucro captando". Sin embargo, la realidad es que nuestro Código no ha seguido este principio como norma, sino que lo ha aplicado solamente al caso del pago indebido. Fuera de él no podría invocarse el error de derecho, cualquiera que sea el fundamento, pues el art. 1.452 rige sin contrapeso.

El fundamento de la excepción contemplada en los arts. 2.297 y 2.299 está en que la ley desea que el que recibió el pago no pueda retenerlo asíándose en el error de derecho del que pagó. Sería dar una justificación jurídica, una *causa*, a la aparente obligación y, en consecuencia, al pago².

La Excm. Corte ha resuelto que en materia tributaria cuando el contribuyente reclama la devolución de impuestos conforme con el art. 127 del Código Tributario, en razón de que hubo error de derecho, procede acoger su petición, pues ese artículo no distingue entre error de hecho o de derecho³. Dicho artículo dispone, al efecto, en su inciso primero: "Cuando el Servicio proceda a reliquidar un impuesto, el interesado que reclame contra la nueva liquidación dentro del plazo que corresponda de conformidad al artículo 124,

¹ "La acción de pago de lo no debido compete exclusivamente al que paga sólo por error lo que no debe y no al que lo efectúa por temor a dificultades ulteriores". Gaceta año 1928. Sent. 191, pág. 883.

² Véase nuestro trabajo *La causa*, N.º 31, pág. 53.

³ R. D. y J. Tomo LXVIII, Sec. 1.ª, pág. 23.

tendrá, además, derecho a solicitar dentro del mismo plazo, la rectificación de cualquier error de que adolecieren las declaraciones o pagos de impuestos correspondientes al período reliquidado".

El fundamento de esta disposición y del fallo de la Excm. Corte, es el mismo de las excepciones que contienen los dos artículos del Código Civil que acabamos de citar.

126. El error de derecho en la transacción

Aparte del caso del pago de lo no debido, se ha considerado también por algunos autores el art. 2.454 como otra excepción al art. 1.452. Dice esa disposición que "es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título".

La cuestión está en saber si cuando se transige por error de derecho, considerando válido un título nulo, puede invocarse tal error como vicio del consentimiento, o si rige, por el contrario, el art. 1.452¹. Esa materia ha sido latamente discutida por la doctrina francesa, debido a que el art. 2.052 de ese Código prescribe que las transacciones no pueden ser atacadas por error de derecho o por lesión, y el art. 2.054, que corresponde a nuestro art. 2.454, vendría a contradecirlo. La doctrina y la jurisprudencia francesas se inclinan en el sentido de que no se podría accionar de nulidad basándose en un error de derecho². Esta opinión debe aplicarse entre nosotros con mayor razón que en Francia, puesto que nuestro Código prescribe expresamente y en forma general en el art. 1.452 que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento", disposición que no contiene el Código francés, en el cual se reglamenta conjuntamente el error de hecho y el error de derecho (arts. 1.109 y 1.110 del Código francés).

El art. 2.454 no constituye, pues, una excepción ni expresa ni tácita al art. 1.452. Debe entenderse, entonces, que cuando se transige en consideración a un título nulo, la parte que ha ignorado los hechos que dan origen al vicio de nulidad del título, podría pedir la declaración de nulidad por este vicio del consentimiento (art. 2.454). Pero si ha conocido esos hechos y ha padecido de error de derecho, como éste es inexcusable, no podría accionar de nulidad (art. 1.452). Tampoco será posible accionar de nulidad en el primer caso cuando "las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título", esto es, cuando hayan decidido mantener la transacción, aun cuando el título en cuya consideración se celebra, sea nulo. Siguiendo un ejemplo de cátedra, si un heredero transige con otro que tiene esta calidad por un testamento que a la

¹ Véase R. D. y J. Tomo LI, Sec. 1.ª, pág. 192.

² Planiol y Ripert. Tomo VI, N.º 181, pág. 239. La razón de esta excepción está en que precisamente las partes desean llegar a un arreglo sin amoldarse al derecho estricto. Puede consultarse una relación bastante completa de las controversias de la doctrina francesa en los siguientes trabajos: Sergio Galaz *El contrato de transacción* N.º 57, págs. 225 y sgts. Sergio Gutiérrez O. *El contrato de transacción ante la doctrina y la jurisprudencia*, N.º 122, págs. 143 y sgts.

postre resulta nulo, el primer heredero podrá pedir la nulidad de la transacción, salvo que haya conocido los hechos que originan la nulidad, pues no podría alegar error de derecho, y salvo también que las partes hayan convenido expresamente en dar valor a la transacción aunque el segundo testamento fuere nulo.

127. La acción de nulidad absoluta y el error de derecho

Según el art. 1.683 la acción de nulidad absoluta corresponde a todo el que tenga interés en deducirla. "excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba". La expresión "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba" ha suscitado la siguiente cuestión. ¿Se refiere este artículo al error de hecho solamente, o comprende también el error de derecho? En otros términos: ¿se priva de la acción de nulidad al que ha tenido conocimiento de los hechos constitutivos del vicio de nulidad (el contratante sabe que la cosa está embargada), o ha debido tenerlo (el embargo está inscrito y, por consiguiente, ha debido conocerlo); o por el contrario, la expresión "debido saberlo" se refiere al conocimiento presunto de la ley? (art. 8).

Dice Arturo Alessandri Besa², "no se trata aquí de la presunción de conocimiento de la ley, que establece el art. 8 del Código Civil, según el cual la ley se presume de derecho conocida de todos, sino que del conocimiento efectivo y real del vicio que incide en el acto o contrato. Esto es evidente; porque de otro modo nunca podrían los que ejecutan o celebran un acto o contrato alegar su nulidad absoluta, ya que siempre la ley los consideraría como sabedores del vicio que afecta al negocio jurídico. Además, es preciso hacer notar que el art. 1.683 se refiere exclusivamente al conocimiento que se tenga, no de la ley, sino del vicio o defecto que acarrea la nulidad del acto; en otras palabras, dicho precepto exige que el conocimiento recaiga sobre la circunstancia misma que produce la nulidad absoluta". Y más adelante expresa: "el art. 1.683, al consignar la prohibición de alegar la nulidad absoluta a quien celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, quiso sancionar también al que tenía un conocimiento real y efectivo del vicio que afectaba al acto o contrato, porque tampoco cabía aplicar la presunción del conocimiento de la ley del art. 8 del Código Civil, ya que, de haber sido así, ningún contratante habría podido alegar jamás la nulidad absoluta, puesto que siempre se le habría reputado conocedor de que el acto o contrato adolecía de tal nulidad"³.

¹ Este artículo "se refiere sólo a los contratos de carácter patrimonial y no a los de matrimonio civil". El art. 34 de la Ley de Matrimonio Civil dice que corresponde "a los presuntos cónyuges", sin hacer distinción alguna. R. D. y J. Tomo LI, Sec. 1.ª, págs. 443 y mismo Tomo, Sec. 2.ª, págs. 59. Tomo LV, Sec. 1.ª, págs. 305, y Sec. 2.ª, págs. 54. Tomo LXIII, Sec. 1.ª, págs. 381; Tomo LXVI, Sec. 2.ª, págs. 1; y Tomo LXVIII, Sec. 1.ª, págs. 204.

² *La Nulidad y la Revisión en el Derecho Civil Chileno*, No 628, págs. 569.

³ Cita anterior, No 1.274, págs. 1.096.

También lo enseña así en sus clases Arturo Alessandri Rodríguez: "Para que la persona que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato no pueda solicitar la declaración de nulidad absoluta es menester que tenga un conocimiento material, real y efectivo del vicio; el simple conocimiento presunto que le ley supone que tienen los particulares de sus disposiciones no basta, porque de otra manera no habría ningún caso en que la persona que ha ejecutado un acto nulo podría pedir la nulidad; por otra parte, como se trata aquí de una pena para las que infringen sus disposiciones a sabiendas de que se ejecuta un acto nulo, es menester que haya una intención de parte del autor de engendrar un acto nulo"¹.

Igual opinión sustenta Luis Claro Soler² cuando afirma "aquí la ley no se ha referido a la presunción del conocimiento de la ley, sino al conocimiento efectivo, material por así decirlo, del vicio del acto o contrato".

Por nuestra parte estimamos que la expresión "debido saber" se refiere a la presunción del conocimiento de los hechos, cosa que apreciará el Juez, atendido el mérito del proceso. Pero asegurar que "no se trata aquí de la presunción de conocimiento de la ley", sino del "conocimiento material, por así decirlo, del vicio del acto o contrato", es dar a entender que para el contratante no regira la presunción del conocimiento de la ley; y esto no es efectivo. Ni es tampoco cierto que sea "menester que haya una intención de parte del autor de engendrar un acto nulo".

El solo conocimiento presunto de la ley no impide deducir la acción; pero al contratante que conoce (o debe conocer) los hechos constitutivos de la causal de nulidad, se le aplica el conocimiento presunto de la ley sin limitación alguna.

Así podrá deducir la acción el que compra una cosa mueble ignorando que se encuentra embargada (arts. 1.464 del Código Civil y 297 del Código de Procedimiento Civil). Si, en cambio, sabe que la cosa está embargada, o por las circunstancias debe presumirse ese conocimiento, no podrá accionar de nulidad, aunque haya creído al contratar que el acto es perfectamente válido⁴.

¹ *De los Contratos*, versión tipográfica de sus clases, págs. 83 y 84.

² Don Gonzalo Barrios E., en un comentario a una sentencia, publicado en el Tomo XXXII de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Sec. 2.ª, págs. 12), dice que "partiendo de la base de que fuera suficiente el conocimiento presunto de la ley habría casos en que la persona que ha ejecutado el acto nulo puede pedir la nulidad cuando se ignora el hecho que según la ley da origen a la nulidad", como sucede al que contrata con un demente sin saberlo, o al que compra un libro ignorando que su circulación está prohibida; pero agrega que si el contratante en realidad ignora la ley "no podría sostenerse que al celebrar el contrato en contravención a ella obra con dolo incurriendo en esa "inmoralidad" que la ley ha pretendido sancionar negándole el ejercicio de la acción de nulidad". O sea, acepta que la ignorancia de los hechos o la ignorancia de la ley, permiten alegar la nulidad.

³ Tomo XII, No 1.927, págs. 609.

⁴ Así, el vendedor no puede demandar la nulidad absoluta de la venta que hizo estando pendiente una prohibición de enajenar el bien raíz dictada en su contra, "prohibición no inscrita", porque el vendedor demandado en el juicio en que se dictó la prohibición, estaba obligado a saber el vicio que lo invalidaba". R. D. y J. Tomo XXXVIII, Sec. 1.ª, págs. 264. Tomo LI, Sec. 1.ª, págs. 40. Tomo LIII, sec. 1.ª, págs. 169.

En otros términos, el principio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", que

En otros términos: el autor o contratante que conoce (o se presume que conoce) los hechos constitutivos de la causal de nulidad absoluta, no puede deducir la acción, padezca o no de error de derecho; y el autor o contratante que no los conoce (o debe presumirse que no los conoce) puede siempre deducir la acción de nulidad.

Agrega Arturo Alessandri Besa¹ que "la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha confirmado la opinión que sustentamos, al resolver que 'el art. 1.683 se refiere al que con conocimiento material, real y efectivo del vicio, celebra el contrato, a sabiendas de que es nulo'" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI, Seg. parte, Sec. 1ª, pág. 337)²; y agrega: "Sin embargo, en una oportunidad se aplicó el criterio opuesto al declararse que la nulidad de una donación de bienes raíces, en cuanto excede de dos mil pesos por no haberse insinuado, es absoluta, y no podría ser alegada por el que ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, y ha debido conocer esa omisión por estar ella prescrita en la ley" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVIII, Seg. parte, Sec. 1ª, pág. 591).

No es efectivo, como afirma Alessandri Besa, que la segunda sentencia siga un criterio opuesto al de la anterior. En efecto, la primera sentencia se refiere "al conocimiento material, real y efectivo del vicio", pero esto supone conocer el hecho y su calificación jurídica. Si el autor o contratante conoce el hecho del embargo de la cosa que compra, conoce también el efecto jurídico —la nulidad— que le atribuye al contrato el art. 1.464 del Código Civil; y en la segunda sentencia, el que dona un bien raíz de un valor superior a dos mil pesos³, conoce igualmente la causal de nulidad absoluta que ese hecho lleva consigo, si se omite la insinuación que exige el art. 1.401. O sea, en ambos casos, conociendo el hecho, se presume que se conocen las consecuencias jurídicas que de ello derivan.

Por eso se ha fallado que "habiendo intervenido la mujer casada suscribiendo la escritura de venta de un bien que le pertenece, después de gestionar personalmente la autorización judicial para vender, no puede alegar la nulidad absoluta, ya que supo o debió saber el vicio que lo invalidaba". Y en otra oportunidad: "el arrendatario que no era chileno no podía ignorar que esa autorización no podía concedérsele, porque la Ley General de Servicios Eléctricos lo impide en forma absoluta en el art. 14. En ese contrato de arrendamiento no existe objeto ilícito, porque no se trata de derechos intransferibles,

impide alegar la propia mala fe, lo reconoce aquí nuestro derecho, como en los arts. 1.468, 1.481, etc. R. D. y J. Tomo LIII, Sec. 1ª, pág. 130.

¹ Véase cita anterior.

² En el mismo sentido, Tomo LI, Sec. 1ª, pág. 40; Tomo LVI, Sec. 1ª, pág. 180; Tomo LVIII, Sec. 2ª, pág. 21.

³ Diversas leyes han modificado el art. 1.401, pero debido a la desvalorización monetaria, hoy en día todas las donaciones deben ser insinuadas.

