

Primera edición, 1958

AVELINO LEON HURTADO

Profesor Ordinario y Extraordinario de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor Emérito de la misma Universidad. Miembro del Instituto de Chile.

EL OBJETO EN LOS ACTOS JURIDICOS

SEGUNDA EDICION
ACTUALIZADA

© AVELINO LEON HURTADO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Inscripción N° 58.092

Se terminó de imprimir esta segunda edición de
1.200 ejemplares en el mes de diciembre de 1983

IMPRESORES: Alfabetá Ltda., Lira 140, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

10000

CAPÍTULO I

EL OBJETO EN LOS ACTOS JURIDICOS

I. Concepto

Conforme con el art. 1445 del Código Civil¹, "para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita". Como hemos manifestado en otra oportunidad, nuestro Código no distingue entre requisitos de existencia y de validez, con excepción del N° 2º antes citado, que se refiere derechamente a los requisitos de validez del acto jurídico².

El concepto de objeto se presta a confusiones, porque tanto los códigos como los tratadistas lo refieren a veces al contrato y a veces a la obligación. Y evidentemente son dos cosas distintas, pues mientras el objeto del contrato es la creación de obligaciones, el objeto de la obligación es lo que el deudor debe, esto es, la cosa, hecho o abstención prometidos³⁻⁴.

¹ Las referencias al Código y las citas de artículo que contiene esta obra, sin otra indicación, son del Código Civil chileno.

² Véase "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", N° 24, pág. 30.

³ Flanjolet y Ripert, Tomo VI, N° 218, pág. 292.

⁴ Algunos autores, como Colin y Capitant, sostienen que el contrato no tiene propiamente objeto, ya que "el contrato es un acto jurídico que produce el efecto de crear obligaciones, ya a cargo de las dos partes, ya a cargo de una de ellas. Son estas obligaciones las que tienen un objeto, que puede consistir, ya en una cosa material, ya en un hecho, ya en una abstención. Por lo tanto, sólo de un modo elíptico se puede hablar del objeto del contrato ("Curso de Derecho Civil", Tomo III, pág. 659).

→ objeto del acto: creación de obligación
→ objeto de la obligación: cosa, hecho o abstención

Nuestro Código habla del objeto de "un acto o declaración de voluntad" (art. 1445), es decir, de los actos jurídicos en general⁵, y en este punto fue más preciso que el Código francés, que se refirió al objeto del contrato o convención en el art. 1108.

Pero ambos códigos confunden el objeto del contrato con el objeto de la obligación.

En efecto, nuestro art. 1460, que reproduce los arts. 1126 y 1127 del Código francés, dice que "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas" que se trata de dar, hacer o no hacer". O sea, este artículo extiende con acierto el requisito del objeto a todo acto jurídico y no lo limita sólo a los contratos, pero da un concepto equivocado en cuanto el objeto del acto jurídico es crear obligaciones y no las cosas, los hechos, o abstenciones que constituyen, como hemos dicho, el objeto de las obligaciones.

Esta confusión también se advierte en códigos más modernos, como el alemán (arts. 305 a 308) y el italiano (arts. 1174 y 1325).

Resumiendo esta construcción técnico-jurídica, podríamos decir: el objeto de los actos jurídicos — comúnmente contratos — es crear obligaciones y correlativamente derechos, según se considere al deudor o al acreedor. Más aún: el objeto podrá ser también la modificación, transferencia o extinción de derechos y obligaciones. Y el objeto de esas obligaciones son las cosas, los bienes jurídicos, los hechos o las abstenciones a que esas obligaciones se refieren. Así, en la compraventa de un inmueble el objeto del contrato está formado por las obligaciones que surgen para ambas partes: el vendedor deberá entregar la cosa y el comprador pagar el precio; y la obligación del vendedor tendrá por objeto el inmueble y la del comprador el precio, el dinero que debe pagar por la cosa.

Pero se advierte también claramente que en último análisis el objeto del acto o contrato y el objeto de la obligación se confunden de hecho si consideramos que ambos persiguen como finalidad esencial el logro de la cosa, del hecho o de la abstención que las partes han tenido en vista al contratar. Y de este modo el objeto de las obligaciones va involucrado en el objeto del acto o contrato.

Por otra parte, al hacer el estudio en detalle de las disposiciones del Código, relativas al objeto, veremos que casi

⁵ Véase en nuestro trabajo citado en nota 2, N° 6, pág. 10.

* En esta y otras citas que contiene esta obra se ha destacado alguna palabra o frase para enfatizar conceptos afines al tema. En esta cita se ha destacado la expresión cosas.

todas ellas reglamentan el objeto de la obligación, aun cuando formalmente se refieren al objeto del contrato.

2. Ambito e Importancia

La importancia del objeto, cuyo estudio iniciamos, es enorme, pues nos permitirá precisar las cosas del mundo que nos rodea — o los hechos o abstenciones de nuestros semejantes — que podemos tratar de obtener mediante los actos jurídicos, a través del comercio entre los hombres. Este estudio nos fijará los límites "impuestos por la ley natural o positiva a la libertad de contratación del hombre, prescindiendo únicamente de las que se refieren a las condiciones subjetivas de capacidad que se requieren para este fin"⁶

3. Requisitos del Objeto en General

Para precisar los requisitos del objeto es previo distinguir si se trata de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer; esto es, de cosas o de hechos.

El art. 1460 dice que toda "declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración". O sea, en este artículo la expresión cosa está empleada en sentido peyorativo, pues no sólo comprende los objetos del mundo material, sino también los hechos y las abstenciones⁷.

① Pero en relación con los requisitos del objeto de la obligación de dar debemos atenernos a la acepción que señala a la

⁶ Giorgi, "Teoría de las obligaciones", Tomo III, N° 287, pág. 298.

⁷ El origen de esta disposición es el art. 1126, del Código francés, en el cual no se emplearon las expresiones de Pothier, "todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, o un hecho que una parte se obliga a hacer o no hacer", para evitar la expresión "Un fait... de faire", "hacer un hecho", que se estimó redundante y cacofónica. Dicho artículo dice entonces que "todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar o que una parte se obliga a hacer o no hacer". La palabra cosa, "chose", está empleada en su más amplia significación, sirviendo para designar las cosas materiales, las cosas propiamente dichas y los bienes y servicios o abstenciones, los hechos (Claro Solar, Tomo XI, N° 353; pág. 251).

palabra cosa el art. 1461, o sea, en relación con el objeto mediato del acto jurídico. Dice este artículo: "No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género", y agrega en el inciso final: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible". En este artículo se distingue, pues, entre los requisitos del objeto cuando se trata de una cosa (obligación de dar) o de un hecho o abstención (obligación de hacer o de no hacer).

La obligación de dar no es sólo la que tiene por finalidad la transferencia del dominio de la cosa, sino también la de proporcionar sólo la mera tenencia, el simple uso de la cosa. Así aparece del art. 1460 cuando dispone que "el mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración". La doctrina es también uniforme en este sentido⁹.

3-a. La Prestación Puede no Tener Contenido Económico

Desde el Derecho Romano se ha discutido si la prestación debe tener carácter patrimonial. En general la doctrina se inclinaba por la afirmativa, pues de otro modo se entendía que era imposible condenar al deudor a una pena pecuniaria en caso de incumplimiento. La obligación en sentido jurídico, se dijo, es siempre un derecho patrimonial¹⁰.

Nuestro Código no siguió este criterio, sino el que informa la doctrina de Ihering, que fue el primero en reaccionar contra esta tendencia tradicional. Según este autor, no sólo los bienes materiales tienen contenido jurídico, sino también cualesquiera otros que merezcan la protección del derecho, como son los puramente morales. La doctrina y la jurisprudencia francesas actuales se inclinan también por este criterio¹¹. El Código alemán no exige tampoco valor patrimonial al objeto de la obligación (arts. 241 y siguientes de ese Código).

Podemos decir, entonces, que hoy día la doctrina es casi uniforme en asegurar la protección de los intereses morales

⁹ Claro Solar, Tomo XI, Nº 854, pág. 252. Alessandri R., Arturo, "Teoría de las obligaciones", pág. 19.

¹⁰ Giorgi, Tomo III, Nº 438, pág. 459.

¹¹ Planiol y Ripert, Tomo VI, Nº 221, pág. 295; Demogue, Tomo II, Nº 759, pág. 562; Collin y Capitant, Tomo II, pág. 308; Josserand, Tomo II, Vol. I, Nº 112, pág. 82.

que son objeto de un contrato. Y la sanción para el caso de incumplimiento debe consistir en el pago de una suma de dinero, de igual manera que se indemniza el daño moral cuando la reparación en especie es imposible o insuficiente.

Una doctrina intermedia ideada por Scialoja distingue entre el interés del acreedor, que puede ser no económico, y la prestación en sí misma, que ha de tener contenido patrimonial. "De esta suerte se concilia la protección de cualquier interés del acreedor, con tal que sea digno, y la necesidad de poder valorar económicamente la prestación, para que, en caso de incumplimiento, pueda sancionarse mediante la compensación o equivalencia económica en favor del acreedor, que de otro modo tendría un derecho ilusorio, esto es, no jurídico"¹¹.

Nuestro Código (arts. 1460 y 1461) no exige, como decíamos, un contenido económico al objeto de la obligación, y así lo entiende también la doctrina¹².

¹¹ Véase Diego Espín Cánovas, "Derecho Civil español", Tomo III, pág. 49. Este mismo criterio lo sigue el actual Código italiano, que dispone en su art. 1174: "La prestación que forme objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor".

¹² Véase Claro Solar, Tomo X, Nº 8, pág. 8.

OBLIGACIONES DE DAR

4. *Requisitos del Objeto*

Tratándose de obligaciones de dar, el objeto lo constituye una cosa material. Conforme con el art. 1461, esa cosa debe reunir tres requisitos: 1º debe ser real, 2º debe ser comerciable, y 3º debe ser determinada o determinable. En efecto, el art. 1461 dispone que "no sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género". "La cantidad puede ser incierta —agrega el inciso segundo— con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla".

5. *La Cosa Debe Ser Real*

Esto significa que la cosa debe existir en el momento de hacerse la declaración de voluntad o, por lo menos, debe esperarse que exista. Para la ley, no sólo las cosas presentes sino también las futuras pueden ser objeto válido de una obligación, siempre que tratándose de cosas inexistentes, pero que se espera que existan, se estipule expresamente esta circunstancia. Por consiguiente, "la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno" (art. 1814); pero en cambio "la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se

exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte" (art. 1813).