⁴ R. D. y J. Tomo LVIII, Sec. 2ª, pág. 21 y Tomo LV, Sec. 1ª, pág. 99.

⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, 2ª parte, Sec. 1ª, pág. 467. En la especie se trataba de obtener la declaración de nulidad de un contrato de venta entre cónyuges (art. 1.796) que se habría celebrado por interpósita persona.

ni podría alegar esa nulidad el arrendatario, porque habría celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que servía de fundamento a esa nulidad¹. También se ha declarado que "nadie mejor que el deudor puede tener conocimiento de que el bien raíz que vende ha sido embargado por sus acreedores y, en consecuencia, no puede demandar posteriormente la nulidad absoluta del contrato". Por último, la Corte de Valdivia resolvió en una oportunidad que la nulidad absoluta no puede solicitarla el que intervino en el contrato "sabiendo o debiendo saber el vicio que le invalidaba, como sería el caso del marido que sabía que su mujer era menor y que tenía otro hermano también menor y que ambos eran herederos en la propiedad hipotecada y debía saber, porque nadie puede alegar la ignorancia de la ley, que el contrato adolecía de nulidad absoluta, si no se obraba en la forma indicada por el art. 255 del Código Civil"³.

Si no se entendiere así, las partes podrían deducir siempre la acción de nulidad, puesto que aunque conocieran los hechos (o deberían conocerlos) alegarían error de derecho, o sea, ignorancia de las consecuencias jurídicas de esos hechos.

Estimamos, por lo dicho, equivocada la sentencia de la Corte Suprema que establece que "el art. 1.683 del Código Civil impide alegar la nulidad absoluta a la persona causante de ella que conozca, en el momento de ejecutar el acto o de celebrar el contrato, el vicio que va a producir. El conocimiento del vicio que invalida el contrato es, por consiguiente, un hecho que supone dolo y como tal, para que cause los efectos que la ley le asigna debe ser probado, sin que baste para demostrar su existencia la presunción del conocimiento de la ley"⁴.

¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, 2ª parte, Sec. 1ª, pág. 54.

² Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLV, 2ª parte, Sec. 2ª, pág. 37.

³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXII, Sec. 2ª pág. 9. Este fallo establece una doctrina equivocada en cuanto decide que la sanción del art. 255 es la nulidad absoluta; pero aplica correctamente la ley en cuanto a los efectos que atribuye a esa nulidad, pues impide que la alegue el que conocía los hechos y, por consiguiente, el vicio que invalidaba el acto.

⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIII, 2ª parte, Sec. 2ª, pág. 400. La Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo también en el fallo de esta causa que el contratante podía deducir la excepción de nulidad absoluta no obstante la prohibición del artículo 1.683, dando, además, la siguiente razón, que nos parece más atendible: como en la especie se trataba de la promesa unilateral de celebrar un contrato de venta y la validez de esta estipulación "es una cuestión debatida en la doctrina y en la jurisprudencia y respecto de la cual no hay una opinión uniforme y definitiva, no puede decirse que el demandado haya tenido conocimiento real y material del vicio de nulidad", al celebrar el contrato cuyo cumplimiento se le pretende exigir por el demandante (considerando 7º de la sentencia de segunda instancia). O sea, no se aplicaría en la especie la presunción de conocimiento de la ley porque la existencia de la causal de nulidad absoluta es discutible, y el acto será válido o nulo, según sea la interpretación que se dé a la ley. Una doctrina semejante a la sustentada por la Corte Suprema puede consultarse en la misma Revista, Tomo XXXI, Sec. 1ª, pág. 339. Como observación marginal diremos que la Excmo. Corte acepta ahora la validez de la promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral (R. D. y J. Tomo LIX, Sec. 1ª, pág. 326).

En suma: el art. 1.683 al privar de la acción de nulidad al contratante o autor del acto jurídico que conoce o debió conocer el hecho que da origen a la nulidad, aplica la presunción del conocimiento de la ley sin limitaciones (art. 8), pues el que conoce o ha debido conocer los hechos que dan origen a la causal de nulidad, no podría pretender que por un falso concepto de la ley no conocía el vicio que invalidaba el acto.

Volviendo a la conclusión que señalábamos al comienzo, el art. 1.683 no priva de la acción de nulidad al autor o contratante por el solo conocimiento presunto de la ley; pero al que conoce o debe presumirse que conoce los hechos, le aplica sin excepción el conocimiento presunto de la ley, de modo que un error de derecho resultaría inexcusable (art. 8).

128. Procedencia de la acción de nulidad absoluta cuando intervienen mandatarios o representantes¹

Si el acto se ejecuta por medio de representantes, el representado puede deducir la acción de nulidad que le corresponda aunque el representante haya conocido el vicio que invalidaba el acto, pues como ha declarado nuestra Corte Suprema "la representación autoriza al representante para ejecutar actos lícitos a nombre del representado, pero no para ejecutar actos ilícitos violatorios de la ley. En consecuencia, el ejecutado que fue representado por el Juez en la escritura de adjudicación que se extendió mientras estaban vigentes unos embargos, puede solicitar la nulidad absoluta, ya que no se puede imputar a él el acto ilícito que vicia de nulidad la escritura".²

Igual solución debe darse, y con mucha mayor razón, cuando el dolo lo comete un representante legal. Así se ha fallado.³

129. El error de derecho y el matrimonio putativo

Dispone el art. 122 que "el matrimonio nulo, si ha sido celebrado ante Oficial del Registro Civil, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo, pero...". La expresión "justa causa de error" corresponde en cierto modo a la buena fe que también se exige en el cónyuge que invoca la putatividad. El problema es saber si un error de derecho "constituye una presunción de mala fe", o si por el contrario tanto el error de hecho como el de derecho podrían justificar la putatividad del matrimonio. Así, si uno o ambos contrayentes ignoran que tienen entre sí un vínculo de parentesco que les impide casarse, no hay duda de

¹ Véanse N°s 198 y sgts., en los que analizamos extensamente este punto.

² Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXIX, Sec. 1ª, pág. 148. Véanse, también, Tomo LI, Sec. 1ª, pág. 61; y Tomo LIII, Sec. 1ª, pág. 169.

³ R. D. y J. Tomo LI, Sec. 1ª, pág. 40. Este fallo se publica con un interesante comentario de Pedro Lira Urquía. En sentido contrario, Tomo XXII, Sec. 1ª, pág. 797, y Tomo XXXII, Sec. 2ª, pág. 8.

que ese error de hecho no obsta a la putatividad del matrimonio: pero si conociendo esa relación de parentesco, pretenden que han ignorado la ley que les ha impedido casarse, estaríamos en presencia de un error de derecho inexcusable.

El art. 122 no distingue y sólo se refiere a la justa causa de error. Igual cosa sucede con los arts. 201 y 202 del Código Civil francés, que exigen la buena fe de uno de los cónyuges por lo menos. Debido a esta razón y a que en Francia no existe un texto expreso que diga que la ley se presume conocida de todos, los tratadistas y la jurisprudencia dominantes en ese país se inclinan por la doctrina que acepta en este caso ambas clases de error.¹

Pero como entre nosotros "nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia" (art. 8) y "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario" (art. 706), toda excepción a estas normas debe ser expresamente consignada, como lo hace, por ejemplo, el art. 2.797. No es suficiente, pues, que el art. 122 no distinga entre ambas clases de error para entender que se deroga tácitamente en este caso la disposición expresa y general del art. 1.452.

No obstante, algunos tratadistas, como Luis Claro Solar², estiman, sin dar razones de peso en nuestro sentir, que el error de derecho autorizaría para invocar la putatividad de un matrimonio, pues tal error no excluiría "la buena fe si ha habido justa causa para incurrir en él".

El error de Claro Solar proviene de que tal vez ha seguido demasiado estrechamente a los tratadistas franceses, olvidando que en Francia el error de derecho vicia el consentimiento y que entre nosotros se sigue la doctrina contraria.

Concluimos, pues, que el art. 122 se refiere sólo al error de hecho en que pueda incurrir uno o ambos contrayentes, y, en consecuencia, no podría invocarse el error de derecho para hacer producir a un matrimonio nulo los mismos efectos civiles que el válido.³

¹ M. Manol, G. Ripert et J. Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Paris 1950. Tomo I, N° 1.046, pág. 382. Además Démolombe, Laurent, etc., citados por Osvaldo F. de Castro Larrain, *Matrimonio putativo*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXVII, Sec. Derecho, pág. 63, y Claro Solar. Tomo I, N° 757, pág. 435.

² Cita anterior.

³ Como es sabido, en Chile no existe el divorcio con disolución del vínculo matrimonial, por lo que los cónyuges que desean divorciarse recurren a un juicio simulado en que se prueba la nulidad del matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil. Ante esta situación, conocida por todos, el legislador se vio obligado a modificar el art. 122 -ley 10.271, de abril, 1952- que reglamenta el matrimonio putativo -para cuya existencia exige "buena fe y justa causa de error"- y estableció una norma formalmente antijurídica que dispone: "Con todo, la nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error". O sea, como el legislador sabe que esas nulidades no se fundan en causas verdaderas y que los cónyuges anulan el matrimonio, en un juicio seguido de común acuerdo, se ha visto en la necesidad de declarar que no obstante la nulidad, los hijos son legítimos. Sin duda la solución no es jurídica, pero es la única posible mientras no se reglamente el divorcio.

cabe hablar de un posible error de derecho que vendría a significar ignorancia de la moral. En los demás casos, en cambio, cuando la ilicitud proviene de una prohibición legal, podría discutirse si se aplica el conocimiento presunto de la ley o si se necesita que el contratante conozca realmente las disposiciones prohibitivas.

La expresión "a sabiendas" significa conocimiento de los hechos y las normas jurídicas aplicables al caso. Como dice Arturo Alessandri Besa¹: "La expresión 'a sabiendas' significa un conocimiento real y efectivo de la ilicitud del objeto o de la causa por parte del que cumple la obligación. De lo contrario, si bastara el conocimiento presunto que de la ley tiene toda persona, según el art. 8 del Código Civil, este precepto, en vez de ser de excepción, constituiría la regla general y tendría aplicación en todo caso de objeto o causa ilícita, ya que nadie podría alegar ignorancia de la ley, y por lo mismo, del objeto o causa ilícita de que adoleciere el acto y contrato".

131. Derecho comparado

Las legislaciones extranjeras sobre el error de derecho difieren entre sí, sustancialmente. Puede decirse que comúnmente el error de derecho constituye un vicio del consentimiento con limitaciones semejantes a las que existen para el error de hecho.

El Código Civil alemán reglamenta conjuntamente el error de hecho y el de derecho especialmente en el art. 119, que dispone: "El que al hacer una declaración de voluntad esté en un error sobre su contenido, o el que no haya querido en modo alguno hacer una declaración de tal índole, podrá pedir su nulidad cuando pueda admitirse que no la habría hecho si hubiera tenido conocimiento del estado de las cosas o hubiera podido aprehender bien la situación. Podrá también reputarse que hay error en el contenido de la declaración aunque verse sobre cualidades de la persona o de la cosa, consideradas como esenciales según el uso".

El Código italiano dispone que el error es causa de anulación del contrato, y hay error esencial, entre otros casos "cuando, tratándose de un error de derecho, haya sido la razón única o principal del contrato" (arts. 1.428 y 1.429 No 4 de ese Código).

El Código de México dispone en su art. 1.813: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

El Código de Brasil al tratar de los vicios del consentimiento no se refiere al error de derecho (arts. 86 y 91); pero el art. 5 dispone que nadie puede alegar ignorancia de la ley.

El Código Civil francés, como hemos adelantado, no reglamentó el error de derecho y en los arts. 1.109 y 1.110 dispuso que "no hay consentimiento válido si ha sido dado solamente por error", y "que el error no es causa de

¹ Obra citada No 1.273, pág. 1.096.

130. Repetición de lo pagado por objeto o causa ilícita

El art. 1.468 dispone que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". Como en los casos anteriores es preciso averiguar si la expresión "a sabiendas" se refiere al conocimiento de los hechos constitutivos de la ilicitud del objeto o de la causa, o si se refiere también al conocimiento real y efectivo de la ley.

La doctrina y la jurisprudencia sostienen uniformemente que la expresión "a sabiendas" se refiere al conocimiento real y efectivo de la ilicitud del objeto o de la causa. Se sigue el principio romano de que "a nadie es permitido invocar como derecho su propia falta"; "la ley castiga al que procede en la inteligencia de que ejecuta un acto contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, un acto inmoral e ilícito; le niega toda acción y toda protección".¹

Nuestra Corte Suprema ha fallado que "al establecer el art. 1.468 del Código Civil que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas; con esta última expresión 'a sabiendas' se refiere al conocimiento real y efectivo de la ilicitud de la causa u objeto, y no basta el conocimiento presunto que se supone de la ley que puede dar origen a esa ilicitud".²

En otra ocasión ha establecido que "la ley impide repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita cuando se haya procedido 'a sabiendas', por lo cual no cabe aplicar esta disposición, si se establece que no se ha justificado que se efectuara la compra de cheques de mala fe, en la inteligencia de que jurídicamente era una operación de cambio que importaba un traslado de fondos de Chile al extranjero".³

Por último, se ha resuelto categóricamente que "para que pueda aplicarse lo dispuesto en el art. 1.468 del Código Civil, en que se establece que no puede repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto ilícito a sabiendas, no basta el simple conocimiento presunto de la ley y la obligación correlativa de respetar y cumplir la ley, ya que ello no puede comprender el cabal discernimiento acerca de la trascendencia jurídica de los contratos que celebren en la vida civil con violación de sus mandatos, individuos ignorantes de la ciencia del derecho".⁴

El problema no se presenta cuando el objeto o causa ilícitos son contrarios a las buenas costumbres (y generalmente al orden público), pues aquí no

¹ Claro Solar, Tomo XI, Nos 948, 949, pág. 361. Cabe señalar que en Francia se ha discutido latamente la procedencia de la restitución en estos casos, pues el Código nada dispuso sobre el particular. Una jurisprudencia que va en retirada prohibía la repetición amparándose en la doctrina romanista que sustentaron los primeros comentaristas del Código. Hoy se acepta la repetición, en general, salvo que la ilicitud provenga de que el objeto o la causa sean contrarios a las buenas costumbres. Pero se acepta respecto del contratante que tiene conocimiento posterior al acto de la ilicitud perseguida por su cocontratante. Pueden consultarse Laurent, Tomo XVI, No 164, pág. 220, y Planiol y Ripert, Tomo VI, No 278, pág. 382. Claro Solar, Tomo XI, No 950, pág. 362.

² Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVIII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 414.

³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 514.

⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXIX, 2ª Parte, Sec. 2ª, pág. 26.

nulidad de la convención, sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que es su objeto. No es una causa de nulidad cuando recae sobre la persona con la cual se tiene la intención de contratar, a menos que la consideración de esta persona sea la causa principal de la convención". Como estas disposiciones no distinguen, la doctrina y la jurisprudencia las aplican al error de hecho y al error de derecho y puede afirmarse que domina el criterio de que uno u otro error vician el consentimiento y constituyen causales de nulidad cuando el error es el único fundamento o la causa principal de la convención. El error de derecho no excluye la buena fe, dice la doctrina francesa, a diferencia de lo que prescribe nuestra legislación, cuando dispone el art. 706, inciso final que "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". Y agregan los tratadistas franceses que por excepción y a virtud de disposiciones especiales, expresas (arts. 2.052 y 1.356), el error de derecho no invalida la transacción ni la confesión judicial¹.

Otros Códigos como el uruguayo (art. 1.231), colombiano, etc., siguen el criterio del nuestro: pero un gran número de los códigos vigentes guarda silencio sobre el particular y por esta razón la doctrina acepta el error de derecho como vicio del consentimiento en los mismos casos que el error de hecho.

132. El error de hecho

El Código, siguiendo en este punto a Pothier, distingue tres clases de error: error obstáculo u obstativo (llamado también esencial); error sustancial y error accidental. Sólo los dos primeros son de tal magnitud que vician de nulidad el acto.

Para que el error vicie el consentimiento, se requiere siempre que se trate de un error excusable, aparte de los requisitos propios que veremos en seguida. Que sea excusable significa en opinión de la doctrina, que el error no provenga de culpa, imprudencia o supina ignorancia del que lo sufre². Así, no sería excusable, si una persona contrata sin conocer los términos que se emplean en algunas cláusulas del contrato (por ejemplo, cláusula C. I. F. que significa entrega de la mercadería en el puerto de destino, incluyéndose el pago de flete, seguro y precio), pues, hay negligencia de su parte en no informarse sobre el contenido de la convención. Tanto en este caso como en el de ignorancia supina³ podría invocarse el error como vicio del consentimiento.

¹ Planiol y Ripert, Tomo VI No 181, pág. 239; Josseland, Tomo II, Nos 58 y sgts., págs. 32 y sgts. y *Les mobiliares*, Nos 30 y sgts. Demogue, Tomo I, Nos 218 y sgts., págs. 359 y sgts.; Baudry Lacantinerie el Barde, Tomo I, Nos 69 y sgts., etc.

² Planiol y Ripert, Nos 180 y sgts., págs. 239 y sgts. Claro Solar (Tomo XI, No 772, pág. 154) se refiere a esta materia, pero sólo en relación con el error obstáculo. Nosotros entendemos que el principio es de aplicación general.

133. El error esencial, obstáculo u obstativo

Nuestro Código dispone en el art. 1.453 que "el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra".

Hay, por consiguiente, error obstáculo en dos supuestos: cuando se yerra sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, y cuando el error recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata. En este segundo caso, el error se puede producir con especies de un mismo género o de géneros distintos. La ley no distingue. Y como ha dicho la jurisprudencia, el error debe recaer sobre la cosa en sí misma, es decir, sobre el objeto in ipso corpore, porque "la diferencia específica a que se refiere el art. 1.453 del Código Civil no dice relación con la que exista entre dos cosas de género diverso, como entre una vaca y una casa, por ejemplo. Esa diferencia puede existir sea cual fuere el género de la cosa materia de la convención, bastando que el error se produzca en la determinación de la cosa. Existe dicho error si el arrendatario creyó contratar sobre la extensión de terrenos comprendidos dentro de ciertos deslindes y el arrendador con relación a una cabida que es muy inferior a la comprendida en aquellos deslindes, y en dicho caso es nulo el contrato de arrendamiento".

134. Sanción del error obstáculo

En el error obstáculo, más que vicio del consentimiento, hay ausencia de consentimiento, pues las voluntades no son coincidentes, ya que el acto jurídico o su objeto son distintos para cada parte. Por eso Larombière lo denominó error obstáculo u obstativo, puesto que impide la formación misma del consentimiento. Este es el criterio dominante en las doctrinas francesa² y chilena³. La sanción sería la nulidad absoluta⁴.

Pero Planiol y Ripert sostienen, después de dar algunas razones de interpretación del Código francés, que no serían aplicables entre nosotros que "desde el punto de vista racional, es injustificable que esos errores (obstáculo) permitan que se alegue la nulidad, por un espacio de diez años⁵ contados desde su descubrimiento (art. 1.304 del Código francés) y, sin embargo, no dejen lugar a la confirmación, si vemos que no es así en materia de error en la calidad

¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 551.

² Planiol y Ripert, Tomo VI, No 176, pág. 231, cit. No 4.

³ Claro Solar, Tomo XI, No 770, pág. 151. A. Alessandri Besa, No 762, pág. 695.

⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 551. Arturo Alessandri Besa, *La nulidad*, No 507, pág. 466.

⁵ Este plazo se redujo a cinco años por Ley 68 - 5 de enero de 1968.

esencial de la cosa o de la persona, que impide igualmente la consecución del fin propuesto, y aun lo impiden siempre, mientras que el error en el objeto pudiera ser indiferente si se obtuviere uno semejante al tenido en vista "in corpore". Sin duda en caso de equivocación acerca del objeto o de la naturaleza del contrato, cada una de las partes incurre en error, y en principio ambas suelen alegar la nulidad. Pero en tal caso no es necesario hablar de inexistencia. Además, si una de ellas, percatándose del error y aceptando lo querido por la otra, confirmara y cumpliera o dejara de cumplir el acto con pleno conocimiento de causa, la otra quedará imposibilitada para deducir la nulidad".

"Existe el acuerdo de voluntades gracias a la confirmación, sin que sea necesaria una nueva declaración de voluntad de esta parte".¹

El esfuerzo que gastan estos autores para demostrar que hay consentimiento viciado en el caso de error obstáculo, puede resultar inútil a la luz de los principios jurídicos, pero es indudable que las razones de orden práctico que aducen son irrefutables.

Dentro de nuestro Código se puede sostener con fundamento serio que el error obstáculo vicia el consentimiento y acarrea, por consiguiente, la nulidad relativa. En efecto, el art. 1.453 dice expresamente que éste es error de hecho que vicia el consentimiento. Y el art. 1.454, que se refiere al error substancial, agrega que "el error de hecho vicia *asimismo* el consentimiento..." realfirmado así lo dicho en el artículo precedente.

Como razón de doctrina dentro del propio Código, debe observarse que las causales de nulidad absoluta se han establecido en interés general, de la moral y de la ley —causa u objeto ilícito, incapacidad absoluta, etc.— y, en cambio, acá se trata sólo del interés particular. La consecuencia de esto es que el acto nulo absolutamente no es susceptible de sanearse o ratificarse; y no se ve la razón que deba impedir a las partes el saneamiento o la ratificación de un acto en que han equivocado el objeto o la naturaleza misma de él, pero que con posterioridad desean mantener. Además, no es racional ni conveniente —y, por consiguiente, no debe ser jurídico— que la acción de nulidad, en estos casos, se mantenga durante diez años y no solamente durante cuatro, como sería de aceptarse la nulidad relativa. Es absurdo conservar una acción de nulidad durante tantos años, ya porque la estabilidad de los negocios jurídicos se opone a ello, ya porque pasado algún tiempo la prueba del error resulta imposible. Por estas razones, creemos que el error obstáculo vicia el acto jurídico de nulidad relativa.

135. El error obstáculo y la falta de causa²

Aparte del error que recae "sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra" (art. 1.453), el error de hecho puede recaer sobre la causa, y en tal caso no se aplican los artículos que hemos citado sobre el error, sino los que se

¹ Planiol y Ripert, Tomo VI, No 176, pág. 231.

² Véase nuestro trabajo *La causa*, No 32, pág. 55.

refieren a la falta de causa (art. 1.467 en relación con el art. 1.682). Por causa deben entenderse los motivos jurídicos, y no los psicológicos y personales de cada contratante¹.

La jurisprudencia francesa ha hecho una distinción bien marcada entre estas clases de error; y aun admite el error de derecho en la causa como "cuando se contrae la obligación de indemnizar en la creencia errónea de que la ley impondría una responsabilidad".²

Sería también el caso del heredero que basándose en un testamento se obliga a pagar un legado, en circunstancias que el testamento había sido revocado en esa parte³. La obligación que contrae el heredero carece sin duda de causa. Nuestra jurisprudencia resolvió en una oportunidad⁴ que el hecho de reconocer como debida una suma de intereses que posteriormente se demuestra que han sido cancelados, constituye una estipulación viciada de error substancial (art. 1.454). Como bien comenta el profesor Alessandri, en este caso no había error, sino falta de causa.

136. Error substancial

El error substancial constituye sin discusión un vicio del consentimiento, porque si bien hay consentimiento, existe un falso concepto que autoriza para pedir la rescisión del acto (art. 1.682, inciso final).

El error substancial se presenta en los siguientes casos:

10° Error en la substancia del objeto sobre que versa el acto o contrato, o sobre la calidad esencial de ese objeto.

20° Error sobre otra calidad cualquiera del objeto, si ha sido esa calidad el principal motivo de una de las partes para contratar y esta circunstancia ha sido conocida de la otra parte;⁵

30° Error sobre la persona con quien se desea contratar, si el acto se celebra en consideración a la persona⁶.

El art. 1.454 dispone: "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante".

"El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de

¹ Cita anterior y Claro Solar, obra citada, No 790, pág. 180.

² Planiol y Ripert, obra citada, Tomo VI, No 175, pág. 229.

³ Joserand. *Les mobiles*... No 33, pág. 48. *Cours de Droit Civil*... Tomo II, No 61, pág. 34.

⁴ Gaceta de los Tribunales, año 1912. Tomo II, Sent. 114, pág. 436, citada por Arturo Alessandri Rodríguez en su curso sobre *Teoría de los Contratos*, pág. 207.

⁵ Los casos indicados en los números 20 y 30 no son propiamente de error substancial (sobre todo el 30), pero se acostumbra denominarlos así porque vician el consentimiento, es decir, producen los efectos propios del error substancial.

una de ellas para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

Y el art. 1.455 agrega: "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato".

"Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad de contrato".

137. Error en la substancia o calidad esencial

Existe error en la substancia cuando la cosa objeto del acto jurídico es de una materia distinta de la que se cree. Es el caso del que compra una barra de plata y resulta ser de otro metal semejante, como dice el art. 1.454.

Pero agrega este artículo que hay también error substancial cuando recae sobre la calidad esencial del objeto del acto. Es difícil precisar qué debe entenderse por "calidad esencial", puesto que podría juzgarse con un criterio subjetivo, o sea, atendiendo a la intención del que padece el error, o bien con un criterio objetivo, tomando en cuenta lo que normalmente debe entenderse como calidad esencial o atributos principales que dan a una cosa su fisonomía propia.

La doctrina francesa de comienzos del siglo pasado tuvo en general un criterio objetivo para establecer el error substancial, pues interpretaba literalmente el art. 1.110 del Código, que se refiere sólo al error que "recae sobre la substancia misma de la cosa", sin mencionar las calidades de ella.¹

Más tarde, Laurent, en 1869, siguiendo las doctrinas de Pothier y Domat, expresaba que "el error sobre la substancia es, pues, un error sobre las cualidades; pero todo error sobre las cualidades no es substancial. Es necesario que recaiga sobre una cualidad principal; y es la intención de las partes la que decidirá si una cualidad es principal o no; es preciso ver lo que las partes han tenido en mira al contratar. Es el caso de aplicar el principio de Domat: Las partes no habrían contratado si hubieran sabido que la cosa no tenía la calidad que le suponian...". La cuestión es, pues, en definitiva determinar la intención, es decir, que el juez debe decidirla según las circunstancias de la causa.²

En suma: la doctrina que imperó a comienzos del siglo pasado se refería a la "substancia" con un criterio tan objetivo (como enseñaban los romanos), que excluía el error si el objeto de la obligación no era material. Por eso se reaccionó, entendiéndose que también había error substancial cuando recaía en las cualidades de la cosa, según la intención de la parte que lo sufre³, como si se cree comprar el cuadro de un pintor famoso y se recibe una simple copia, o si

¹ Josseland, *Droit Civil*, Tomo II, No 68, pág. 35. Baudry Lacantinierie et Barde, obra citada, Tomo XII, Nos 55 y sgts., págs. 86 y 89. Claro Solar, obra citada, No 775, pág. 157.