Si se contrata sobre una cosa que se cree existente y no existe, el contrato es nulo por falta de objeto (la obligación sería imposible de cumplir, y no habría plazo ni condición que retardara su exigibilidad). Como en este caso las partes han contratado "sobre la nada", la obligación no surge, aunque más tarde llegue a existir la cosa. Pero si se contrata sobre una cosa que no existe, bajo la condición de que llegue a existir, el contrato es válido. De este modo, será nula la venta de productos agrícolas o industriales que se suponen existentes y no existen o han dejado de existir antes de la celebración del contrato¹, pero será válido el contrato sobre mercaderías que se van a fabricar o sobre los productos de la cosecha próxima.

Se ha fallado, conforme con estos principios, que, "habiendo el demandado vendido acciones y derechos que no existen a su favor en la cosa de que se trata, falta el objeto de la obligación y, en consecuencia, el contrato no produce efecto alguno. De acuerdo con esta consideración y lo dispuesto en los arts. 1480, 1546 y 1814 del Código Civil, se declara nulo el contrato"².

Y como la autonomía de la voluntad no es suficiente para alterar la naturaleza de las cosas, se ha fallado que "aun cuando es indudable que, dentro de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para pactar contratos innominados, esa libertad no puede llegar hasta hacer subsistir como innominados los contratos reglamentados por nuestro Código Civil a que le faltan requisitos esenciales y estimar como innominado un contrato de venta en que no existe precio o cosa vendida, una sociedad en que faltan aportes, o un arrendamiento en que no existe cosa arrendada o renta de arrendamiento, en razón de que la falta de tales requisitos hace desaparecer el objeto o la causa del contrato"³.

¹ Si la pérdida es posterior al perfeccionamiento del contrato, el contrato es válido y sólo habrá que ver la suerte que corren las obligaciones contractuales (art. 1820). Véase Nº 19, y también Jossierand, "Derecho Civil", Tomo II, Vol. I, Nº 114, pág. 84.

² "Gaceta de los Tribunales", año 1897, Sent. 1.395, pág. 844, citada por Enrique Rodríguez Salazar, en su obra "De la nulidad civil ante la jurisprudencia", Santiago, 1938 (Imprenta El Imparcial), Tomo I, pág. 224. Véase un fallo semejante en "Gaceta", año 1933, Sent. 131, pág. 457.

³ R. D. y J., Tomo LI, Sec. 1ª, pág. 622.

6. Pérdida Parcial del Objeto

Si el objeto no ha perecido totalmente sino sólo en parte al momento de perfeccionarse el acto, habrá que considerar la magnitud de la pérdida para decidir sobre la subsistencia del contrato. Si la pérdida es de consideración, el que debe recibir la cosa podrá invocar la falta de objeto y, en consecuencia, la nulidad absoluta del acto. Por el contrario, si la pérdida no es considerable, el contrato subsistirá, pues las partes también habrían consentido conociendo lo que realmente subsistía del objeto. Serán los jueces del fondo los que deberán resolver esta cuestión de hecho. Si determinan que el monto de la pérdida es de consideración, el acreedor podrá a su arbitrio perseverar o no en el contrato.

Los principios doctrinarios anteriores los consagra nuestro Código al reglamentar el objeto en la compraventa, disponiendo que si faltaba una parte considerable del objeto "al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador a su arbitrio desistir del contrato, o darlo por subsistente abonando el precio a justa tasación" (art. 1814)⁴.

Si el objeto comprende varias cosas y parece una o más de ellas, el contrato subsistirá respecto de las que resten, a menos que el objeto sea indivisible, circunstancia que podrá presumirse si se ha fijado un precio único, o cuando una cosa sea complemento de otra.

7. Responsabilidades en Caso de Objeto Inexistente

El que contrata a sabiendas (o con culpa) sobre un objeto inexistente (o que ha perecido parcialmente en términos que impidan la formación del contrato), deberá indemnizar al contratante de buena fe, pues comete un delito o cuasidelito civil al obligarse a tal prestación (arts. 2314 y 2329)⁵. Este

⁴ El Código francés, en su art. 1601, consigna una solución semejante, pero no exige que la pérdida parcial sea de una parte considerable de la cosa vendida. No obstante, la jurisprudencia no acepta el abandono del contrato por el comprador sino cuando de las circunstancias aparece que no habría contratado si hubiere conocido la pérdida. Plantol y Ripert, ob. cit., Tomo X, Nº 30, pág. 24; Laurent, ob. cit., Tomo XXXIV, Nº 90.

⁵ Arturo Alessandri R., "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno", Nº 30, pág. 57; Claro Solar, Tomo XI, Nº 856, pág. 254; Plantol y Ripert, Tomo VI, Nº 324, pág. 444, que analiza la teoría de Ihering de la culpa in contrahendo; véase Nº 70, pág. 97, de nuestro trabajo citado sobre "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos".

principio lo aplica el inciso final del art. 1814, que dispone: "El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe".

8. Contrato Sobre Cosas Futuras

Formas que puede revestir. Las cosas que no existen, pero cuya existencia se espera, pueden ser objeto de una obligación.

Los contratos sobre cosas futuras pueden revestir dos formas: sujetos a modalidades o puros y simples. Las modalidades pueden ser la condición o el plazo: si no hay certeza de que la cosa existirá, el contrato es condicional —por ejemplo, la cosecha de un fundo determinado—, y es a plazo cuando se sabe positivamente que la cosa llegará a existir —diez sacos de trigo de la próxima cosecha—. En ambos casos —sea condicional o a plazo— el contrato es conmutativo, es decir, se celebra sobre la base de que solamente existirá la obligación correlativa si la cosa que se espera y constituye el objeto llegará a existir.

Pero el contrato sobre cosa futura será puro y simple cuando se celebra como aleatorio, cuando el objeto es una cosa futura, pero se expresa, o del contrato aparece que no se alterarán las obligaciones de las partes aunque la cosa no llegue a existir. En tal caso es la suerte (álea) el objeto del contrato. Como dice Giorgi, el objeto del contrato vendría a ser una cosa presente y abstracta: la esperanza⁶.

Por consiguiente, si se compran veinte sacos de trigo de la futura cosecha del fundo del vendedor o "el pez que se pesque", se entiende que no habrá contrato por falta de objeto si no hay cosecha o nada se pesca. Pero, en cambio, si se compran por un precio total —siguiendo estos ejemplos de cátedra— las especies que se cacen o pesquen en una oportunidad determinada, subsistirán las obligaciones del comprador aunque nada se cace o pesque, pues se ha comprado la suerte.

Estos principios uniformes de la doctrina los consagra, como hemos dicho, nuestro Código en materia de compraventa, en donde se dispone que "la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo

⁶ Véase Nº 12.

⁷ Obra citada, Nº 296, pág. 307.

la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte" (art. 1813)⁸.

La distinción, en la práctica, entre uno y otro caso deberá hacerla el juez ateniéndose, en primer lugar, a lo estipulado por las partes (el art. 1813 así lo dispone: "...salvo que se exprese lo contrario..."). En seguida deberá considerar lo que "aparezca" de "la naturaleza" del contrato, es decir, buscará la intención de las partes a través de las circunstancias en que se celebró el acto y del contenido de sus cláusulas, pues se trata de una cuestión de interpretación. Será de gran interés considerar el valor económico e importancia de las obligaciones que se contraen como contraprestación del objeto futuro y el verdadero valor e importancia de la cosa futura en caso de llegar a existir⁹. En la duda debe entenderse que el contrato es conmutativo: es eso lo normal; sólo por excepción se contrata sobre la suerte. El art. 1813 así lo establece en materia de compraventa.

9. Contrato Sobre Cosas Futuras Reglamentado Especialmente

Aparte de las disposiciones citadas, el Código se refiere expresamente a cosas futuras como objetos de la obligación en el art. 2419. Dispone este artículo: "La hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera".

En ciertos contratos no será posible que el objeto sea una cosa futura, como por ejemplo en los contratos reales (comodato, mutuo, depósito, prenda) y en la anticresis, pues éstos sólo se perfeccionan por la entrega o por la tradición de la cosa (arts. 2174, 2196, 2197, 2211, 2212, 2384, 2386, 2435, y Ley Nº 4.287 sobre Prenda de Valores Mobiliarios en favor de los Bancos).

⁸ Pero no se trata aquí de la condición como modalidad del acto jurídico, que es un elemento accidental o de la naturaleza, pues de esta "condición" (que la cosa llegue a existir) dependerá la existencia misma del acto. Por eso, en doctrina se habla de derecho eventual más que de contrato condicional. Rubén Galecio Gómez, "Ensayo de una teoría de los derechos eventuales", Valparaíso, 1943, Nos. 45 y sgts., págs. 35 y sgts.; Eugenio Velasco Letelier, "El objeto ante la jurisprudencia", Nº 35, pág. 21.

⁹ Baudry Lacantinerie et Barde, Tomo I, Nº 247, pág. 266.

Tampoco es posible en las prendas sin desplazamiento, pues la ley lo ha dicho implícitamente al exigir la enumeración de los bienes, al determinar quién "conservará la tenencia de la cosa" y al exigir que se indique "el lugar en que se encontraren las especies dadas en prenda con indicación del nombre del establecimiento industrial y de su ubicación" (arts. 24 y 32, Ley N° 5.687, sobre el contrato de prenda industrial, y Reglamento de esta ley, art. 3º, N° 5; y arts. 1º, 2º, 11, 13, etc., de la Ley N° 4.097 y Ley N° 4.163, sobre contrato de prenda agraria).

10. La Cosa Debe Ser Comerciable

Conforme con el art. 1461, las cosas objetos de la declaración de voluntad pueden ser presentes o futuras; "pero es menester que las unas y las otras sean comerciables".

Lo normal es que todas las cosas estén en el comercio y sólo por excepción se hallen fuera de él.

La ley no ha reglamentado cuáles cosas están fuera del comercio. La doctrina distingue tres grupos de cosas incoerciables:

a) Las cosas que están fuera del comercio por su propia naturaleza, como el aire, la alta mar y, en general, las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, que "no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas" (art. 585).

b) Quedan también fuera del comercio las cosas que por su destinación (y mientras la conserven) no pueden ser objeto de un acto jurídico, como los bienes nacionales de uso público (art. 589); las cosas consagradas para el culto divino (art. 586); las sepulturas o mausoleos¹⁰, y

c) Finalmente, según un criterio muy generalizado, del que no participamos, quedan también fuera del comercio las cosas que se excluyen por razones de orden público, o en resguardo de la moral y de las buenas costumbres. No es posible hacer una enumeración completa de las cosas que quedan excluidas del comercio por estos motivos¹¹. Por vía de ejemplo

¹⁰ El "Reglamento General de Cementerios", publicado en el Diario Oficial de 18 de junio de 1970, contiene diversas disposiciones de excepción sobre transferencias de sepulturas de familia (arts. 42 y siguientes de ese "Reglamento").

¹¹ Una enumeración muy detallada se contiene en la obra de Arturo Alessandri R., "De la compraventa y de la promesa de venta", Tomo I, N° 196, págs. 216 a 228.

señalaremos los casos más frecuentes. Así, una sucesión futura "no puede ser objeto de una donación o contrato" (art. 1463). Los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades, no pueden ser tampoco objeto de "cesión, donación o transferencia" en ninguna forma; "ya sea a título gratuito u oneroso" (art. 445 del C. de Proced. Civil, N° 1, e inciso final), las cosas objeto de un monopolio o de estanco o aquellas cosas cuya enajenación deba hacerse cumpliendo determinados requisitos, como algunos productos farmacéuticos: drogas, antibióticos, venenos, etc.; o armas o productos explosivos sujetos a reglamentación especial¹², o el cuerpo humano¹³ u objetos de valor artístico o histórico nacional, etc.

De la enunciación precedente aparece que hay cosas que están excluidas del comercio humano en forma absoluta, es decir, que no pueden ser objeto de contratos, porque por su naturaleza el hombre no puede poseerlas ni apropiárselas, ya que son comunes a todos los hombres, o por su destino no son susceptibles de relaciones jurídico-privadas, como las citadas en la letra b) precedente¹⁴; y hay otras, en cambio, que se consideran como fuera del comercio porque existen limitaciones a la facultad de disponer de ellas, como son las enumeradas en la letra c) y que en realidad están en el comercio, pues tales limitaciones no bastan para dar a las cosas el carácter de incoerciables.

No obstante, la noción actual de cosas fuera del comercio no está precisada en el Código, ni hay tampoco en la doctrina un criterio uniforme para determinarla. Ello se debe a que el primitivo concepto romano de "cosa fuera del comercio" se ha ido ampliando y extendiéndose hasta llegar a una noción diversa de lo que fue en su origen. En efecto, los romanos se limitaron a mencionar algunas cosas determinadas que no podían enajenarse por su propia naturaleza, como el aire, el mar; o que por su destino, el derecho de gentes o las costum-

¹² Baudry Lacantinerie et Barde, Tomo I, N° 248, pág. 267; Claro Solar, Tomo XI, N° 857, pág. 257.

¹³ Véase el Capítulo VII de esta obra "El cuerpo humano como objeto de actos jurídicos"; véase también Eduardo Arriagada U., "El cuerpo humano como objeto de derecho", Santiago, 1946.

¹⁴ Lo dicho no obsta a que los particulares puedan instalarse temporalmente en bienes nacionales de uso público o hacer obras determinadas con permiso o concesión de la autoridad pública, lo que importa "la constitución de verdaderos derechos frente a terceros". Baudry Lacantinerie et Barde, Tomo I, N° 248, pág. 268; Planiol y Ripert, Tomo VI, N° 224, pág. 302; Jossierand, "Derecho Civil", Tomo II, Vol. I, N° 119, pág. 88; Claro Solar, Tomo XI, N° 857, pág. 258; Eugenio Velasco, ob. cit., N° 40, pág. 23.

bres quedaban fuera del comercio, tales como los bienes del Estado afectados al uso público, las cosas consagradas al culto, las playas del mar, etc. Pero los romanos no extendieron este concepto, como lo hace la doctrina moderna, a las cosas cuya enajenación esté sujeta a la observancia de ciertas normas, es decir, las que agrupamos en la letra c) que antecede, pues en tal caso la noción de cosa fuera del comercio llega a "absorber totalmente el campo de las convenciones con objeto ilícito".

Los conceptos de ilicitud y de objeto ilícito son diversos y mucho más amplios que el de in comerciabilidad. Las cosas pueden ser in comerciables, es decir, no ser objeto posible de posesión o dominio por los particulares, y, en consecuencia, toda convención que verse sobre tales cosas tendrá un objeto ilícito; pero no toda convención ilícita o con objeto ilícito hace que la cosa sea in comerciable. El concepto de ilicitud es, pues, mucho más amplio, como lo confirma el art. 1464, que señala entre varios casos de objeto ilícito el de la enajenación de las cosas que no están en el comercio.

En conclusión: debemos entender por cosas que están fuera del comercio las que por su naturaleza o destino tengan este carácter, según lo que acabamos de expresar, es decir, que no puedan ser objeto de propiedad privada o de posesión. Respecto de aquellas que para su enajenación se requiere de ciertos requisitos, o cuya enajenación está prohibida, debe entenderse que no están fuera del comercio, sin perjuicio de que los actos que a ellas se refieran puedan invalidarse por contravención a la prohibición, o por omisión de esos requisitos¹⁵.

11. La Cosa Debe Ser Determinada o Determinable

Este requisito del objeto fluye de la naturaleza de las cosas, de la existencia misma del vínculo jurídico: de éste aparece lo que debe una parte y lo que la otra podrá, en consecuencia, exigir. Por eso el art. 1461 dice que es menester que las cosas "estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género". Y agrega: "La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". El mismo concepto da el art. 1129 del Código francés, que exige que la cosa sea determinada o determinable. La exigencia de la determinación es tan necesaria, que Colin

¹⁵ Véanse Planiol y Ripert, ob. cit., N° 224, pág. 300; Claro Solar, ob. cit., N° 857, pág. 257.

y Capitant manifiestan que es una "simple perogrullada" del Código, y agregan: "Es evidente que los contratantes deben indicar cuáles son las cosas que constituyen el objeto de su contrato, y, si se trata de cosas genéricas, indicar la cantidad, ya expresa, ya tácitamente. Jamás dos personas sensatas celebrarán un contrato sin que el objeto sea determinado o determinable. Por esta razón no encontramos decisión alguna de jurisprudencia"¹⁶.

No obstante, la opinión de estos autores es sin duda exagerada y no corresponde a la realidad, pues si bien lo normal es que el objeto esté determinado, son también innumerables los casos en que así no sucede o en que la intención de las partes sobre el objeto convenido no aparece claramente establecida¹⁷.

Si la cosa objeto de la obligación no está determinada ni es determinable, falta el objeto y, en consecuencia, el acto es nulo de nulidad absoluta. Nuestra Corte Suprema ha fallado que "la indeterminación de la cosa vendida importa por sí sola la nulidad del acto, pues falta uno de los elementos constitutivos de la compraventa, o sea, el convenio de las partes sobre una cosa cierta y determinada"¹⁸. Se ha fallado también que "no hay indeterminación en la fianza de una cuenta corriente y los sobregiros, porque éstos se pueden determinar"¹⁹. Pero es absolutamente indeterminada y nula la venta de los bienes muebles y semovientes, sin otra explicación²⁰.

Por lo dicho, la determinación del objeto no puede quedar entregada a uno de los contratantes. Es lo que dispone expresamente para la compraventa el art. 1809, inc. 2°. Algunas legislaciones modernas permiten esta convención. Así el Código alemán prescribe que "si la prestación hubiera de determinarse por uno de los contratantes, en caso de duda deberá presumirse que esta determinación deberá hacerse en un sentido equitativo". Si hay discrepancia, resuelve el juez (art. 315 de ese Código y art. 19 del Código suizo).

¹⁶ Obra citada, pág. 661.

¹⁷ Contrariamente, también, a lo que afirman estos tratadistas, puede consultarse la jurisprudencia francesa citada por Planiol y Ripert, Tomo VI, N° 220, pág. 294.

¹⁸ R. D. y J., Tomo XIV, Sec. 1°, pág. 1.

¹⁹ R. D. y J., Tomo X, Sec. 1°, pág. 242; en igual sentido, Tomo XXXIV, Sec. 1°, pág. 540, y "Gaceta", 1934, Sent. 30, pág. 137.

²⁰ R. D. y J., Tomo II, Sec. 2°, pág. 119.

12. *La Determinación Puede Ser de Género o de Especie*

La determinación puede hacerse refiriéndola a un género determinado o a especies dentro del género. Nuestro Código dispone en el art. 1508 que: "Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado".

Conforme con estos principios, se ha fallado que "el género está formado por cosas que en su esencia no acusan diferencia alguna y, en consecuencia, el deudor cumple su obligación entregando cualquier individuo del género; y la especie está formada por cosas que han sido diferenciadas por las partes por algún requisito o accidente extraño a la esencia de las mismas, o señalada nominativamente por las partes, y por consiguiente, el deudor cumple sólo cuando entrega la cosa diferenciada por ese requisito especial, o nominativamente señalada"²¹. Y agrega el mismo fallo: "En consecuencia; no se ha violado, sino que se ha dado correcta aplicación al art. 1508 citado al desconocer la calidad de obligación de género, a la obligación objeto de los contratos en que lo vendido fue "la cosecha de trigo Capelli" que se obtenga en una siembra de una determinada extensión hecha en un predio del vendedor". O sea, conviniéndose la venta del trigo de una calidad determinada, que se cosechará en un fundo también determinado, aunque se precise la cantidad aproximada, la obligación no es de género, sino de especie o cuerpo cierto, y el vendedor cumple su obligación entregando la cantidad que cosechó al precio convenido por unidad.

Generalmente, cuando la determinación se hace en especie, o cuerpo cierto, es decir, cuando se ha señalado un individuo determinado dentro del género, no habrá dificultades, pues es la determinación más precisa que se puede hacer de una cosa²². Tal sucede, por ejemplo, con la venta de un automóvil de marca, modelo, número y patente determinados.

²¹ R. D. y J., Tomo LI, Sec. 1ª, pág. 265 (considerando 6º del fallo de casación). También, Tomo XIX, Sec. 1ª, pág. 273. "Gaceta", año 1920, Nº 16, pág. 60.

²² Sobre la noción de especie o cuerpo cierto y género, nuestra C. Suprema también ha fallado que "dentro de la terminología de nuestro Código Civil, especie significa cosa determinada, cuerpo cierto, individuo o unidad indivisible, y género, un conjunto de cosas o de individuos que tiene caracteres o cualidades comunes que los asemejan o aproximan entre sí, o sea, los que en otras ciencias se comprenden bajo la denominación de especies". R. D. y J., Tomo XIX, Sec. 1ª, pág. 273.

Si la determinación es sólo de género, los conflictos son más frecuentes. Para la validez de tales estipulaciones, debe tratarse en primer lugar de un género limitado, pues de otro modo no aparecería voluntad seria de obligarse y el objeto no se podría precisar. Así, no es posible fijar el género "animales", o "máquinas", pues en ambos casos el deudor podría entregar una cosa sin valor alguno y, no obstante, cumpliría su aparente obligación. Por eso es nula la venta de "los bienes muebles y semovientes sin otra explicación"²³. En cambio, si el género determinado "animales" se limita a una clase de éstos, y el deudor se obliga a entregar, verbigracia, "un caballo", el objeto es válido, pues el género es determinado y limitado, y la obligación del deudor se cumplirá entregando un caballo de calidad a lo menos mediana (art. 1509). La limitación del género debe ser lo suficientemente precisa como para que la obligación sea seria²⁴.