² Claro Solar, obra citada, pág. 161.

³ Hoy día hay uniformidad en la doctrina sobre este punto. Demogue, obra citada, Tomo I, Nos 219 y sgts., págs. 361 y sgts. Baudry Lacantinierie et Barde, obra citada, Tomo I, Nos 54 y sgts., Josseland, *Les mobiliers*, No 69, pág. 36. No 62, pág. 78, y los autores citados por estos tratadistas.

se adquiere un mueble creyendo que es antiguo y resulta ser de fabricación reciente; o cuando el error recae sobre la personalidad del autor, la procedencia exótica del objeto, etc.

Por lo demás este criterio fue preconizado por Pothier: "El error anula la convención no sólo cuando recae sobre la cosa misma, sino igualmente cuando recae en la cualidad de la cosa, tenida principalmente en cuenta por los contratantes y que constituye su substancia".

Los redactores del Código francés condensaron esta fórmula en el art. 1.110, "pero la contracción que le hicieron sufrir, en nada modifica el fondo de la idea", como dicen los tratadistas y la jurisprudencia actuales". La jurisprudencia extiende, pues, el concepto de substancia y llega incluso al extremo de considerar que si los contratantes entendieran que es disponible "desde el punto de vista de la aduana una mercancía que no lo era, tal error recae sobre la substancia".⁴

En nuestro derecho no se presenta la dificultad desde este ángulo puesto que el art. 1.454 fue bastante claro al referirse no sólo a la "substancia", sino a la "calidad esencial".

El problema está en saber si la calidad esencial de la cosa se determina con un criterio subjetivo, esto es, ateniéndose sólo a la intención del contratante que padece el error, como estiman Arturo Alessandri R.⁵, Arturo Alessandri Besa⁶, Claro Solar⁶ y otros, o si, por el contrario, sólo se consideran las cualidades "cuya reunión determina su índole específica distinguiéndola de acuerdo con la noción común, de todas las demás cosas".⁷ Esas cualidades que forman la substancia de la cosa serían determinadas conforme con la opinión general y las circunstancias del negocio, y no por la sola intención particular del que invoca el error.

Creemos que las calidades esenciales de la cosa deben juzgarse con un criterio objetivo, según las circunstancias de cada caso, puesto que si se atiende a la sola intención del contratante, no podría darse un índice seguro para distinguir las calidades esenciales de "otra cualquiera calidad de la cosa" (art. 1.454, inc. 2º), o sea, de las calidades accidentales, ya que el contratante sería admitido a probar que fue esencial "según su intención" cualquiera calidad de la cosa. Y así se confundirían el error substancial con el accidental.

Más aún, en el proyecto de Código Civil de 1853, en el artículo correspondiente, hay una nota de Bello que cita como fuente los arts. 1.837 y 1.838 del Código de la Luisiana y estos artículos se refieren al error en la substancia y

¹ Pothier, *Obligations*, No 18, pág. 92.

² Josseland, obra citada, Tomo II, No 69, pág. 37.

³ Cita anterior, No 70, pág. 37.

⁴ Curso citado, pág. 210.

⁵ La nulidad y la rescisión, No 768, pág. 699. Dice este autor: "Como la ley no definió lo que es calidad esencial, debe, pues, tenerse por tal todo elemento del objeto que el autor del acto considere como determinante de su consentimiento".

⁶ Obra citada, Tomo XI, No 774, pág. 156. Aun cuando este autor no lo dice expresamente, pero habla de "calidad estimada esencial".

⁷ Aubry y Rau, citado por Planiol y Ripert, obra citada, Tomo VI, No 183, pág. 243.

en las calidades esenciales, entendiendo por estas últimas las que le dan mayor valor a la cosa¹. O sea, según la fuente de este artículo la calidad esencial se debe juzgar con criterio objetivo, pues se atiende a la calidad que da mayor valor a la cosa, y el mayor valor se determina atendiendo a la opinión general y no a la sola intención del contratante.

Los jueces deben apreciar, pues, según las circunstancias del acto, cuáles es la calidad esencial que ha debido tenerse en cuenta al contratar, y no la sola intención del que invoca el error.

Así, si se compra un caballo en un criadero de caballos de carrera, la calidad esencial es que sea un caballo de carrera. Si se compra en otro sitio, el ser de carrera es accidental, aunque la intención del comprador sea igual que en el supuesto anterior, pues las circunstancias del caso priman sobre la intención. Sólo pasará a esencial esa calidad por el inc. 2º del art. 1.454, o sea, si esa intención es conocida de la otra parte.

Si se padece de error en la substancia de que está hecha la cosa, pero no en cuanto a la calidad esencial de ella, no se produce error substancial, cuando deba entenderse que la calidad y no la substancia han determinado a contratar. Así, si se adquiere un candelabro en una casa de antigüedades, es forzoso entender que la calidad esencial es que se trate de un candelabro antiguo, de modo que aunque se yerre en la substancia (se cree que es de plata y es de otro metal semejante) no habrá error substancial, puesto que la calidad prevalece en este caso sobre la materia de que está hecha la cosa. La calidad esencial aparece, en el ejemplo propuesto, de las circunstancias en que se celebra el acto. Del mismo modo, si se compra en una joyería un candelabro que parece de plata por una suma apreciable, se entiende que la substancia de que está hecho —el valor de la materia— es calidad esencial y que si el candelabro a la postre resulta ser de otra materia, habrá error substancial.

Estos ejemplos ponen en claro que no basta, como sostienen algunos de los tratadistas nombrados, la sola intención para calificar la calidad esencial del objeto. No es suficiente "lo que el autor del acto considere como determinante de su consentimiento", pues, si tal fuere, el comprador en el primer ejemplo, podría pretender que ha adquirido el candelabro porque lo creía de plata —según su intención esa era la calidad esencial— y en el segundo, que la compra la hizo porque creía que el candelabro era antiguo. Y como el Código no exige que la otra parte tenga conocimiento de lo que entiende su cocontratante por calidad esencial de la cosa² se podría sostener siempre que ha habido error substancial.

En suma: la calidad esencial deberá fijarla en último término el juez atendiendo a las circunstancias en que se celebró el acto jurídico y a lo que conforme con la noción común, con un criterio general, deba entenderse por tal calidad³.

¹ Alessandri. Curso citado, pág. 211.

² El artículo dice "...como si por alguna de las partes..." luego no es necesario que ambas partes padezcan de error, Claro Solar, obra citada. Tomo XI, N.º 774, pág. 157.

³ El Código alemán dispone expresamente que "...hay error en el contenido de la declaración aunque verse sobre cualidades de la persona o de la cosa, consideradas como

138. La doctrina francesa es substancialmente igual a la nuestra

Es interesante hacer notar que en el Derecho francés no se acepta que uno de los contratantes pueda reclamar la rescisión aunque subjetivamente haya padecido de error —in mente retentus— sobre una calidad que él estimaba substancial, porque a diferencia de nuestro Código en que basta que "alguna de las partes padezca de error" (art. 1.454, inc. 1º) en ese Derecho "el error no se toma en consideración ni vicia el consentimiento sino en cuanto es común a ambas partes, en cuanto ha sido compartido; el error unilateral no es en modo alguno dirimente; el Tribunal no considera más que el error convenido; es decir, aquel que entró o debió entrar en la convención, el error ex pacto, el que afecta a la común intención de las partes. Por estas razones el peligro de la arbitrariedad está conjurado, pues, a diferencia de la voluntad unilateral, la voluntad común de las partes es fácil de discernir; ella se deduce, o del contenido mismo del acto escrito, o de las circunstancias de la causa (profesión del vendedor, precio pagado por el comprador) se descuentan las reservas mentales, el error "in mente retenta" resulta inoperante; la cuestión queda colocada en el terreno sólo en que las investigaciones se efectúan fácilmente y puedan tener feliz éxito, gracias al criterio contractual con que la jurisprudencia substituye felizmente el criterio individual".

El Derecho francés, según la interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina, es diferente del nuestro en el que basta con que una de las partes padezca de error para que se anule el acto.

Pero, en último término, la solución del Derecho francés es igual a la que señalamos para nuestro Derecho. En efecto, según la jurisprudencia francesa, el error unilateral no invalida el acto, pues el error debe ser compartido. Esta solución no es aplicable entre nosotros porque conforme con el art. 1.454 basta con que "alguna de las partes" padezca de error sobre la calidad esencial para invalidar el acto; pero como exigimos que esa calidad esencial se juzgue con un criterio objetivo, "la otra parte" debe necesariamente darse cuenta del error en que incurre su cocontratante; y resulta así que el error viene a ser también compartido. Se llega, pues, al mismo resultado, que es el de mayor justicia y de conveniencia para la estabilidad de los negocios.

esenciales, según el uso" (art. 119, inc. 2º de este Código). El Código italiano dispone igualmente que hay error esencial, vicio del consentimiento cuando recaen... "Sobre una cualidad del objeto que, de acuerdo con la común apreciación o en relación a las circunstancias, deba considerarse determinante del consentimiento (art. 1.249 N.º 2 de ese Código).

¹ Josseland. Obra citada, Tomo II, N.º 72, pág. 38; Demogue, obra citada, Tomo I, N.º 244, pág. 399. Un criterio semejante propone Coviello (obra citada, pág. 423), diciendo que son también calidades esenciales de la cosa "las que tienen una importancia tan sólo subjetiva para el que cae en el error, cuando han sido quejadas como tales, y la voluntad resulta de modo expreso o tácito del concurso de circunstancias particulares, de suerte que la otra parte ha tenido conocimiento de ellas, o por lo menos la posibilidad de conocerlas". Es decir, para ese autor el error puede recaer también sobre calidades esenciales atribuidas subjetivamente por uno de los contratantes, si este error es compartido.

139. *Error en el valor de la cosa*

El error en el valor del objeto del contrato no debe considerarse sino excepcionalmente, y conforme con las circunstancias de cada caso, como una calidad de la cosa, sobre todo en atención a que un error de esta especie da origen a la lesión que está reglamentada en forma especial y sólo rige para algunos contratos, según el sistema de nuestro Código¹.

Pero si el error ha sido provocado por dolo, el acto será anulable por este vicio².

140. *Error en una calidad accidental de la cosa, elevada a la categoría de substancial*

El art. 1.454, inc. 2º dispone que el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

Este caso no presenta dificultad alguna, pues, aun cuando pudiera ser discutible si la calidad es esencial o accidental, en el hecho se precisa cuál es la calidad que determina a contratar y cómo la otra parte debe conocer cuál es ese motivo o calidad; bastará que no exista para que surja el error como vicio del consentimiento.

La ley no exige que el contratante que padece de error haya dado a conocer a la otra parte cuál es el principal motivo que tiene para contratar; basta con que ese motivo haya "sido conocido de la otra parte", por cualquier medio³.

En la versión taquigráfica de las clases de Arturo Alessandri R., se cita un caso bastante interesante de aplicación de este error substancial. Se trataba, en síntesis, de un ex curador que hizo dación en pago de un crédito hipotecario, por una deuda que tenía en favor de su ex pupilo. El Juez autorizó la operación en vista de que siendo un crédito hipotecario, los derechos del ex pupilo quedaban suficientemente resguardados. Posteriormente se descubrió que la hipoteca que garantizaba el crédito que recibió el pupilo en dación en pago había sido alzada. Los tribunales declararon la nulidad de la dación en pago por error, circunstancia que aparecía de que el Defensor de Menores informó favorablemente y el Juez autorizó en vista de que era un crédito hipotecario, que resguardaba los intereses del menor, lo que fue conocido de la otra parte. O sea, se aplicó el art. 1.454, inc. 2º que comentamos⁴.

¹ Baudry Lacantinerie et Barde, obra citada, Tomo XII, Nº 71, págs. 112. Planiol y Ripert, obra citada, Tomo VI, Nº 186, págs. 238.

² Véase Nº 163.

³ Claro Solar, obra citada. Tomo XI, Nº 781, págs. 174.

⁴ Gaceta de 1887, Sent. 3.323, págs. 2257.

141. *El error en una calidad accidental y el incumplimiento¹*

El error que tratamos se parece enormemente al incumplimiento del contrato, cuando el incumplimiento consiste en no entregar una cosa con la calidad accidental sobre la que ha habido una estipulación expresa.

Cuando hay incumplimiento de lo pactado y se trata de un contrato bilateral, se podrá pedir la resolución y el pago de los perjuicios, conforme con el art. 1.489. Si hay, en cambio, error, vicio del consentimiento, la sanción es la nulidad relativa.

La diferencia entre una y otra figura jurídica se podría enunciar de este modo: para que haya error substancial, según el art. 1.454, inc. 2º, es indispensable que la calidad accidental de la cosa respecto de la cual se produce el error, sea el motivo determinante que ha tenido uno de los contratantes para celebrar el acto y que esta circunstancia sea conocida de la otra parte por cualquier medio. En cambio, en el incumplimiento puede tratarse de cualquiera calidad accidental sobre la cual las partes han convenido. Y como el contrato debe cumplirse íntegramente, podrá exigirse el cumplimiento o la resolución según el caso, más la indemnización de los perjuicios, aunque se trate de la infracción de una cláusula relativa a una simple calidad accidental de la cosa; es decir, que no ha sido determinante del contrato.

142. *El error sobre una calidad accidental y los vicios redhibitorios²*

Los vicios ocultos de la cosa, llamados redhibitorios, deben ser de tal magnitud que "por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio" (art. 1.858, Nº 2). Y como el error de que tratamos recae sobre una calidad de la cosa que es el principal motivo que induce a contratar, hay sin duda semejanza entre ambas figuras jurídicas. Es de interés precisar la diferencia porque la sanción es distinta: en el error hay acción de nulidad y en los vicios redhibitorios hay acción resolutoria o de rebaja del precio, según las circunstancias (arts. 1.860, 1.868, etc.). Además, la acción redhibitoria no tiene lugar en las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia (art. 1.865), el plazo de prescripción es más breve que el de la acción rescisoria (arts. 1.866, 1.691), etc.