Este requisito de que el género debe ser limitado no lo establece la ley en forma expresa, pero puede deducirse de ella, como veremos en seguida, y, en todo caso, la ley debe interpretarse en este sentido, porque de otro modo se llega al absurdo.

El art. 1461 no habla de género limitado, sino simplemente de que las cosas deben estar "determinadas, a lo menos, en cuanto a su género". Esta norma tiene por antecedente el art. 1129 del Código francés, que dispone que "la obligación debe tener por objeto una cosa determinada, a lo menos en cuanto a su especie". La doctrina²⁵ dice que "especie" en este artículo significa "género limitado" y no "cuerpo cierto". Como nuestro Código emplea como sinónimos los términos "especie" y "cuerpo cierto" (arts. 1548, 1820, etc.), sustituyó la palabra "especie" por "género", pero atribuyéndole igual significación, es decir, género limitado²⁶.

Nuestra Corte Suprema se refirió en una ocasión indirectamente al objeto que se determina en forma genérica y limitada, y declaró que si se pacta separación de bienes expresándose en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administrará "todos los bienes que por donación, herencia o legado pueda adquirir en cualquier tiempo durante el matrimonio", el objeto está determinado. La doctrina de este fallo establece que "se cumple con la determinación del objeto requerida por el art. 1461 del Código, siempre que los bienes

²³ R. D. y J., Tomo II, Sec. 2ª, pág. 119.

²⁴ Baudry Lacantinerie, *ob. cit.*, Nº 288, pág. 292.

²⁵ Cita anterior.

²⁶ Eugenio Velasco L., "El objeto ante la jurisprudencia", Nº 46, pág. 27.

se indiquen mediante datos o referencias que sin nuevo acuerdo de las partes, permitan conocerlos en el momento oportuno, como sucede cuando el contrato se estipula sobre todos los bienes que se adquieran durante el matrimonio por donación, herencia o legado, en cuyo caso deben entenderse determinados en cuanto al género²⁷. En este juicio se había pretendido invalidar el fallo de segunda instancia, en razón de que el contrato que la sentencia declaraba válido era nulo por no tener objeto determinado específicamente ni tampoco en cuanto al género²⁸.

Estimamos que el fallo resuelve en forma acertada el asunto, pero es jurídicamente equivocado cuando expresa que esa determinación de las cosas objeto de la convención debe entenderse hecha "en cuanto al género", pues se trata sin duda de una determinación de especie o cuerpo cierto. En efecto, la estipulación se refiere a los bienes que se adquieran durante el matrimonio, por donación, herencia o legado, y tal determinación es específica de cosa futura; es a esos bienes y no a otros del mismo género y calidad a los que se refieren las partes²⁹.

13. Limitación de Cantidad Dentro del Género

Jurisprudencia. Además de la limitación que se exige dentro del género, deberá indicarse la cantidad o medida de las cosas que deban darse.

El inc. 2º del art. 1461, reproduciendo con mayor precisión la norma del art. 1129 del Código francés, dispone que "la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". De modo que si la convención establece que el deudor deberá entregar trigo, vino, pan, sin precisar la cantidad ni proporcionar elementos de juicio que sirvan para determinarla, no

²⁷ R. D. y J., Tomo XXXI, Segunda Parte, Sec. 1ª, pág. 338 (ver considerando 12, pág. 366). "Gaceta" año 1934, Sent. 19, pág. 119.

²⁸ Cita anterior, pág. 356.

²⁹ Eugenio Velasco, en la obra citada. (Nº 47, pág. 28, y Nº 53, pág. 33), comenta este fallo y dice que "es de toda evidencia que en ese caso el género es limitado desde que no comprende a todos los bienes sino sólo a aquellos que se adquieran por donación, herencia o legado y durante el matrimonio". Hay aquí una confusión, pues el art. 1461 se refiere al género a que pertenecen las cosas objeto de la obligación y no a las estipulaciones que agrupan ciertas cosas, de igual o distinto género, como objeto de la obligación. En este caso, por las razones que damos en el texto, la obligación no es de género, sino de especie o cuerpo cierto.

habrá objeto y, en consecuencia, el acto jurídico será inexistente o nulo absolutamente. Serían, en cambio, elementos suficientes si se conviene entregar el trigo necesario para una siembra determinada, o el vino que se consumirá en un banquete.

La circunstancia de que el "objeto sea determinable" no es fácil de precisar dentro de nuestro Código, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones. Así, en el Código francés se dispone que "la cantidad de la cosa puede ser incierta, con tal que pueda determinarse" (art. 1129, inc. 2º). Es decir, la determinación podrá hacerla el juez, en caso de discrepancia de las partes, con los elementos que el propio contrato suministre o con otros antecedentes, como los usos y costumbres, contratos anteriores, etc.³⁰.

Entre nosotros, por el contrario, la ley dispone que la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla; o sea, el acto o contrato debe contener las reglas o datos que sirvan para hacer la determinación. Y la duda que surge es si la determinación debe hacerse ateniéndose solamente a esas "reglas o datos", o si el juez podría considerar otros elementos de juicio para hacer tal determinación y aun sólo éstos si el contrato nada dice.

La primera observación es que nuestro Código es diverso del francés en este punto, pues no tiene la amplitud de aquél, y, atendido su tenor literal, su intención fue que el objeto quedare precisado en el contrato mismo o que éste suministrare los datos o reglas para ello. Nótese, sin embargo, que al exigir la ley que el acto fije las reglas o "contenga datos" para determinar el objeto, no dice que esos datos no puedan adicionarse con otros para llegar a la determinación del objeto. La ley sólo exige que haya datos suficientes "que sirvan" para el caso.

No obstante, se ha criticado un fallo de la Corte Suprema que fijó el objeto de un contrato en las siguientes circunstancias: Una señora residente en París escribió a una sobrina suya pidiéndole que se trasladara desde Santiago para que la cuidara "como una hija" y le prometió "recompensar su sacrificio y asegurarle su porvenir con una gran parte de su fortuna". Le agregaba: "Tú ves que no tengo herederos" y que después de la muerte de mi marido "tú eres el único ser por quien mi corazón se interesa verdaderamente".

Nuestro más alto Tribunal, confirmando la tesis sustentada en primera y segunda instancia, en un fallo redactado

³⁰ Planiol y Ripert, obra citada, Nº 220, pág. 294.

por don Leopoldo Urrutia, declaró "que semejante proposición de una persona para con otra, seguida de aceptación efectiva, como aconteció, dentro de los términos solicitados, importa un verdadero contrato, porque los hechos expuestos constituyen consecuentemente los requisitos exigidos por la ley para el perfeccionamiento de un acto declarativo de voluntad, a saber: intención de obligarse del promitente; aceptación del otro lado; causa y objeto recíprocamente lícitos y reales; capacidad legal de los estipulantes y consentimiento exento de vicios"³¹. En seguida, la Excma. Corte califica el contrato de innominado, y agrega "que un contrato semejante recaído sobre hecho física y moralmente posible dentro de los términos del art. 1461 del Código Civil, si bien se refiere a una remuneración incierta en cuanto a la cantidad que ha debido corresponder a la señorita M. . . ., contiene, sin embargo, en sí mismo datos sobrados que sirven para determinar esa cantidad, como quiera que en él se especifican la índole de las atenciones reclamadas, la posición de las partes, el lugar donde debían residir éstas, el abandono del hogar y familia de la persona que debía dispensar su compañía en el carácter de hija; en suma, la extensión de los sacrificios exigidos, y, finalmente, la intención de recompensarlos con una gran parte de la fortuna de la promitente, no impedida por la ley para disponer en cualquier forma de sus bienes por carecer de asignatarios forzosos.

De esta suerte no existe el vicio de incertidumbre e indeterminación a que alude el citado art. 1461";

"Que la regulación hecha en la demanda de la cantidad que corresponde por los servicios a que alude ha podido ser apreciada para aceptarla, rechazarla o modificarla por los jueces de la causa sin sujeción a dictamen alguno pericial, porque tratándose del pacto innominado de que se habla, ningún precepto legal ordena este trámite previo"³²;

Claro Solar criticó este fallo en nota que aparece en la misma Revista y dice que, en el supuesto de haber existido contrato, se trataría de arrendamiento de servicios inmateriales, regido por los arts. 1997 a 1999, 2006, 2007, y, en consecuencia, no habiéndose fijado el precio de los servicios, "se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que se estimare equitativo a juicio de peritos". O sea, Claro Solar sostiene que no hubo contrato y, para el caso de estimarse que ha habido, el objeto sólo pudo fijarse de acuerdo con los preceptos citados del contrato de arrendamiento.

³¹ R. D. y J., Tomo VII, Segunda Parte, pág. 18 (considerando 3º).

³² Cita anterior, considerandos 6º y 7º.

La crítica anterior es puramente doctrinaria, pues los resultados prácticos son idénticos, ya que aun cuando se escuche el informe de peritos³³, éste no es obligatorio para el juez (art. 425, Código de Procedimiento Civil) y, por consiguiente, siempre será el Tribunal el que fije el monto del objeto. Además, los artículos citados por Claro Solar, que son supletorios de la voluntad de las partes, dejarían de serlo, pues vendrían a alterar la voluntad expresa de remunerar los servicios con "gran parte de la fortuna" de la promitente, pues se habría pagado por ellos la suma que hubieran indicado los peritos, atendido el valor de esos trabajos.

Eugenio Velasco L.³⁴ critica también el fallo diciendo que es equivocado en cuanto el inc. 2º del art. 1461 exige que la cantidad sea siempre "cierta, exacta, salvo que las reglas o datos contenidos en el mismo acto, permitan establecer esa certidumbre, esa cantidad exacta, con posterioridad". De no entenderse así, en opinión de este autor, siempre habría obligación, aun sin objeto determinado, pues el juez lo determinaría considerando todas las circunstancias que rodean al contrato, incluso aquellas "ajenas al contrato en sí".

Consideramos que la crítica anterior es infundada, pues las normas que indica el autor son precisamente las que se aplicaron al caso. En efecto, el criterio para interpretar el inc. 2º del art. 1461 debe ser el siguiente: cuando la cantidad no está determinada precisamente, sólo habrá objeto válido si el acto o contrato fija reglas o contiene datos que sirvan para determinarla. O sea, el juez debe estarse a lo que en el acto o contrato se exprese, o a los datos o antecedentes que contenga para determinar el objeto. Pero no es necesario que se consignen todos los datos; basta con los que sean suficientes para precisar el objeto. Y en el caso de jurisprudencia que comentamos no hay duda que de la carta (oferta de contrato) aparecen los datos necesarios para determinar la cantidad, como se analiza en el considerando 6º de la sentencia de casación que hemos transcrito más arriba.

Siguiendo un criterio semejante, la Corte de Santiago declaró en una ocasión que "expresándose en una venta de maderas la cantidad y calidad y el ancho y alto de las tablas, la circunstancia de que no se fije el largo de ellas no hace indeterminada la cosa vendida, pues el largo puede ser determinado por las demás especificaciones del contrato y por las dimensiones que ordinariamente dan a las tablas los ela-

³³ El Tribunal siempre puede decretar el informe de peritos como medida para mejor resolver, art. 159, Nº 4, Código de Procedimiento Civil.

³⁴ Ob. cit., Nos. 49 y 50, págs. 28 y sgts.

boradores de maderas"³⁵. En este caso la dimensión contribuye a determinar la cantidad de madera objeto del contrato, y la Corte estimó que de las estipulaciones de las partes aparecían datos suficientes para precisar la dimensión exacta, pues si bien no están todos, los que existen son suficientes.

14. Disposiciones Especiales Sobre Determinación del Objeto

Lo dicho en el número anterior es sin perjuicio, claro está, de que si una disposición especial autoriza a los jueces para hacer la determinación, aun sin que el acto contenga las reglas o datos necesarios, tal disposición prevalecerá sobre estas normas generales. Es lo que ocurre en los casos de arrendamiento de servicios a que nos acabamos de referir.

También puede establecerse por una disposición especial que el objeto debe ser necesariamente determinado. Así, el art. 1808 dice que: "El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes", y aun cuando el inc. 2º agrega que "podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen", tratándose del precio de una compraventa de bienes raíces deberá indicarse precisamente el monto del precio, puesto que se trata de un contrato solemne y en éstos el consentimiento debe constar de la escritura, pues en caso contrario no existe y, por consiguiente, el contrato es nulo (art. 1701). Así se ha fallado³⁶. Además, las leyes tributarias y administrativas han exigido esta determinación como norma general.

15. Contratos Accesorios de Obligaciones Indeterminadas

Hemos visto que las obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto, pero determinables, son válidas dentro de nuestra legislación y, consecuentemente, lo son las que se contraigan para asegurar su cumplimiento. Algunas disposiciones del Código se refieren expresamente a las garantías que pueden constituirse en estos casos.

Por ejemplo, el art. 2427 da ciertas normas para el evento de que "la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada", sin distinguir si esta indeterminación es en

³⁵ R. D. y J., Tomo XV, Sec. 1ª, pág. 66.

³⁶ "Gaceta", 1887, Tomo I, Sent. 673, pág. 386. Véase A. Alessandri R., "De la compraventa y de la promesa de venta", Tomo I, Nº 300, pág. 321.

cuanto al monto o en cuanto a la naturaleza de la obligación. Y el art. 374 exige que el guardador rinda una fianza por las responsabilidades que puedan afectarle; el monto de esa obligación es tan indeterminado que ni siquiera se sabe si en definitiva existirá esa responsabilidad. Otro caso semejante reglamenta el art. 155 en cuanto el marido puede oponerse a la separación judicial de bienes "prestando fianzas o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer".

La validez de estas cauciones se apoya, pues, en la doctrina y en textos expuestos de la ley. Además, la jurisprudencia así lo ha reconocido³⁷.

Si la obligación es indeterminada en cuanto a su naturaleza, puede asegurarse su cumplimiento con una fianza o hipoteca y ambas garantías quedarán sujetas para su eficacia a la circunstancia de que esas obligaciones futuras lleguen a existir válidamente. Así lo reconocen los arts. 2339, inc. 2º, 2413 y 2427.

El caso de mayor interés es el de la cláusula de garantía general hipotecaria que se estipula generalmente con los Bancos. Se trata aquí de garantizar obligaciones futuras e indeterminadas en su naturaleza y en su monto, pues el deudor hipoteca su predio no sólo por las obligaciones presentes, sino por todas las que contraiga en el futuro en favor de su acreedor. Se ha sostenido que esta cláusula sería nula por indeterminación del objeto, pues "la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla" (art. 1461, inc. 2º). Pero argumentando de este modo se confunde el objeto del contrato principal con el objeto de la hipoteca, esto es, del contrato accesorio. El objeto de la obligación hipotecaria es el inmueble dado en garantía³⁸. La jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema y de la mayoría de las Cortes de Apelaciones reconocen validez a la cláusula de garantía general hipotecaria³⁹.

No sucede igual cosa tratándose de la prenda, pues ésta "supone siempre una obligación principal a que accede" (art.

³⁷ R. D. y J., Tomo X, Sec. 1ª, pág. 243; Tomo XXX, Sec. 2ª, pág. 65; Tomo XXXIV, Sec. 1ª, pág. 540; Tomo XXXVII, Sec. 1ª, pág. 258.

³⁸ Puede consultarse Manuel Somarriva, "Tratado de las cauciones", Nos. 111, 348 y 349, págs. 111 y 314.

³⁹ R. D. y J., Tomo XXVII, Sec. 1ª, pág. 630; Tomo XXXIV, Sec. 1ª, pág. 540; Tomo XXXVI, Sec. 1ª, pág. 500, y Tomo XXXIV, Sec. 2ª, pág. 49. Esta última sentencia viene acompañada de un interesante comentario de Pablo Langlois, con acopio de doctrina para defender la validez de la cláusula de hipoteca general.

2385). La ley no permite esta caución de obligaciones futuras en razón, tal vez, de que la prenda se perfecciona por la entrega de la cosa, y si a la postre la obligación no surge, el aparente deudor o el tercero que la constituye se verían privados del uso y goce de la cosa por una obligación que no llegó a existir⁴⁰.

Pero por ley especial se ha reconocido el valor de la garantía general prendaria en favor de los Bancos. En efecto, la Ley N° 4.287, de 29 de febrero de 1928, en su artículo 1° reconoció valor a estos contratos y especialmente en el artículo 5°, que dispone: "Las prendas que se constituyen en favor de un Banco en conformidad a las disposiciones de esta ley, servirán de garantía a todas las obligaciones directas o indirectas de cualquiera clase que el dueño de la prenda tenga o pueda tener a favor del mismo Banco, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido en garantía de obligaciones determinadas". La razón de esta excepción está en la naturaleza de la cosa objeto de la prenda, y muy especialmente en la finalidad perseguida por esta ley de fomentar el crédito bancario.

16. Determinación del Objeto en Obligaciones Alternativas y Facultativas⁴¹

Si en las obligaciones alternativas uno o más de los objetos debidos no está determinado ni es determinable, la obligación es válida siempre que una de las cosas por lo menos reúna este requisito. Así lo dice el art. 1503: "Si una de las cosas alternativamente prometidas no podía ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor es obligado a ella".

Si la obligación es facultativa, la determinación sólo se exige respecto de la cosa a que el deudor es directamente obligado, pues la "obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa" (art. 1505). Si esta segunda cosa no se determina, la obligación será de unidad de objeto, es decir, sin la modalidad de ser facultativa, pues se vuelve a la norma general de que los actos son puros y simples.

⁴⁰ Manuel Somarriva, ob. cit., N° 230, pág. 217; R. D. y J., Tomo XXVIII, Sec. 1°, pág. 152.

⁴¹ Giorgi, Tomo III, N° 431, pág. 452.

OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER

17. Requisitos del Objeto

Analizadas ya las cosas que pueden ser objeto de las obligaciones de dar, consideraremos en seguida los hechos y abstenciones, esto es, el objeto en las obligaciones de hacer y de no hacer.

El art. 1460 dice que el objeto de la obligación puede consistir en dar, hacer o no hacer. Y el art. 1461 agrega: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

Por consiguiente, si el objeto es un hecho, positivo o negativo, debe reunir dos requisitos: a) Debe ser determinado, y b) Debe ser física y moralmente posible.

Cabe recordar que para algunos juristas, inspirados en la legislación romana, el objeto de la obligación debe tener un contenido económico; no bastaría el interés puramente moral¹. No obstante, la tendencia moderna es prácticamente uniforme en estimar que la obligación puede tener un objeto de valor económico o simplemente moral². Además, nuestro Código no exige el requisito de que exista un contenido económico en la obligación.

¹ Véase N° 3-a.

² Véanse Planiol y Ripert, Tomo VI, N° 221, pág. 295; Colin y Capitant, Tomo II, pág. 308; Demogue, Tomo II, N° 759, pág. 562; Josseland, Tomo II, Vol. I, N° 112, pág. 32; Claro Solar, Tomo X, N° 8, págs. 8 y sgts.

18. *El Objeto Debe ser Determinado*

Este requisito fluye de la propia naturaleza de las cosas, ya que debe conocerse específicamente en qué consiste el hecho o la abstención objeto de la obligación. Es decir, el deudor debe saber qué debe y el acreedor qué puede exigir. El Código no lo señala en forma expresa y sólo exige que sea física y moralmente posible (art. 1461, inciso final), pero debe entenderse que rige también para este caso el inc. 1º del art. 1461 en cuanto exige que la cosa (en sentido amplio) sea determinada.

Además, el art. 1460, al prescribir que "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer", está exigiendo que se determine en qué consiste el hecho o abstención³.

19. *El Objeto Debe ser Física y Moralmente Posible*

Dispone el inciso final del art. 1461 que "si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

La imposibilidad puede ser, entonces, física y moral. **Imposibilidad física.** La ley exige que el hecho sea físicamente posible, que esté de acuerdo con las leyes de la naturaleza, con las posibilidades humanas.

La imposibilidad física puede ser absoluta u objetiva, es decir, general para todos los hombres (erga omnes), sin atender a las aptitudes o cualidades de cada cual; o bien, sólo relativa o subjetiva, esto es, el hecho en que consiste pueden realizarlo sólo algunas personas. Para el derecho sólo hay imposibilidad cuando se trata de una imposibilidad absoluta, pues si es sólo relativa —el deudor se obliga a una prestación que él personalmente no puede cumplir—, se obliga válidamente, y deberá indemnizar a su acreedor⁴.

La imposibilidad física absoluta puede ser permanente o temporal. Si es permanente, jamás podrá ser objeto de una

³ Alessandri, Arturo, "Los contratos", pág. 52; Eugenio Velasco, ob. cit., Nº 68, pág. 39.

⁴ Cuando existe imposibilidad absoluta y no hay culpa del acreedor, en doctrina se aplican las normas de la culpa in contrahendo para obtener una indemnización de parte del deudor. Véase Nº 7.

obligación válida. En cambio, la imposibilidad temporal no obsta a la validez del objeto si éste es posible, de acuerdo con lo convenido, a la fecha en que deba cumplirse la obligación⁵.

Si el objeto es físicamente posible al momento de surgir la obligación, ésta será válida, aunque más tarde se haga imposible de cumplir, en cuyo caso entraremos en el terreno de la extinción o modificación de la obligación, pero no en el de su validez, que es el que ahora consideramos.