La diferencia fundamental entre el error y los vicios redhibitorios está en que en el error que comentamos se supone, por el que lo padece, que la cosa tiene una calidad accidental y ella es el principal motivo que lo induce a contratar; pero el hecho de que en definitiva la cosa no tenga esa calidad, no significa necesariamente que la cosa "no sirva para su uso natural, o sólo sirva

¹ Claro Solar, obra citada. Tomo XI, Nº 781, págs. 173.

² Claro Solar, obra citada, Nº 782, págs. 174; Arturo Alessandri B., obra citada, Nº 775, págs. 703. Véase Nº 162.

imperfectamente", como sucede cuando hay un vicio rethibitorio. Por eso, para que surjan los vicios rethibitorios que autorizan la resolución del contrato o la rebaja del precio, no es preciso que el contratante haya convenido teniendo en vista una calidad de la cosa que sea determinante; debe presumirse que la ha adquirido para usarla conforme con el destino que naturalmente debe dársele.

Pero es forzoso reconocer que en ciertos casos pueden coincidir totalmente "la esfera de aplicación de error en el objeto, y el de la garantía de los vicios ocultos"¹. Deben, entonces, aplicarse las normas sobre vicios rethibitorios, pues se trata de disposiciones especiales que prevalecen, en consecuencia, sobre las generales.

143. Error en la persona cuando la consideración de ella es causa principal del contrato

El art. 1.455 dispone que "el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato".

"Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato".

Del artículo transcrito se desprende que lo normal es que el error en la persona con quien se contrata no influya en la validez del acto y que sólo por excepción vicia el consentimiento cuando la consideración de la persona haya sido determinante. Esto es, cuando el acto es "intuitu personae".

El error en la persona puede referirse tanto a la persona misma, o sea, a su identidad, como a las cualidades de la persona con quien se contrata². Se sigue un criterio semejante para juzgar el error en las cualidades de la persona que el que se aplica para el error en las cualidades de la cosa. Siendo determinantes la identidad o las cualidades que se suponen en la persona del otro contratante, el error en que se incurra vicia el consentimiento.

Pero, como dice Josseland³, la dificultad es saber en cuáles actos jurídicos la consideración de la persona es determinante. La doctrina no ha dado hasta ahora normas precisas sobre el particular. En último término, será el Juez quien establecerá en cada caso si el error en la persona o en sus cualidades debe viciar el consentimiento.

No obstante, debe presumirse que el error en la persona o en ciertas cualidades vicia el consentimiento si el contrato supone "intuitus personae".

Para saber qué actos o contratos suponen "intuitus personae", la doctrina señala los siguientes principios generales⁴:

¹ Planiol y Ripert. Obra citada, Tomo VI, No 184, pág. 246.

² Planiol y Ripert. Obra citada, No 182, pág. 241.

³ Les mobiles... Nos 44 a 56, págs. 57 y sgts.

⁴ Véanse las dos citas precedentes y Claro Solar, obra citada, Nos 783 a 789, págs. 175 y sgts., y Arturo Alessandri Besa, obra citada, Nos 779 a 781, págs. 706 y sgts.

10 *Actos de familia*. Los actos del derecho de familia suponen, por lo general, que se han celebrado en consideración a la identidad de la persona —reconocimiento de hijos, adopción, etc.

Se ha discutido en la doctrina si el error en las cualidades de una persona podría ser suficiente para invalidar el matrimonio.

Nuestra jurisprudencia estima que el art. 33 de la Ley de Matrimonio Civil, al disponer que falta el consentimiento libre y espontáneo "si ha habido error en cuanto a la identidad de la persona del otro contratante", se refiere sólo al error en la persona física y no en la persona civil o social¹.

La doctrina y la jurisprudencia francesas², seguidas por nuestros principales juristas³, son totalmente diversas y aceptan el error en la persona civil o social como vicio del consentimiento. Parece que ésta es la buena doctrina, pues la persona no es sólo el individuo, sino también sus cualidades y condiciones que sirven igualmente para singularizarlo. Y así, si se contrae matrimonio con un individuo de malos antecedentes que se hace pasar por otro a quien sólo se conoce por referencias, no habrá error en la persona física, pero sí en su identidad civil; y este error vicia el consentimiento.

En todo caso, no se discute que los actos de familia pueden anularse por error en la identidad física.

20 *Actos patrimoniales*. a) *Título gratuito*. En los actos patrimoniales a título gratuito, la consideración de la persona debe estimarse determinante. Es el caso de las donaciones, a menos que se hagan como liberalidades a la multitud "con ocasión de alguna solemnidad", pues entonces desaparece la consideración de la persona⁴. Pero aun en este evento la consideración de la persona puede establecerse de manera genérica, como si la donación se hace a los pobres de una parroquia, en cuyo caso la calidad de pobre es determinante. Dentro de esta clase de contrato podemos citar también el mutuo sin interés, el comodato y el depósito.

b) *Título oneroso*. En los actos a título oneroso, lo normal es que no se considere la identidad o cualidades de la persona. Pero hay algunos en que existe la consideración de la persona, pues el hecho de que sea oneroso no excluye el "intuitus personae", toda vez que no se trata de conceptos incompatibles. Así sucede en el arrendamiento de servicios, y en ciertos casos en el arrendamiento de cosas, en la sociedad colectiva⁵, en el mandato, en el mutuo

¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 538. Tomo XXXVII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 307 y Tomo XLI, 2ª Parte, Sec. 2ª, pág. 18, con un interesante comentario de Manuel Somarriva U.

² Planiol y Ripert. Tomo II, Nos 101 y sgts. Baudry Lacantinerie, Tomo II, No 1.725. Además, los tratadistas citados por Somarriva en el comentario de la nota precedente.

³ M. Somarriva, *Derecho de familia*, pág. 36. Claro Solar. Tomo I, No 535, pág. 302, etc.

⁴ Se comprenden también entre las donaciones la remisión o condonación de una deuda, pues según el artículo 1.653 si procede de mera liberalidad, "está en todo sujeta a las reglas de las donaciones entre vivos" (A. Alessandri B., obra citada, No 779, pág. 706).

⁵ Se comprende también el colono aparcerero, por "la especie de sociedad que media entre el arrendador y él" (art. 1.983, inc. 2ª). Véase legislación laboral sobre la materia.

con interés, en el contrato de trabajo y, en general, en aquellos contratos en que surgen obligaciones que se van cumpliendo durante cierto tiempo después del contrato. Por esta razón son "intuitus personae", ya que no es indiferente la persona o sus cualidades, y de ello va a depender el cumplimiento del contrato.

En los contratos antedichos existe la consideración a la persona porque engendran obligaciones de hacer o son contratos de tracto sucesivo o de ejecución escalonada, en todos los cuales la aptitud, inteligencia, moralidad, solvencia, etc., determinan la condición de "intuitus personae".

Al igual que en el error en la substancia, si se yerra en una calidad personal determinante, pero no en la identidad física, habrá error en la persona. Así, si se encomienda una gestión a una persona que se la supone especialista en una materia y resulta no ser tal, habrá error en la persona.

Pero "la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato" (art. 1.455, inciso final).

Sin duda esta indemnización es perfectamente justa y se castiga así al contratante que debe suponerse negligente por no haberse cerciorado de la identidad o cualidades de la persona con quien deseaba contratar. Si la persona con quien erradamente se contrata está de mala fe, no sólo no podrá cobrar perjuicios, sino que deberá reparar los daños ocasionados si ha habido dolo o culpa de su parte que determinaron la contratación viciada de error (art. 2.314).

c) *Casos especiales.* Aparte de los casos citados en las letras precedentes, hay otros, en que la ley ha establecido expresamente la consideración de la persona. Así, el art. 2.456 dispone: "la transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige".

"Si se cree, pues, transigir con una persona y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción".

"De la misma manera, si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho".

144. Cobro de perjuicios

Hemos dicho que el error en la persona produce igual efecto que el error en la substancia o calidad esencial del objeto, y por eso estimamos que la indemnización que se acuerda en el primer caso debería existir también en el segundo, pues tan justo es que se indemnice a la persona con quien erradamente se ha contratado como al contratante de buena fe que tiene la cosa respecto de cuya substancia o calidad esencial yerra el otro contratante. Porque en ambos casos el que acciona de nulidad reconoce su negligencia por no haberse cerciorado, sea de la persona del otro contratante, sea de la substancia o calidad esencial de la cosa.

¹ Alessandri Besa, obra citada, Nº 782, pág. 709.

145. El error accidental

El error que no tenga la categoría de esencial o substancial, es accidental y no vicia el consentimiento.

Luego, tiene la categoría de error accidental, precisando su contenido por exclusión, el error que recae sobre una calidad no esencial, como, por ejemplo, la identidad de los propietarios colindantes (a menos que esa calidad sea determinante y tal circunstancia haya sido conocida de la otra parte) o cuando recae sobre la persona y la consideración de ella no es determinante. También habrá error accidental cuando recae sobre el valor de la cosa, ya que éste da origen, excepcionalmente a la rescisión por lesión.

Estas clases de error no producen la nulidad del acto, porque son simples detalles dentro del contenido del contrato. El Código señala algunos casos, como en el art. 676, que dispone: "si se yerra en el nombre sólo es válida la tradición". Y el art. 2.458: "el error de cálculo no anula la transacción, sólo da derecho a que se rectifique el cálculo".

O sea, el error accidental no vicia el consentimiento y es, en consecuencia, distinto del llamado por la doctrina error-nulidad, que hemos estudiado precedentemente y que reglamentan los arts. 1.454 y 1.455.

146. Error común¹

Hasta ahora hemos estudiado el error en que incurre el autor del acto jurídico o alguno de los contratantes. Cuando este error lo sufre también la gran mayoría de las personas de la localidad donde se otorga el acto, hay error común. Según la máxima latina, enunciada por los glosadores basándose en el Digesto² "error communis facit ius", o sea, el error del autor o contratante en lugar de viciar su consentimiento y de producir la rescisión, por tener la particularidad de ser común, sana el acto que atendidos los preceptos de la ley debería ser nulo.

La doctrina del error común surgió de Roma³ a raíz de las sentencias que dictó el Pretor Barbarius Philippus, que fue nombrado en este cargo creyéndose ciudadano romano, pero que resultó ser un siervo fugitivo. Destituido de su

¹ Demogue, Obra citada, Tomo I, Nos 276 y sgts., págs. 452 y sgts. Mazeaud, *Le Maxime error Communis facit ius*, Revista Trimestral de Derecho Civil, año 1924, Tomo XXIII, págs. 929 y sgts. Claro Solar, obra citada, Tomo XI, Nº 796, págs. 184 y sgts. Arturo Alessandri Besa, obra citada, Nos 786 y sgts., págs. 711 y sgts. Benjamín Dávila Izquierdo, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVIII, Sec. Derecho, pág. 118. Leopoldo Urrutia, Dictamen en recurso de casación de fondo, publicado en la Recopilación correspondiente al año 1909, pág. 842. Marcos Silva Bascuñán, *Nulidad de un testamento cerrado por vicios relacionados con su apertura y otorgamiento*, Nos 69 a 77. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXV, 1ª Parte, págs. 152 y sgts. *Teoría integral de la aptitud*, Raúl Alvarez Cruz.

² Claro Solar, obra citada, Nº 796, pág. 184; Benjamín Dávila, obra citada, pág. 119.

³ Pero su enunciación definitiva fue hecha, como decimos, por el antiguo derecho francés, apoyándose en esos textos romanos. Benjamín Dávila, obra citada, pág. 119.

cargo, surgió la cuestión de saber si eran válidas esas sentencias dictadas por quien no había podido ser Pretor. El buen sentido de los romanos calificó de válidas esas sentencias, ya que las partes no habían sido negligentes al reconocer como todo el público la calidad de Pretor a quien había sido nombrado para ese cargo¹.

El error común se presenta especialmente en el caso de funcionarios públicos mal nombrados² o que actúan estando con licencia o suspendidos y, en general, cuando intervienen en un acto jurídico personas que ostentan una capacidad o una calidad que en verdad no tienen, como en el caso propuesto, o si esos funcionarios exceden los límites de sus atribuciones, o si un mandatario o un propietario aparentes contratan en esa calidad, o un representante legal mal nombrado autoriza a su representante, o enajena bienes de éste, o si un funcionario hace por error una cancelación en un Registro Público, o se excede en sus atribuciones³, etc. Muchas veces el error común lo reglamenta la ley en la institución en que incide (representación, posesión, guardas, etc.).

En los casos de error de derecho que hemos estudiado precedentemente, la parte que incurre en error trata de obtener la anulación del acto porque su consentimiento ha estado viciado; en este supuesto, en cambio, se pretende mantener un acto en virtud del error común, no obstante que de acuerdo con la ley debería ser nulo o ineficaz⁴.