Para saber si el objeto es posible debe estarse "al estado actual de las ciencias y considerar la apreciación que el hombre se tenga formada de los fenómenos de la naturaleza"⁶. Por eso, como expresa Giorgi⁷, se debe proceder con mucha cautela para rechazar un objeto por ser físicamente imposible, pues no hay límites al progreso humano en las ciencias y en las artes.

Es esto tan evidente que los ejemplos tradicionales de imposibilidad absoluta, como hacer un viaje a la luna, o dar la vuelta al mundo en un día, parece que dentro de poco habrá que substituirlos por otros en que la fantasía deberá volar más alto. Giorgi en su tratado decía hace setenta y cinco años apenas: "El arte de volar o el de dirigir los globos aerostáticos, el de la navegación submarina, el de la previsión matemática de las variaciones del tiempo, la curación de ciertas enfermedades que la ciencia declara hoy incurables, ¿juraremos que sean siempre invencibles para el poder humano?"⁸. Con el transcurso de menos de un siglo casi todos esos obstáculos están ya superados y hoy es necesario recurrir a nuevos ejemplos para explicar esta materia.

En todo caso, siendo una cuestión de hecho saber si una obligación es físicamente imposible, los jueces del fondo resuelven soberanamente oyendo, si es necesario, los informes periciales que procedan.

20. *Sanción del Objeto Físicamente Imposible*

La sanción del objeto físicamente imposible es la nulidad absoluta, pues equivale a la falta de objeto⁹.

⁵ El art. 308 del Código alemán lo dice expresamente.

⁶ Claro Solar, ob. cit., Nº 863, pág. 263.

⁷ "Teoría de las obligaciones", Tomo III, Nº 291, pág. 303.

⁸ Véase cita anterior.

⁹ José Clemente Fabres, "Obras completas", Tomo III, págs. 101 y 102.

21. *Imposibilidad Moral*

Es también requisito esencial del hecho objeto de la obligación que sea moralmente posible. Y conforme con el citado inciso final del art. 1461, es "moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

La imposibilidad moral proviene, entonces, de que el acto sea prohibido por la ley, o de que el objeto sea contrario a las buenas costumbres o al orden público.

22. *Acto Prohibido por las Leyes. Concepto de Ley Prohibitiva*

Dispone el art. 10 del Código que "los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". Este artículo señala la sanción de nulidad absoluta a la contravención de las leyes prohibitivas; y el art. 1461 declara que el acto adolece de objeto ilícito, circunstancia que acarrea igual sanción (art. 1682). El art. 1466 insiste en el mismo concepto al declarar que hay objeto ilícito "generalmente en todo contrato prohibido por las leyes"¹⁰.

Son, pues, leyes prohibitivas las que impiden ejecutar un acto sin que sea posible realizarlo en modo alguno, y cuya contravención acarrea nulidad absoluta, salvo que la ley señale otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención¹¹.

Generalmente no se presentan problemas para precisar este caso de objeto ilícito, puesto que la ley misma contiene la prohibición, aunque no emplee el verbo prohibir, como si dice, por ejemplo, "no es lícito", "no vale", "se mirará como no ejecutado", "no puede estipularse", etc. Así, el guardador no podrá comprar o arrendar para sí bienes raíces de su pupilo (art. 412); no se podrá renunciar anticipadamente la acción de nulidad (art. 1469); no podrá condonarse el dolo

¹⁰ Eugenio Velasco critica esta norma por deficiente e inexacta (ob. cit., N° 78, pág. 47), pues el objeto de esos actos puede cumplir con todos los requisitos que hemos señalado y, sin embargo, debe ser considerado ilícito. No era necesario hablar, en suma, de objeto ilícito: bastaba con la sanción de nulidad que prescribe el art. 10 por ser un acto prohibido.

¹¹ R. D. y J., Tomo 23, Sec. 1ª, pág. 196; Tomo LI, Sec. 1ª, pág. 193; "Gaceta", año 1950, Sent. 21, pág. 146.

futuro (art. 1465); no puede estipularse proindivisión por más de cinco años (art. 1317), ni renunciarse anticipadamente al derecho de alegar la prescripción (art. 2494), ni transigirse sobre el estado civil de las personas (art. 2450)¹², ni podrá celebrarse una compraventa entre cónyuges no divorciados a perpetuidad, o entre el padre o madre y el hijo de familia (art. 1796), o pactarse una lex comisoria en un contrato de venta a plazo contraviniendo el art. 19 de la Ley N° 4.702, de 6 de diciembre de 1929, según el cual no puede estipularse que el acreedor adquiriera el derecho de exigir todo el precio insoluto por la falta de pago de menos de cuatro mensualidades¹³.

23. *Leyes Imperativas*

Junto con esta limitación que establecen las leyes prohibitivas existen otras impuestas por las leyes imperativas o preceptivas, "que imponen la ejecución de un precepto como necesario al mantenimiento de ciertas instituciones y del orden social". "Con la forma imperativa el legislador exige que un acto se ejecute en una forma especial; y exige su realización, porque no estima conveniente dejar a los particulares en libertad de ejecutar o no el acto o de ejecutarlo en otra forma que la que él ha considerado necesaria o conveniente para consultar el interés general"¹⁴.

La ley puede exigir la observancia de ciertos requisitos considerando intereses generales de la colectividad o bien sólo intereses particulares. El ejemplo clásico del primer caso es la exigencia de la escritura pública para la venta de bienes raíces (art. 1801); y del segundo, las formalidades habilitantes, como la autorización judicial para la venta de bienes raíces del hijo de familia (art. 255). En el primer supuesto, la contravención acarrea nulidad absoluta, porque esta contravención de una ley imperativa que señala requisitos exigidos por razones superiores de conveniencia general es "la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en conside-

¹² "La transacción por la cual uno u otro cónyuge, o ambos juntos, renuncian a su estado civil de marido o mujer, es contraria a la ley y, en consecuencia, nula, de nulidad absoluta. Una transacción de esta especie no adquiere valor por la aprobación judicial, porque la aprobación judicial no puede dar valor a un acto nulo en su origen". R. D. y J., Tomo IV, Sec. 2ª, pág. 103.

¹³ R. D. y J., Tomo XLVII, Sec. 1ª, pág. 375.

¹⁴ Claro Solar, ob. cit., N° 864, pág. 264, y N° 866, pág. 267.

ración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan", como dispone el art. 1682¹⁵. La fuerza de la ley imperativa en este caso "es igual a la de las leyes prohibitivas, porque el derecho correlativo no es patrimonio individual, sino de la comunidad"¹⁶.

La contravención a una ley imperativa puede aparecer también de un convenio expreso, como si el padre de un recién nacido se obliga a no inscribir a un hijo (arts. 28 y 29, Ley sobre Registro Civil). Tal estipulación adolecería de objeto ilícito, como si se tratara de la violación de una ley prohibitiva.

De lo dicho se infiere que la contravención de la ley imperativa equivale a la de la ley prohibitiva cuando sus requisitos se han establecido por razones superiores de conveniencia general, porque esta ley equivale a una prohibición de celebrar el acto en forma distinta de la ordenada por la ley.

24. Actos Realizados en Fraude de la Ley

Cuando el acto jurídico se celebra contraviniendo a una ley prohibitiva o imperativa, en algunos casos, como acabamos de ver, la sanción es la nulidad por objeto ilícito. No obstante, puede ocurrir que el acto respete aparentemente la ley, pero la viole de hecho, es decir, se celebre en fraude de la ley. Como dice Coviello, el acto "es en fraude de la ley, cuando la voluntad del particular, respetándola aparentemente, la viola; lo cual ocurre cuando una persona se comporta de modo que el negocio, respetada la letra de la ley, llega a violarla en su espíritu"¹⁷.

El fraude, considerado en general, "consiste en ocasionar intencionalmente un perjuicio a terceros, sea un particular o una colectividad, por medio de un acto ilícito, sin el consentimiento de la víctima o de sus representantes"¹⁸. Cuando el perjuicio lo recibe el cocontratante, se denomina dolo, pues la expresión fraude se reserva al caso en que hay perjuicio de terceros¹⁹.

El perjuicio proveniente del fraude puede recibirlo el tercero a raíz de un acto simulado o de un acto real y, en

¹⁵ Alessandri Besa, ob. cit., N° 142, pág. 128.

¹⁶ José Clemente Fabres, "Obras completas", Tomo III, pág. 91 (Santiago, Imprenta Cervantes, 1908).

¹⁷ Ob. cit., N° 131, pág. 453.

¹⁸ Planiol y Ripert, Tomo VI, N° 346, pág. 473.

¹⁹ Planiol y Ripert, cita anterior. Pero nuestro Código considera a veces estas expresiones como sinónimas (art. 2317).

consecuencia, podrá atacarse mediante la acción de simulación, o bien habrá inoponibilidad o nulidad²⁰, y, finalmente, revocación, cuando proceda la acción pauliana (art. 2468).

Aparte de estos casos de fraude que ocasionan perjuicios a terceros existe el fraude a la ley, que consiste en eludir disposiciones prohibitivas o imperativas que por su jerarquía se equiparan a las prohibitivas. O sea, se viola indirectamente la ley, pues respetando la forma se obtiene el fin prohibido o uno semejante. El fraude a la ley se logra alterando el estado de hecho regulado por la ley, de modo que se consigue el fin prohibido o uno equivalente porque la ley resulta inaplicable a esa situación jurídica. Siguiendo a Ferrara²¹, podemos resumir en tres los métodos que se pueden emplear para lograr este fin:

a) Empleo de un negocio distinto o de una combinación de actos jurídicos. Así, si se prohíbe la fianza de la mujer (Senadoconsulto Veleyano en Roma), ésta podría obligarse como deudora.

Para burlar la prohibición de contratar un mutuo con un hijo de familia (S. C. Macedoniano —art. 253 de nuestro Código—) se puede hacer al hijo una venta a crédito seguida de la reventa inmediata al contado de los mismos objetos al acreedor. El hijo obtiene el dinero mediante esta combinación de actos jurídicos.

Igualmente, si un padre de familia desea eludir la prohibición del art. 1798, que le impide vender un bien raíz a su hijo menor, podría contratar con otro hijo mayor de edad que estipule en favor de su hermano menor, de acuerdo con el art. 1449. Según este artículo, "cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él". En otros términos, el contrato se celebra entre el estipulante y el promitente; el beneficiario —en este caso el hijo de familia— no es parte en el contrato y su aceptación expresa o tácita sólo viene a hacer irrevocable la estipulación que creó un derecho

²⁰ Véase nuestra obra "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", tercera edición, N° 117, pág. 144. Sobre actos fraudulentos del marido en la administración de la sociedad conyugal, véase A. Alessandri R., "Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales", N° 581, pág. 381.