Para que el error común valide el acto nulo, debe reunirse, en opinión de la doctrina, los siguientes requisitos: a) debe ser común; b) debe tener un motivo justo, y c) debe haber buena fe en el que lo padece.

a) Que sea común significa que la generalidad de los habitantes del lugar donde el acto se celebra participe del mismo error.

b) Que tenga un motivo justo, significa que haya una apariencia que induzca al error, como el hecho de que el funcionario público ejerza sus funciones, que el mandatario exhiba un poder aparente, o un heredero un testamento que a la postre resulta haber sido revocado, o que haya en suma un "título colorado", como los denomina el derecho canónico;

c) Por último, se exige, y ello va casi implícito en los dos requisitos

¹ Entre nosotros sucedió algo semejante con el nombramiento de un Ministro de Guerra (año 1893) que no había nacido en territorio chileno, como exigía la Constitución de 1833 (art. 76) para poder ocupar ese cargo. El nombramiento de Ministro se declaró nulo, pero no los actos que ejecutó en su calidad de tal (Benjamín Dávila, Revista cit., pág. 144. Puede verse también el Dictamen de don Leopoldo Urrutia, Revista Forense Chilena. Tomo IX, pág. 159).

² En el derecho canónico se reconoce que la jurisdicción eclesiástica que se ejerce con título falso no invalida los actos que se ejecuten si hay un título colorado, es decir, "que tiene color y apariencia de verdadero por cuanto fue conferido por Superior competente y no se ve en su concesión vicio manifiesto, pero que tiene algún defecto oculto que lo vicia y lo invalida" (Marcos Silva, artículo citado, No 72, pág. 153).

³ Véase nuestro trabajo *El objeto en los actos jurídicos* No 73, pág. 133.

⁴ Nótese que la expresión "facit jus" no significa que el error común cree una norma de derecho, sino simplemente que se da validez a una situación de hecho que conforme con la ley debería ser ineficaz.

anteriores, que haya buena fe en el que sufre el error, que ignore la verdadera situación¹.

Nuestro Código, al igual que el Código francés, no ha establecido el principio del error común, pero contiene varios artículos que se fundan precisamente en él. De ahí que la doctrina y nuestra jurisprudencia acepten el error común cuando reúne los requisitos que acabamos de indicar².

Nos parece que la justificación doctrinaria la enuncie en forma muy precisa Demogue³, cuando dice que es necesario dar valor al error común por la seguridad dinámica, entendiéndose por tal la necesidad de confiar en las apariencias, pues es imposible que se conozca el todo de ninguna cosa. El que obra prudentemente, basándose en las apariencias, merece la protección legal aunque incurra en error.

Y esto es tan efectivo que el legislador ha tenido que reconocerlo con desmedro de sus propias disposiciones. Así, el art. 1.012 señala las causas de inhabilidad para ser testigo; pero el artículo siguiente dispone que "si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente no se manifestare en el aspecto o comportamiento de un testigo y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo". El art. 704 No 4 dice que "no es justo título el meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior; etc. Sin embargo al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como allegatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido". La condición de heredero putativo habilita para ganar por prescripción ordinaria el derecho de herencia (art. 1.269).

Y los terceros de buena fe que contratan con el heredero aparente, quedan a cubierto de posibles nulidades porque "el que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico..." (art. 1.267). Los actos del heredero aparente se imponen al verdadero heredero⁴.

El art. 1.576 dispone en su inc. 20 que "el pago hecho de buena fe a la

¹ Como "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario" (art. 706, inc. final) y nadie puede alegar ignorancia de la ley (art. 8), no se podría alegar el error común del derecho. Aunque todo el mundo ignore la ley, este error común no excusa a nadie de su cumplimiento. De otro modo se aceptaría el error de derecho, la derogación de la ley por el no uso, etc., y estos extremos no los reconoce nuestra legislación.

² La doctrina y la jurisprudencia francesas han reconocido reiteradamente estos mismos principios y dan a la máxima "error communis facit jus" una aplicación muy general.

³ Obra citada, Tomo I, No 279, pág. 457.

⁴ León J. de la Morandière *La evolución general del Derecho civil francés moderno*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXVII, pág. 21.

persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía.¹

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se ha pronunciado generalmente en favor del principio que estudiamos.²

En efecto, la Corte Suprema ha sentado la siguiente doctrina: "para los efectos de la validez de un instrumento otorgado ante el funcionario correspondiente, basta que éste exhiba su investidura con las apariencias que ordinariamente ostentan dichos funcionarios, o sea, que esté en posesión, a lo menos, de un título colorado que le permite intervenir a la faz del poder público y ser considerado tal por el común de las gentes; y de aquí la máxima aceptada universalmente: *"error communis facit jus"* que nuestra legislación reconoce al darle valor, entre otros casos al matrimonio putativo, al curador de hecho, al heredero aparente, al testigo testamentario aparentemente capaz, etc."

"Todo otro requisito que se pretenda que deban averiguar las personas que acuden a sus oficinas, so pena de acarrear la nulidad del acto, si se comprobara algún defecto en su designación o en sus calidades, fuera de hacer responsable al público en situaciones en que no le compete intervenir y de producir una constante inestabilidad en las relaciones jurídicas, resultaría absurdo, pues sería prácticamente imposible una investigación certera al respecto, y se llegaría a extremos inverosímiles, que también deberían traer consigo la misma pretendida nulidad si se hubiera faltado a ellos, puesto que no sólo bastaría que el empleado hubiese cumplido con sus requisitos, sino que habría que inquirir si a su vez los reunía la autoridad que los designó y así indefinidamente."³

En otra oportunidad la misma Corte, manteniendo esta doctrina y haciendo también un análisis completo de los requisitos necesarios para que el error común constituya derecho, declaró que "acreditado que no existía en el departamento correspondiente abogado en el ejercicio legal de la profesión a la fecha en que se hizo el nombramiento de Notario interino, que recayó en persona que no tenía la calidad de Abogado, ni que el Juez tuviera conocimiento fidedigno de que realmente existiera en la localidad una persona con título de Abogado, el funcionario nombrado para el cargo de Notario interino estaba en posesión al menos de un título colorado, que le permitía, a la faz de las autoridades de la localidad, ser considerado como Notario y revestir aquel carácter ante el público que ocurría en demanda de sus servicios. Así se justifica su actuación en los numerosos instrumentos extendidos en los Regis-

¹ Se citan comúnmente otros casos de error común, como los artículos 94, No 4, 122, 426, 2.058, etc.; pero creemos que en los transcritos precedentemente aparecidos con mayor nitidez el error común. Sobre el artículo 426 puede consultarse Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 181.

² Hay también algunos fallos adversos; pero que sin duda son equivocados. Así se resolvió en una ocasión que el testamento otorgado ante un Notario nombrado por el Gobierno de Bulmarceda, sin arreglo a la Constitución y las leyes en vigor, es nulo, pues siendo nulo el nombramiento de este funcionario, deben serlo también los actos otorgados ante él. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXI, 1ª Parte, Sec. 1ª, pág. 919).

³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVI, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 286.

tros a su cargo. En tal virtud, la calidad de Notario interino aparece suficientemente acreditada para las personas que solicitan sus servicios, sin que los otorgantes necesiten averiguar la legitimidad de sus funciones o investigar la calidad de su persona para desempeñarlas válidamente. Serían, pues, precauciones no incumben a los que concurren a una oficina pública que se atiende de acuerdo con las condiciones que la ley exige para el desempeño del cargo, y para el cual quien lo desempeña fue designado por la autoridad a la que correspondía el nombramiento. En consecuencia es válido el testamento otorgado ante el Notario interino que, sin tener título de Abogado, desempeña el cargo en las condiciones dichas".

Creemos que este interesante fallo, redactado por el Ministro don Romilio Burgos, no necesita de mayores comentarios, pues tiene una precisión y claridad casi didácticas.

En el caso de los funcionarios nombrados defectuosamente, no puede saber duda alguna de que el error común constituye derecho, pues de no aceptarse este criterio, la vida en común se complicaría enormemente, ya que en cada ocasión habría que cerciorarse de que el funcionario así bien nombrado, no tiene inhabilidades, etc., lo que resulta, por lo demás, imposible de realizar. Además, como dice don Leopoldo Uruñiz en un interesante dictamen¹ sobre la posible nulidad de un testamento otorgado ante un Notario que no había prestado la fianza y el juramento exigidos por la ley: "las omisiones en que hubiera incurrido el Notario no pueden afectar la responsabilidad del público en detalles imputables sólo al funcionario delincuente. La ley castiga al culpable y no a los otorgantes que por otro lado llenaron los requisitos legales en la confección de sus actos o contratos".

Es tan ajustada a derecho la doctrina tradicional que reconoce la validez de los actos celebrados ante funcionarios mal nombrados, que el Estatuto Administrativo ya lo ha reconocido expresamente en el art. 159. Y conforme con esta norma, la Excm. Corte ha resuelto: "El inc. 2º del artículo 139 del Estatuto Administrativo —aplicable a los funcionarios del Poder Judicial— prescribe que el empleado podrá asumir inmediatamente sus funciones si el decreto o resolución expresamente así lo dispusiere fundado en razones impositivas de buen servicio; y que si la Contraloría General de la República observare tal decreto o resolución, ello será comunicado al funcionario, el que deberá dejar de actuar, pero que las actuaciones del empleado, efectuadas durante ese período, serán válidas".

"En consecuencia, debe desestimarse el recurso de casación en la forma deducido en contra del fallo de alzada por la causal primera del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil —mala integración— en relación con el artículo 215 del Código Orgánico de Tribunales y que se hace consistir en que integró la Sala que pronunció el fallo, en calidad de Ministro de la Corte, un funcionario cuyo decreto de traslado fue, en definitiva, dejado sin efecto por defectos de forma, si —aunque la afirmación sea exacta— el decreto de traslado

¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 547.

² Recopilación de Dictámenes de los Ministros de la Corte Suprema. Año 1909, pág. 544.

violencia no era vicio del consentimiento, puesto que el autor o contratante exterioriza su voluntad con cabal conocimiento de las circunstancias (sin error) y prefiere consentir a mantener su espíritu turbado por el miedo de que continúe el sufrimiento físico o se realice la amenaza. Los Glosadores resumieron más tarde estas ideas diciendo "voluntas coactas est voluntas". Pero en Roma, el Pretor Octavio, contemporáneo de Cicerón, había establecido la acción "quod metus causa" para invalidar el acto jurídico en vista de que el autor o contratante formulaba esa declaración de voluntad impulsado sólo por el miedo.

El vicio de la voluntad no está propiamente en la fuerza (que viene a ser causa), sino en el miedo (efecto), que es el que determina que se exprese conscientemente una voluntad que no corresponde al verdadero querer del sujeto¹.

La fuerza de que tratamos puede ser, pues, física o moral, según se empleen vías de hecho o amenazas, respectivamente, pero en todo caso tiene por finalidad infundir temor; de manera que el que la sufre manifiesta una voluntad sólo aparente por falta de libertad.

Si la fuerza física no solamente presiona la voluntad sino que la anula totalmente —vis absoluta—, como si se le guía violentamente la mano a una persona para que aparezca firmando un documento, ya no hay sólo vicio de la voluntad, puesto que la víctima no ha manifestado voluntad alguna, sino ausencia total de ella, y, por consiguiente, no hay acto jurídico².

Los casos de violencia física, como dice G. Ripert³, son cada vez más raros y lo frecuente es que se emplee la fuerza mediante la amenaza o "chantage".

148. Requisitos del vicio de fuerza

Para que la fuerza vicié el consentimiento debe reunir los siguientes requisitos: a) debe ser grave; b) debe ser injusta; c) debe ser determinante⁴.

¹ El Código alemán dispuso en su artículo 123, siguiendo estos principios: "el que se haya determinado a hacer una declaración de voluntad, por manejos fraudulentos o por amenazas ilegales, podrá argüir de falsa dicha declaración". Como explica Saleilles (obra citada, pág. 56), se dice sólo "amenazas" para precisar que la fuerza física, cuando excluye la voluntad, no puede ser vicio del consentimiento.

² Véase cita anterior.

³ *La règle morale*... No 45, pág. 87.

⁴ Así lo reconoce expresamente nuestra jurisprudencia. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 286; Tomo LX, Sec. 1ª, pág. 187.

ordenaba a tal funcionario asumiera inmediatamente el cargo, por imposterables razones de buen servicio"¹.

Por lo dicho, resulta criticable un fallo de la Corte de Concepción que anuló un testamento porque el Notario había sido nombrado por un Juez que actuaba como subrogante del titular sin derecho alguno². Se sancionó así injustamente a una persona de buena fe por un hecho que no conocía, no podía prever ni mucho menos impedir.

Dada la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, debe entenderse que no sólo en el caso de funcionarios mal nombrados sino, en general, el error común constituye derecho, si concurren los requisitos que hemos señalado. No es necesario, pues, que la ley contemple el caso expresamente; pero, como dice el profesor Alessandri Rodríguez, "los jueces han de ser cautos y prudentes en la aplicación de esta máxima, y no deben darle validez sino cuando su desconocimiento importaría consagrar una injusticia evidente o una inequidad manifiesta"³.

Párrafo II

LA FUERZA

147. Concepto⁴

La fuerza, o violencia, como también se denomina⁵, es el constreñimiento ejercido sobre la voluntad de un individuo mediante coacción física o amenazas, que le producen un temor de tal magnitud que le obliga a consentir en un acto jurídico que no desea.

La presión en la voluntad puede ejercerse mediante la amenaza de un mal futuro, o bien por un mal trato o sufrimiento físico actual. En ambos casos la voluntad está presionada por el temor al sufrimiento futuro, sea porque se cumpla la amenaza o porque continúe el sufrimiento actual⁶.

Este vicio del consentimiento altera, pues, la voluntad por el temor que engendra en la persona que lo sufre, pero no hace desaparecer totalmente la voluntad. De aquí que en los primeros tiempos del Derecho Romano la

¹ R. D. y J. Tomo LXVIII, Sec. 1ª, pág. 192. En igual sentido, en el mismo Tomo LXVIII, Sec. 4ª, pág. 106.

² Gaceta año 1929. Tomo II, Sent. 115, pág. 538.

³ Curso citado, pág. 223.

⁴ Maximiliano Roldán Ojeda, *La violencia como vicio del consentimiento*, L. Josseland, *Les mobiles*... Nos 71 a 90, págs. 93 a 117. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, págs. 50 a 72. Planiol y Ripert, obra citada, No 191, págs. 254 y sgts.

⁵ El artículo 2.453 se refiere al dolo o "violencia".

⁶ Planiol y Ripert. Obra citada, No 191, pág. 254.

149. a) *La fuerza debe ser grave*

El art. 1.456 dispone en su inciso primero que "la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave".

En otros términos, el mal presente que padece la víctima o la amenaza de un mal futuro deben producir un temor que verdaderamente lo determine a consentir en lo que sin esa presión no hubiere aceptado.

Pero es preciso atender a las condiciones personales de la víctima para poder determinar cuándo una amenaza o un mal presente reviste esa gravedad. De aquí que deba considerarse en cada caso "la edad, el sexo y la condición". Las vías de hecho o las amenazas producen un efecto distinto no tanto considerándolas en sí mismas, sino en relación con la persona que debe soportarlas. Y así, lo que puede turbar grandemente el espíritu de un hombre débil y pusilánime, moverá a risa a un hombre fuerte y valeroso.

El mal o la amenaza pueden ser, pues, de cualquier especie y siempre deberá apreciarse en relación con las condiciones de la víctima, ya que de ésta dependerá en último término la "gravedad" de la fuerza.

Al efecto, es del caso recordar que la I. Corte de Apelaciones de Santiago falló un juicio en que se invocó el vicio de fuerza y que tuvo cierta resonancia en su tiempo debido a la calidad del demandante. Un abogado de gran figuración política, propietario de una imprenta y de dos periódicos, vendió al Fisco las maquinarias y materiales de estos periódicos y el inmueble en que aquéllas estaban instaladas. En seguida, demandó al Fisco invocando la nulidad del contrato por vicio de fuerza, pues pretendía que las arbitrariedades del Gobierno de la época le hacían temer que se cumplieran las amenazas que había recibido de ese Gobierno, en orden a que si no firmaba la escritura de venta sería deportado a una isla lejana y que podría confiscarse una finca rural que poseía. La I. Corte rechazó la demanda teniendo especialmente en cuenta que: "Frente a la vigorosa personalidad del actor, que era uno de los políticos más destacados, un juriconsulto de nota, unánimemente respetado, no se concibe que las amenazas que él invoca le hayan producido una impresión fuerte, capaz de violentar su voluntad o de causarle un mal irreparable y grave".

"En cuanto a la fuerza que se hace consistir en la amenaza de confiscarle la finca rural, debe desestimarse si, frente a la situación existente en el país en aquellos días, resulta impropio pensar que ella pudiera cumplirse y si se considera, además, que dada la situación profesional y política del actor, no puede pensarse que la amenaza de confiscación, algo desconocido en la vida nacional, le produjera el temor de verse expuesto a un mal irreparable, por tratarse de una amenaza realmente inverosímil. También hace poco verosímil que el Gobierno de ese entonces haya querido violentar o perjudicar al actor, si

de diversos antecedentes aparece que era su sostenedor, existiendo entre ambas una comunidad de ideas que resulta contraria a cualquier propósito de persecución o de expoliación".¹

El mal con que se amenaza puede recaer no sólo sobre la persona o patrimonio de la víctima, sino también sobre su honor y reputación. Como en los casos anteriores, también deben apreciarse aquí las condiciones de la víctima, pues el temor a la calumnia, por el comentario público que pueda suscitar, varía con la posición social, circunstancias personales, etc.

Además, para precisar en cada caso si la fuerza ha producido el temor que vicia el consentimiento deben considerarse siempre las circunstancias de tiempo y lugar, pues pueden tener influencia decisiva en el ánimo de la víctima. El que se encuentra solo en país extraño, o de noche y en deshabitado, puede experimentar un temor que vicie su voluntad, aunque el mal con que se le amenaza no sea probable ni de gran magnitud. Por eso nuestra Corte Suprema ha fallado que "no infringe el art. 1.456 del Código Civil la sentencia que acogió la excepción opuesta por el ejecutado basada en que su consentimiento estaría viciado de fuerza, si los jueces del fondo, en uso de sus facultades privativas, han establecido como hecho de la causa que el ejecutado firmó el documento que sirve de título a la ejecución, ante la amenaza que se le hizo, primero en Lisboa y después en Buenos Aires, de retenerle sus pasaportes, impidiéndole en esta forma continuar el viaje, lo que fundadamente hacía concebir al ejecutado un justo temor de verse expuesto a un mal irreparable y grave como era el de quedar en un país extraño, privado en absoluto de recursos".

Nuestro Código es tal vez más preciso al reglamentar la fuerza que el Código francés, que en el art. 1.112 dice que "hay fuerza cuando es de naturaleza capaz de hacer impresión sobre una persona razonable y que pueda inspirarle el miedo de exponer su persona o su fortuna a un mal considerable y presente. Se tiene en cuenta, en esta materia, la edad, el sexo, y la condición de las personas". Sin duda hay una contradicción entre el primero y segundo inciso, pues el primero considera la fuerza en abstracto (persona razonable) y el segundo en concreto (atiende a las circunstancias en cada caso). La doctrina francesa y la jurisprudencia hacen prevalecer el segundo inciso sobre el primero.

¹ R. D. y J. J. Tomo LX, Sec. 1ª, pág. 163 (Considerandos 23 a 25, págs. 178).

² Baudry Lacantinerie et Barde. Obra citada. Tomo I, No 75. Planiol y Ripert. Obra citada. Tomo IV, No 191. El Código suizo (art. 30) lo dice expresamente.

³ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLVI, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 305. Otros casos semejantes fallados en igual sentido: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLV, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 406; y Tomo XLVI, Sec. 1ª, pág. 305.

resolviendo así la cuestión del mismo modo que nuestro Código¹. Además, al disponer ese artículo que el mal debe ser presente² ha querido decir que el temor al mal debe existir en el instante de manifestar la voluntad, pues el mal puede ser futuro; y siempre lo será cuando se trate de amenazas.

150. Presunción de gravedad de la fuerza

El art. 1.456 considera que constituye fuerza con la gravedad suficiente para viciar el consentimiento "todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave". Esta disposición presume (se mira) que el consentimiento está viciado de fuerza cuando la víctima debe temer con justo motivo un mal irreparable y grave, porque en este caso no hay duda de que se ha producido la "impresión fuerte" a que se refiere la primera parte del artículo. Pero, aunque esté de más decirlo, esto no significa que para que haya fuerza sea necesario siempre de la amenaza de un mal irreparable y grave; estos requisitos sólo son necesarios para que opere la presunción.

Y se presume también que hay fuerza que reúne el requisito de ser grave cuando el mal con que se amenaza va a recaer sobre el cónyuge o sobre alguno de los ascendientes o descendientes de la víctima. La ley ha querido precisar que no es indispensable que la amenaza sea de un mal propio, pues por los vínculos de afecto que deben suponerse entre cónyuges o entre los parientes legítimos o ilegítimos³ que señala, la amenaza de un mal a cualquiera de ellos tiene que producir "una impresión fuerte" en la víctima.

Si se trata de amenaza de un mal a otros parientes, a un amigo íntimo o al novio o novia de la víctima, no operará esta presunción legal, pero en el hecho se va a resolver en la misma forma, puesto que el Juez va a presumir —presunción judicial— la "impresión fuerte" una vez que se pruebe la calidad de hermano o pariente próximo, la amistad íntima, el noviazgo u otra circunstancia semejante.

¹ Planiol y Ripert. Tomo VI, No 192, pág. 256. Baudry Lacantinerie et Barde, Tomo I, No 74. Demogue, Tomo I, No 313, pág. 508.

² Este error proviene de una inexactitud de Pothier. Planiol y Ripert, No 191, pág. 255, cita 2.

³ Claro Solar (Tomo XI, No 814, pág. 210) incluye también a los hijos adoptivos, lo que es muy discutible, pues según el artículo 1º de la Ley No 7.613: "la adopción no constituye estado civil". Los tratadistas franceses aceptan ese mismo criterio. Planiol y Ripert, Tomo VI, No 193, pág. 257, cita No 6. Si se trata de adopción plena (Ley 18.703 de 10 de mayo de 1988), como al adoptado se le concede la calidad de hijo legítimo (art. 1º) queda comprendido entre los descendientes legítimos.

En la legislación extranjera, algunos Códigos no se refieren a este punto (art. 123, Código Civil alemán), otros se refieren a todos los parientes (Código suizo, art. 30; Código del Brasil, art. 98), otros comprenden en este caso a todos los terceros (Código portugués, art. 666)¹ y, por último, otros como el Código francés (art. 1.113), italiano (art. 1.436), el de México (art. 1.819), etc., se refieren sólo a ciertos parientes.

La amenaza también puede consistir en que el "víctima" se cause a sí mismo un daño —mutilarse, suicidarse, etc.—, si "la víctima" no consiente². Es una manera de aprovecharse de los sentimientos de humanidad. Así sucede a veces que se solicitan préstamos bajo la amenaza de suicidio en caso de negativa. Para apreciar si hay fuerza, vicio del consentimiento, habrá que considerar si la amenaza produjo en la víctima una impresión fuerte en razón de los vínculos de parentesco, de amistad y aun de los puros sentimientos humanitarios.

151. La gravedad la aprecian los jueces del fondo

La gravedad de la fuerza la apreciarán soberanamente los jueces del fondo, pues se trata de un aspecto de hecho y esencialmente relativo. La Corte Suprema lo ha declarado así reiteradamente, porque "es facultad privativa de los jueces decidir soberanamente si los hechos que se le someten son o no constitutivos de fuerza, de naturaleza tal que pueda acarrear la nulidad del contrato"³.

152. b) La fuerza debe ser injusta. El ejercicio ilegítimo de los derechos

Que la fuerza sea injusta o ilegítima significa que es contraria a derecho.

Cuando la fuerza se ejerce por medio de actos ilícitos, como amenaza de escándalo o vías de hecho, sea que constituyan o no un delito penal, es indiscutible que la coacción es injusta. Pero la duda surge cuando se ejercita un derecho y a raíz de ello se celebra un acto jurídico en que el deudor o demandado contrae una nueva obligación o renuncia a un derecho.

La doctrina es uniforme en estimar que el ejercicio legítimo de un derecho no puede constituir fuerza, aun cuando con ello se produzcan actos de violencia, como la prisión del deudor, el desalojo de la propiedad, etc. Un

¹ Josseland, *Les mobiler...* No 89, pág. 115.

² Demogue, obra citada, No 324, pág. 521.

³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 383. Pueden consultarse, además, Tomo XXVII, 2ª Parte Sec. 2ª, pág. 17. Tomo XXIII, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 669. Tomo XLV, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 408. Tomo XLVI, 2ª Parte, Sec. 1ª, pág. 308 y Tomo III, Sec. 1ª, pág. 330. Véase en el número siguiente la calificación jurídica del ejercicio de vías legales como medio de fuerza.

00084

contrato celebrado en estas condiciones es válido, puesto que la ley autoriza al acreedor para obtener compulsivamente la satisfacción de su derecho.

Pero bajo la apariencia del ejercicio legítimo de un derecho, puede ejercerse la fuerza para obtener un beneficio ilegítimo y, entonces, la demanda judicial o la amenaza de intentarla dejan de ser el ejercicio de un derecho y se transforman en un abuso, en un medio de hecho que constituye fuerza, vicio del consentimiento¹.

Es decir, el ejercicio de un derecho no constituye fuerza si con él sólo se persigue la prestación o abstención que la ley le atribuye; pero si el ejercicio o la amenaza de ejercitar un derecho tienen el deliberado propósito de "agravar de manera ilícita la condición del amenazado"² para obligar, por ejemplo, al deudor a pagar intereses usurarios, o a hacer dación en pago de una cosa de valor muy superior a la deuda, o bien con el fin de obtener el consentimiento en una obligación diversa o la renuncia de un derecho, habrá violencia injusta, y, por consiguiente, vicio del consentimiento en el acto que se celebre bajo esas condiciones.

Los tribunales deberán apreciar en cada caso si el ejercicio de un derecho puede considerarse ilegítimo, atendiendo a la finalidad perseguida. Y para llegar a esta conclusión deberán tener en cuenta especialmente la obligación o renuncia producidas a raíz del ejercicio del derecho, porque si éstas no tienen causa, o crean un beneficio exagerado para el que ha ejercitado la acción, no habrá duda de que se tratará del ejercicio torcido de su derecho y que el consentimiento de la víctima estará viciado de fuerza.

G. Ripert, siguiendo este orden de ideas, dice que si el autor de un delito promete reparar las consecuencias dañosas, por el miedo que le causa que se descubra su delito y ante la amenaza de la víctima, se obliga válidamente. Pero si es excesiva la obligación que contrae, es decir, fuera de proporción con la reparación del daño, la obligación es nula³.

Es evidente que aunque se trate del ejercicio legítimo de un derecho, la persona que consiente puede hacerlo por temor, pero la ley no puede sancionar ese acto, puesto que en él no hay nada repudiable, y el vicio de fuerza se castiga, en primer término, por la ilicitud que supone el hecho de ejercer la violencia. Así lo reconoce la doctrina⁴ y nuestra jurisprudencia⁵.

La jurisprudencia francesa ha resuelto que "si en principio el empleo de una vía de derecho... no puede ser considerado como fuerza que invalide por sí misma las transacciones celebradas bajo su influencia, es diferente cuando el ejercicio de esta acción, entablada con el propósito de sostener una pretensión injusta, no ha sido sino un medio de intimidación"⁶.