²¹ Francisco Ferrara, "La simulación de los negocios jurídicos", Madrid, 1926, pág. 97.

en su favor²². Pero nuestra Corte Suprema, sin referirse al fraude de la ley, ha declarado nulo un contrato semejante, considerando que "para la validez de la estipulación por otro se requiere que esta tercera persona sea capaz para contratar en el momento mismo en que se celebra para ella la estipulación de igual modo que si se hiciera con derecho de representarla"²³.

Se recurre también a una combinación de actos jurídicos para eludir la ley y hacer de la prenda civil una prenda sin desplazamiento. En efecto, el mutuuario en lugar de constituir una prenda civil, que le privaría de la tenencia de la cosa, se la vende a su acreedor con pacto de retroventa, fijándose como precio el monto del préstamo, y retiene la cosa vendida en calidad de depositario, o de arrendatario, pagando como renta de arrendamiento el monto de los intereses del mutuo.

Pero en cambio, si el comprador, para eludir en parte el impuesto a la transferencia de los inmuebles (que hoy ya no existe), compra primeramente la madera de los bosques de un fundo y en seguida el fundo mismo, no habrá fraude a la ley (fraude fiscal), pues "se puede escapar legalmente al impuesto absteniéndose voluntariamente de producir las condiciones de su percepción"²⁴. No se ha celebrado en este caso un acto con el solo propósito de eludir el pago de un impuesto, sino que el comprador elige entre varias figuras jurídicas la que devenga derechos menos elevados.

b) **Modificación de las condiciones de hecho.** Para eludir la prohibición de celebrar ciertos contratos entre cónyuges (compraventa, art. 1796; donación irrevocable, arts. 675, 1137 y 1138), éstos anulan el matrimonio, durante la separación celebran el contrato y vuelven después a casarse. Igualmente, el testador que deja de heredero a un extraño y lo adopta con el solo propósito de disminuir el impuesto de herencia, comete un fraude a la ley mediante este cambio en las condiciones de hecho para la aplicación del impuesto.

Habrà fraude a una ley imperativa si el empleador con motivo del contrato que conviene con el empleado lo hace cambiar de residencia, pero celebra el contrato en el lugar donde deban prestarse los servicios, para eludir su obligación de pagar los gastos razonables de ida y vuelta del empleado y su familia, (así lo disponía el art. 167 del Código del Tra-

²² Véase Héctor Salas N., "La estipulación por otro", N° 32, págs. 53 y siguientes.

²³ R. D. y J., Tomo XXXI, Sec. 1ª, pág. 43, considerando 4º del fallo de casación.

²⁴ Planiol y Ripert, Tomo VI, N° 350, pág. 479.

bajo, reemplazado hoy por los arts. 10 y 61 del D.L. 2.200, de 15 de junio de 1978), y

c) **Finalmente, habrá fraude a la ley cuando se recurre a la interposición de persona.** En este caso el fraude se logra mediante una simulación, pues se oculta a las personas que realmente contratan²⁵.

Ahora bien, ¿qué sanción tienen estos actos celebrados en fraude a la ley, es decir, eludiendo una prohibición legal? Para Ferrara son nulos, pues la ley debe interpretarse considerando que la prohibición se dirige "contra cualquier forma con la cual se trate de obtener el efecto prohibido". Todos los actos fraudulentos, en el sentido técnico de la palabra son, según este autor, contrarios a la ley, porque el medio legal empleado cae siempre bajo la prohibición, que lo que quiere es impedir el resultado económico, práctico, sea uno u otro el medio usado para conseguirlo²⁶.

Efectivamente, a primera vista parece que todo acto celebrado con la intención de violar la ley no puede recibir la protección del Derecho y debe ser, entonces, nulo, pues *fraus omnia corrumpit*. Pero según expresa la doctrina, éste, como tantos otros principios, no es concluyente en su vaga generalidad. La sola intención no basta para producir la nulidad del acto si objetivamente no se viola ningún texto legal, como, por la inversa, el acto será nulo si existe la contravención, aunque la intención de su autor sea celebrar un acto lícito y válido.

La creencia, pues, de realizar un acto contrario a la ley no anula el acto que no es tal por sí mismo. O sea, el elemento intencional no determina en modo alguno la nulidad del acto, sin perjuicio, claro está, de que pueda anularse por causa ilícita, si procediere, o por otra circunstancia.

Para poder considerar nulos los actos de fraude a la ley habría que extender el campo de aplicación de la norma prohibitiva o imperativa, de modo que "el acto aparentemente no previsto debería considerarse como previsto en sustancia, porque la norma no sólo resulta de la ley, sino de su espíritu"²⁷.

Pero esta interpretación extensiva de disposiciones de excepción, como son las referentes a las nulidades, que se

²⁵ Véase nuestro trabajo citado, N° 112, pág. 137. Para Ferrara —ob. cit., pág. 105— no hay simulación, pues la persona interpuesta adquiere los derechos, y si bien debe hacerlos pasar a la persona incapaz, no por eso deja de adquirir efectivamente los bienes en virtud del contrato. Habría, pues, fraude y no simulación.

²⁶ Ob. cit., pág. 99.

²⁷ Coviello, obra y cita anteriores.

excede y llega a la interpretación analógica, está prohibida y sólo cabe la interpretación declarativa, de manera que aunque el acto sea fraudulento, no puede reputarse nulo por esa sola circunstancia.

En consecuencia, dentro de nuestro Derecho, los actos celebrados en fraude a la ley son válidos, a menos que contravengan ostensiblemente normas imperativas o prohibitivas. La sola intención de los contratantes de contravenir normas legales no determina la nulidad del acto y éste será nulo o válido según las normas generales, con prescindencia de la intención de los contratantes²⁸.

25. Actos Contrarios a las Buenas Costumbres

Jurisprudencia. Se entienden por buenas costumbres todos los hábitos que se conforman con las reglas morales en un estado social determinado. Es, por consiguiente, un concepto esencialmente relativo y varía de un país a otro, y aun en uno mismo si se consideran distintas épocas o lugares. Así, por ejemplo, a comienzos de este siglo, la Corte de Valparaíso declaró que "los espectáculos de box son contrarios a las buenas costumbres, porque son crueles y ejercen perniciosa influencia sobre el pueblo, habituándolo a mostrarse insensible a los sufrimientos y a ver correr la sangre con indiferencia si no con satisfacción"²⁹. Esta sentencia contiene, sin duda, conceptos y apreciaciones muy razonables, pero resulta equivocada en esta época en que con la aprobación general se fomenta toda clase de deportes, sin considerárseles en modo alguno atentatorios de la moral y de las buenas costumbres³⁰.

Pero como dicen Planiol y Ripert, hay un cuerpo común de doctrinas morales que la civilización occidental ha tomado de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, en las cuales las divergencias son mínimas y se van atenuando con el tiempo. Esas reglas morales esenciales concuerdan en todas las naciones civilizadas. Para conocer esas normas los jueces no deben sujetarse siempre a la opinión de la mayoría, ya que muchas veces existen prácticas inmorales toleradas e incluso favorecidas por la mayoría. "Los jueces no están obligados a seguir a las masas cuando éstas manifiestamente se

²⁸ Véase Alessandri Besa, ob. cit., N° 144, pág. 131.

²⁹ R. D. y J., Tomo VI, Sec. II, pág. 125.

³⁰ La jurisprudencia francesa ha declarado expresamente válido un pacto de celebrar un match de boxeo. Planiol y Ripert, Tomo VI, N° 242, pág. 326, nota 4.

desvían, sino por el contrario, a dirigir las, no imponiendo concepciones personales y aisladas, sino basándose en la opinión de los elementos sanos de la población, guardianes de una antigua tradición, que ha sido probada y que inspira, en lo esencial, tanto a los hombres de carácter conservador como a los que pretenden con espíritu leal y desinteresado aportar a nuestra organización social modificaciones radicales"³¹.

En atención a estas consideraciones, los tribunales de Francia anulan en general los contratos relacionados con casas de tolerancia cuando con su cumplimiento se asegura el establecimiento o la explotación de éstas, como, por ejemplo, cuando se vende o arrienda un inmueble para el establecimiento de ese comercio inmoral, o se presta dinero para ese mismo objeto, o se celebra un contrato de trabajo para el servicio del establecimiento, o una sociedad para la explotación de una de esas casas³².

En nuestro Derecho debe distinguirse si el contrato que versa sobre casas de tolerancia contiene obligaciones de dar o de hacer. Si son de dar, no cabe hablar de objeto ilícito, puesto que las cosas no son en sí mismas lícitas ni ilícitas. En las obligaciones de hacer o de no hacer podrá haber objeto ilícito si el hecho o la abstención son en sí mismos ilícitos, como, por ejemplo, las que contraen las asiladas con la regente del prostíbulo relativas al comercio sexual; pero no habrá objeto ilícito si tales hechos son lícitos en sí, como la obligación de realizar trabajos para mejoras del inmueble en que funciona el prostíbulo³³.

Por lo que concierne al contrato de arrendamiento, nuestro Código dispuso expresamente en el art. 1973 que el "arrendador tendrá derecho a expeler al inquilino que empleare la casa o edificio en un objeto ilícito, o que teniendo facultad de subarrendar, subarriende a personas de notoria mala conducta, que, en este caso, podrán ser igualmente expelidas". O sea, el Código resuelve este caso sin referirse al objeto ilícito en la acepción técnica que estamos estudiando, sino ateniéndose sólo al empleo ilícito que se da a la cosa. Para anular tales contratos no se requiere, pues, considerar el objeto o la causa ilícitos, sino sólo el artículo que comentamos, que resuelve el caso de manera específica. Así se ha fallado³⁴.

Con el criterio que señalábamos anteriormente, la jurisprudencia francesa anula por objeto ilícito los contratos que

³¹ Planiol y Ripert, ob. cit., N° 229, págs. 309 y sgts.

³² Cita anterior, pág. 310; Giorgi, Tomo III, N° 379, pág. 400.

³³ Véase Eugenio Velasco, ob. cit., N° 106, pág. 60.

³⁴ R. D. y J., Tomo XVI, Sec. 2°, pág. 33.

contengan la promesa de relaciones sexuales remuneradas. Pero será válida la obligación de pagar una suma de dinero o una renta después de terminado el concubinato, o como precio de la terminación del concubinato, pues en este caso no se trata de la formación, continuación o reanudación de las relaciones inmorales. Los tribunales franceses consideran que se cumple en este caso un deber de conciencia y por eso estiman a veces que habría un pago de una obligación natural³⁵.

Son anulables también por objeto ilícito las convenciones en que una persona se obliga a casarse con una persona determinada a cambio de una suma de dinero o a reconocer un hijo en esas mismas condiciones.