¹ Josseland, *De l'esprit des Droits et de leur relativité*, Nos 45 y sgts., págs. 63 y sgts. *Les mobiles...* Nos 78 y sgts., págs. 101 y sgts.

² Coviello, obra citada, pág. 428.

³ *La règle morale...* No 45, pág. 87.

⁴ Cita anterior.

⁵ R. D. y J. Tomo XLII, Sec. 1ª, pág. 286; Tomo LXIII, Sec. 2ª, pág. 67.

⁶ Plantol y Ripert. Tomo VI, No 196, pág. 262, cita No 2.

Los jueces del fondo aprecian soberanamente si el acreedor ha abusado o no del ejercicio de las vías de derecho; pero esa resolución es susceptible de casación para calificar si los procedimientos empleados por el acreedor, o con que ha amenazado, tienen o no carácter de vías legales, pues ésta es una cuestión de derecho¹.

Diremos, por último, que algunos Códigos se refieren expresamente a este requisito. El art. 100 del Código de Brasil, dispone que "no se considera fuerza la amenaza del ejercicio normal de un derecho ni el simple temor reverencial".

El Código italiano en su art. 1.438 precisa más claramente estas ideas al disponer: "La amenaza de hacer valer un derecho podrá ser causa de anulación del contrato solamente cuando fuere dirigida a conseguir ventajas injustas".

153. Temor reverencial

Conforme con los principios anteriores, el art. 1.456 agrega que "el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento". La organización social y de la familia reclaman el respeto que se debe a ciertas personas y, en consecuencia, ello no puede constituir un motivo ilegítimo que lleve a la anulación del contrato. Además, esta especie de miedo, como dice Laurent, sería muy difícil de establecer².

Cabe observar que este artículo habla de "el solo temor", pues, si hay fuerza que reúna los requisitos generales, el acto será anulable.

154. .c) La fuerza debe ser determinante

El art. 1.457 dice que "para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento". O sea, jurídicamente sólo hay fuerza cuando se ejerce con el deliberado propósito de obligar a consentir. Por eso la sanción de este vicio del consentimiento obedece tanto a que la voluntad está presionada por el temor, como al castigo que merece el hecho ilícito de ejercer actos de violencia para determinar a consentir.

La sanción de este vicio del consentimiento tiene, pues, por fundamento primero el castigo del acto ilícito. Y por ello, siguiendo la doctrina clásica, no es nula la obligación que se contraiga por temor si éste no se ha producido

¹ Claro Solar. Tomo XI, No 819, pág. 214. Baudry Lacaniniez et Barde, Tomo I, No 96.

² Una disposición idéntica contiene el art. 1.437 del Código italiano. El art. 1.114 del Código francés, dice que "el simple temor reverencial hacia el padre, la madre u otro ascendiente, sin que se hubiere ejercitado violencia no es suficiente para anular el contrato".

³ Tomo XV, No 514, pág. 590.

mediante la fuerza ejercitada conscientemente para obtener ese efecto. Son ejemplos clásicos los del que promete una suma excesiva para que se le salve la vida en un naufragio, o para que se liberte de manos de unos bandidos.

Esta solución jurídica, puramente formal, es inaceptable desde el punto de vista de la equidad. Por eso Pothier¹ decía que en esos supuestos debía reducirse la suma prometida a la justa recompensa por el servicio prestado. Pero dentro de nuestra legislación si no hay vicio de fuerza, no sería posible alterar lo convenido sin violar la ley del contrato (art. 1.545), ni cabría hablar de lesión, puesto que la ley no la conoce en este caso. La acción por enriquecimiento sin causa, que muchos autores franceses aceptan², resulta problemática entre nosotros dada nuestra incipiente doctrina y jurisprudencia sobre la materia³.

La doctrina también ha ideado la posibilidad de anular estos contratos por falta absoluta de voluntad, pues, el que promete dominado por el pavor, en verdad no sabe lo que promete. Pero es discutible que en tal supuesto la voluntad desaparezca totalmente. La prueba es en todo caso muy difícil.

También se podría estimar que se amenaza al que se encuentra en peligro, en estado de necesidad, con no prestarle ayuda si no acepta pagar o si no ofrece una prestación excesiva. Habría así vicio de fuerza puesto que se amenaza con el mal de no prestar socorro (omisión) que produce necesariamente una impresión fuerte por el daño irreparable y grave que significa⁴.

Si el ofrecimiento de la víctima es absolutamente espontáneo, el acto será válido, a menos que extremando los conceptos se considere que es un acto nulo por inmoral⁵.

Finalmente, podría estimarse que hay falta parcial de causa en la obligación de quien hace una promesa en esas circunstancias⁶.

La Corte de Casación francesa entiende, en general, que sólo habría fuerza si se obtiene la promesa excesiva ofreciéndose a prestar el auxilio y fijando en forma expresa o insinuando un monto excesivo por esa recompensa, o simplemente fijando o insinuando ese monto una vez que se le ha requerido. Pero no habría violencia cuando se aprovechan las circunstancias de apremio de la víctima y se acepta, sin ejecutar acto alguno, el ofrecimiento que ella hace por el auxilio o beneficio que solicita⁷.

El Código Civil italiano ha solucionado todos estos problemas de doctrina y jurisprudencia disponiendo en su artículo 1.449: "Contrato concluido en estado de peligro. El contrato mediante el que una de las partes hubiere asumido obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad conocida por la

¹ *Obligations*, Nº 24, pág. 99.

² Planiol y Ripert. Tomo VI, Nº 195, pág. 259.

³ Guillermo García B. *El enriquecimiento sin causa*, Nos 14 y sgts., págs. 30 a 37 y Nº 105, pág. 150.

⁴ Coviello, obra citada, Nº 124, pág. 429. Planiol y Ripert, Nº 195, pág. 261.

⁵ Coviello, cita anterior.

⁶ Véase nuestra obra *La causa*, Nº 15, pág. 34.

⁷ Planiol y Ripert, cita anterior. Véase también Giorgi, Tomo IV, Nº 85, pág. 107.

otra parte de salvarse a sí misma o salvar a otros del peligro actual de un daño grave a la persona, podrá rescindirse a instancia de la parte que se haya obligado".

"El Juez, al pronunciar la rescisión, podrá, según las circunstancias asignar a la otra parte una retribución equitativa por la obra prestada".

155. Estado de necesidad

Algunos Códigos modernos reglamentan expresamente los contratos celebrados en estado de necesidad, que aunque muy cercanos a veces a los que surgen con el vicio de fuerza o de lesión, tienen modalidades distintas y deben regirse por normas diversas. El Código alemán en su art. 138 dispone: "Será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres y en particular aquel por el cual, explotando cualquiera la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o dar por él o por un tercero, en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan al valor de esta prestación, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella".

En este artículo se considera el estado de necesidad cuando se refiere a que se explote *cualquiera desgracia*, es decir, cuando se contrate en condiciones inicuas porque una parte se encuentra en estado de apremio, angustia (necesidad) que la determina a contratar en esas condiciones. En cambio, cuando se refiere al que contrata con ligereza o inexperiencia, no hay estado de necesidad, y como, además, puede no haber tampoco un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), la ley interviene para regular la normal equivalencia de las prestaciones, de manera objetiva, esto es, defiende la conmutatividad. En otros términos: en el estado de necesidad, para anular el acto, se toma en cuenta la *voluntad "presionada"* por la necesidad del que se obliga, que es "explotada" por la otra parte; en cambio, cuando existe ligereza o inexperiencia del que se obliga en condiciones tan desventajosas, no se toma en cuenta primordialmente un vicio de su voluntad, sino la lesión, la falta de conmutatividad que hace que el acto sea "contrario a las buenas costumbres" y por eso se anula. De ahí que el artículo comience refiriéndose, en general, a los actos contrarios a las buenas costumbres, y en seguida señale diversos casos dentro de la norma.

El Código Civil italiano, con el propósito de dar, tal vez, mayor estabilidad jurídica a los actos, mezcla la lesión con el estado de necesidad exclusivamente, y dispone en su artículo 1.448: "Acción general de rescisión por lesión. Si hubiese desproporción entre la prestación de una de las partes, y la de la otra, y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato".

"La acción no será admisible si la lesión no excediese la mitad del valor

¹ Para Saleilles, aprovecharse de la necesidad o debilidad de un individuo constituye un delito civil. Obra citada, pág. 298.

que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato".

"La lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda".

"No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios".

"Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división".¹

Las disposiciones recién transcritas son de mayor amplitud que las relativas a la fuerza, pues, aun cuando sea la propia víctima la que exija la celebración del contrato en esas condiciones lesivas para sus intereses, y aunque el beneficiado no haya participado en modo alguno a crear esa situación o a sugerir el beneficio excesivo, el acto será anulable. Dentro de las normas relativas a la fuerza, el acto sería perfectamente válido.²

156. *Es indiferente que la fuerza la ejercite uno de los contratantes o un tercero*

Si la fuerza es obra de un tercero, vicia el consentimiento de igual manera que si hubiere sido ejecutada por el otro contratante (art. 1.457). La víctima puede demandar la nulidad del acto, y el otro contratante, si está de buena fe, esto es si contrató ignorando el vicio de fuerza, podrá demandar al autor de ella, la reparación de los daños que hubiere sufrido por la rescisión. Invocará la responsabilidad extracontractual (art. 2.314).

En su oportunidad veremos que tratándose de dolo, es necesario que sea obra de una de las partes (art. 1.458)³. En la fuerza se ha aceptado, desde el Derecho Romano, la rescisión del contrato cuando es obra de un tercero, aun contra el contratante de buena fe, no sólo por el vicio del consentimiento, sino por el interés público que hay en sancionar y reparar los efectos de las vías de hecho o de las amenazas. Desde el punto de vista del consentimiento no hay duda que esta diferencia entre la fuerza y el dolo no se justifica, pues en ambos casos está igualmente viciado.

157. *Extensión de la nulidad por vicio de fuerza*

Según una doctrina generalmente aceptada, si se ha ejercido fuerza, pero sólo en relación con una parte del acto jurídico, sólo será anulable en esa parte⁴. No habrá causa alguna para invalidarlo en su totalidad, salvo que desapareciendo la cláusula u obligación viciada, no pueda subsistir el acto. Así, si al arrendatario se le impone una obligación mediante la fuerza, puede anularse la obligación y subsistirá el contrato; pero si tal obligación se refiere, por ejemplo, al monto de

¹ Véase Nº 180.

² Véase Saleilles, *La déclaration de volonté*, pág. 299.

³ Nº 165.

⁴ Planiol y Ripert. Tomo VI, Nº 198, pág. 264.

la renta, desapareciendo ésta, desaparecerá también el contrato. Es decir, los tribunales deberán determinar, interpretando la voluntad de las partes, si la nulidad de una o más estipulaciones debe acarrear la de las restantes.

Pero no debe olvidarse que para que se forme el consentimiento es necesario que haya acuerdo sobre todos los elementos del contrato¹ y, en consecuencia, la fuerza que se haya ejercido para obtener la aquiescencia sobre cualquier punto de la convención, viciaría el consentimiento en su totalidad. Por eso estimamos que sólo será aceptable la anulación parcial cuando la declaración de voluntad viciada de fuerza sea accesoria a un acto jurídico convenido en su totalidad, o constituyendo una estipulación de él, se prohíbe que las partes habrían celebrado el contrato en iguales condiciones. Si no se acredita de manera fehaciente esa circunstancia, deberá estarse por la nulidad del acto en su totalidad.

El criterio que según la doctrina debe ser de aplicación general para toda clase de actos jurídicos, sufre en todo caso algunas excepciones. Así, el art. 1.007 dispone que "el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes". Se explica el fundamento de esta disposición, pues, como el testador puede disponer de todo su patrimonio, si se ejerce violencia y se le impide disponer de una parte de sus bienes (o se le hace reconocer a un hijo, por ejemplo), todas las demás cláusulas pueden quedar alteradas, porque otra hubiera podido ser la distribución de sus bienes gozando de absoluta libertad².

De igual modo que el testamento, la ley considera un todo indivisible el contrato de transacción y dispone en el art. 2.453 que "es nulo en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados y en general por dolo o violencia"³.

Las dos excepciones expresas apuntadas confirman la norma que dimos más arriba sobre la extensión que puede dar el Juez a la nulidad cuando la fuerza incide en el acto sólo parcialmente. El Código italiano reglamentará la nulidad parcial en general de la siguiente forma:

"La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de cláusulas singulares importará la nulidad de todo el contrato, si resultare que los contratantes no lo habrían concluido sin la parte de su contenido que ha sido afectada por la nulidad".

"La nulidad de las cláusulas singulares no importará la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas sean substituidas de derecho por normas imperativas".

¹ Véanse Nos 7 y 39.

² Don José Clemente Fabres sostuvo que el art. 1.007 sanciona con la nulidad absoluta el vicio de fuerza, porque "siempre que la ley dice nulo, sin otra calificación, se entiende la absoluta" (Obras Completas. Tomo III, pág. 111). El error es manifiesto. La expresión "nulo en todas sus partes" no significa "nulo y de ningún valor" o "nulo de nulidad absoluta", sino nulo en todas sus disposiciones, sin que queden en vigor aquellas en que no hubo fuerza, como lo establecen los proyectos de 1841 y 1853. (Claro Solar. Tomo XIV, Nº 484, pág. 39, José R. Gutiérrez "Sobre testamentos", artículo publicado en la Rev. de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XV, 1ª Parte, Sec. Derecho, pág. 175).

³ Por razones semejantes a las dadas en el caso anterior, Fabres sostuvo equivocada-