Pero la jurisprudencia francesa no anula ya, como lo hacía anteriormente, el contrato de claque celebrado entre un director de teatro y un empresario de éxitos dramáticos: "tolerada por el público de los espectáculos, la claque no puede rechazarse en una época en que la propaganda ha tomado tal desarrollo y en que los contratos encaminados a organizarla son indiscutiblemente lícitos"³⁶. Tampoco se anula el corretaje o proxenetismo matrimonial³⁷. Es cierto, sí, que debe tratarse de una justa remuneración y de servicios prestados lealmente; pues, en caso contrario, el contrato será nulo por haberse empleado medios vituperables, entendiéndose por tales, especialmente, los que priven de libertad a los contrayentes para consentir a los que inducen de mala fe a un grave error.

Tampoco se invalidan en Francia los curiosos y frecuentes contratos por los cuales una parte se obliga, mediante una remuneración, a buscar una herencia o herederos, comprometiéndose a hacer todos los trámites para que éstos entren en posesión de los bienes. Como dice Giorgi, no se ve la razón de las disputas de jurisprudencia, pues descubrir una herencia abierta por medios honrados no contraría ni a las buenas costumbres ni al orden público³⁸.

En suma: las buenas costumbres obligan a sujetarse a las normas morales imperantes en una época determinada. El acto jurídico que las contravenga adolecerá de objeto ilícito y consecuentemente será nulo, de nulidad absoluta.

³⁵ Este criterio sobre obligaciones naturales no es aceptable entre nosotros, ya que nuestro Código, a diferencia del francés, reglamentó las obligaciones naturales.

³⁶ Planiol y Ripert, Tomo VI, N° 234, pág. 314.

³⁷ Jossérand, "Derecho Civil", Tomo II, Vol. I, N° 135, pág. 99.

³⁸ Ob. cit., Tomo III, N° 392, pág. 405.

26. Actos Contrarios al Orden Público

Hemos dicho ya que definir el orden público es punto menos que imposible; pero que el concepto fundamental que se señala en todas las definiciones es que las normas o reglas de orden público miran a los intereses generales de mayor importancia para la sociedad³⁹. Por eso "interés general e interés de orden público son nociones muy semejantes"⁴⁰. Nuestra jurisprudencia ha declarado que "el orden público es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad"⁴¹.

El concepto de orden público inspira las leyes prohibitivas, pero en éstas ya no nos interesa atender al orden público para conocer su sanción, toda vez que habrá objeto ilícito en su contravención por la sola circunstancia de tratarse de un acto prohibido por las leyes. En cambio, la contravención de leyes no prohibitivas o casos no reglamentados especialmente pueden atentar al orden público por estar comprometido un interés general de la sociedad.

Es imposible señalar todas las reglas de orden público o los casos en que un acto deba anularse por contravención al orden público. Por vía de ejemplo señalaremos los más frecuentes:

a) Todo pacto que altere el estado o capacidad de las personas, atenta al orden público y, por consiguiente, tiene un objeto ilícito⁴². Por eso el art. 2450 dispuso que "no se puede transigir sobre el estado civil de las personas".

No podría tampoco pactarse sobre el nombre de una persona, sea para cederlo, suprimirlo o modificarlo; pero la cesión será posible cuando se trate de un nombre comercial;

b) Igualmente atenta al orden público todo lo que altere la organización de la familia, sea sobre potestad marital, patria potestad, autoridad paterna, matrimonio, etc. De aquí por qué el art. 1717 dispuso que "las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan

³⁹ "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", N° 41, pág. 72.

⁴⁰ Planiol y Ripert, ob. cit., N° 226, pág. 305.

⁴¹ "Gaceta de los Tribunales", año 1946, 2° semestre, N° 70, pág. 391.

⁴² Hace excepción el pacto de separación total de bienes que los cónyuges pueden celebrar durante el matrimonio (art. 1723), ya que dicho pacto hace cesar la incapacidad de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal.

a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes".

Se ha fallado igualmente que "las normas de Derecho de familia son, en general, de orden público, pues han sido establecidas por razones de alta conveniencia social y, por tanto, los particulares están impedidos de introducirles modificaciones que puedan significar un aumento o limitación. En consecuencia, es nulo, de nulidad absoluta, por ilicitud del objeto, el pacto en virtud del cual los cónyuges acuerdan suspender la vida en común y que los hijos queden en el futuro bajo la tuición de la madre..."⁴³

c) Todo acto que imponga una obligación en desmedro de la personalidad humana atenta también al orden público. El caso más claro es el comercio de esclavos, aun cuando en este evento la nulidad se impone más por falta de objeto, ya que se conviene sobre una persona y no sobre una cosa. Pero hay otras formas más atenuadas de esclavitud que ya reglamentó el Código del Trabajo, el cual prohibía, por ejemplo, contratos de trabajo por más de un año (art. 7º). Hoy rige el D.L. 2.200, de 15 de junio de 1973, que en su art. 13, letra b), dispone que "la duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de dos años".

Dentro de este mismo orden de ideas no cabe renunciar mediante un convenio a defender el honor, aun cuando los actos lesivos ya se hayan producido.

Ni cabe tampoco renunciar a la libertad de conciencia y obligarse a profesar solemnemente o a practicar o no practicar una religión determinada. Un pacto de esta especie atentaría al orden público y en ciertos casos al Derecho Público en cuanto se violaría a veces una garantía constitucional (art. 19, Nº 6, de la Constitución, y art. 1462 del Código).

En cuanto a la condición de casarse o no casarse con persona determinada, de mantenerse célibe o en estado de viudedad, deben aplicarse los arts. 1074 y siguientes, que reglamentan las asignaciones testamentarias condicionales, pero que rigen en materia de obligaciones en virtud de lo dispuesto en el art. 1493. Disponen estos artículos: 1074: "La condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio se tendrá por no escrita, salvo que se limite a no contraerlo antes de la edad de veintiún años o menos"; 1075: "Se tendrá asimismo por no puesta la condición de permanecer en estado de viudedad, a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de

⁴³ "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo LIII, Sec. 2ª, pág. 92.

deferírsele la asignación"; 1076: "Los artículos precedentes no se oponen a que se provea a la subsistencia de una mujer mientras permanezca soltera o viuda, dejándole por ese tiempo un derecho de usufructo, de uso o de habitación, o una pensión periódica"; y finalmente, el art. 1077 dispone que "la condición de casarse o no casarse con una persona determinada, y la de abrazar un estado o profesión cualquiera, permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio, valdrán".

De estos artículos aparecen claramente las limitaciones que impone el legislador a los pactos sobre estas materias;

d) En el derecho patrimonial la mayoría de sus disposiciones no son de orden público. Sin embargo, tienen este carácter las que se refieren a la organización de la propiedad raíz, a la publicidad de las transmisiones o transferencias de inmuebles y, en general, las que establecen formas de publicidad en favor de terceros, y

e) Finalmente, una prohibición convencional de enajenar, establecida en forma absoluta, atenta al orden público, porque "embaraza la circulación de los bienes y entibia el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria", como dice el Mensaje del Código Civil. Este principio fundamental de la libre enajenación se desconocería si se diera valor a tales estipulaciones, y por eso éstas adolecen de objeto ilícito, por ser contrarias al orden público⁴⁴.

El orden público y las buenas costumbres se encuentran íntimamente unidos, toda vez que el orden público tiene como principal supuesto las buenas costumbres, o sea, las normas morales imperantes.

Todo acto que atente a la moral ataca al orden público y normalmente todo ataque al orden público lo será también a las buenas costumbres. En ambos casos la sanción es la nulidad absoluta por objeto ilícito. De aquí que el Código trate siempre juntas las contravenciones a la moral, las buenas costumbres, la ley y el orden público (arts. 1461, 1467, 1475, 1683 y 1717).

Será una cuestión de hecho precisar en cada caso si el acto contraviene las buenas costumbres o el orden público. Pero, como la ley ha reglamentado específicamente numerosos casos de objeto ilícito, como veremos más adelante, no es frecuente encontrar en la práctica otros que deban encuadrarse en la norma general.

⁴⁴ Véase Nº 96.

OBJETO ILICITO

27. *Concepto*

Hemos analizado ya los requisitos que debe tener el objeto, tanto cuando consiste en una cosa como en un hecho o en una abstención. Pero conforme con el art. 1445, para la validez de una declaración de voluntad debe haber un objeto lícito, y, consecuencialmente, el art. 1682 agrega que el objeto ilícito produce nulidad absoluta.

No obstante, resulta discutible el concepto de objeto ilícito, porque el legislador no lo precisó, sino que indicó solamente los requisitos del objeto, según acabamos de analizar, y contempló separada y específicamente algunos casos de objeto ilícito. No hay, pues, un concepto legal general sobre el objeto ilícito, a diferencia de lo que ocurre con la causa ilícita, que está definida como "la prohibida por ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público" (art. 1467, inc. 2º).

Algunos autores¹ consideran idénticos los términos "lícito" y "comerciables", pero como ya expresamos al estudiar los requisitos del objeto de las obligaciones de dar, el concepto de licitud es mucho más amplio que el de comerciabilidad².

Para otros autores la licitud del objeto es un requisito propio, independiente de los que hemos señalado, según se trate de una cosa o de un hecho. Así, Claro Solar dice que "para la validez de la declaración de voluntad no basta que

¹ Arturo Alessandri, "Los contratos", pág. 46; "De la compraventa y de la promesa de venta", Nº 191, págs. 211 y sgts.

² Nº 10.

su objeto sea posible, cierto y determinado y comerciable; se requiere, además, que sea lícito. Objeto lícito es el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara"³. Coinciden con este criterio la generalidad de los autores, que consideran como ilícito el objeto que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres⁴.

Eugenio Velasco critica este concepto, porque "ninguna cosa en sí puede ser contraria a la ley, las buenas costumbres o el orden público, y si se trata de un hecho y cumple con esos requisitos, estaremos en presencia de un hecho moralmente imposible, en conformidad a la definición que da el art. 1461, inc. 3º. En consecuencia —agrega—, no puede aceptarse esta interpretación, porque da a una palabra el significado que la ley ha reservado para otro concepto; y porque lleva a la conclusión —que ya hemos rechazado— de que solamente los hechos moralmente imposibles podrán ser objetos lícitos y que jamás podrán tener esa categoría las cosas inenajenables o indeterminadas y los hechos físicamente imposibles"⁵. Concluye este autor diciendo que es ilícito el objeto "que carece de las calidades que la ley prefija en el art. 1461"⁶. O sea, habrá objeto lícito si el objeto no es real, comerciable, determinado y física y moralmente posible. No se trata, entonces, de un nuevo requisito, sino de la sanción a la falta de los requisitos que se exigen al objeto en general.

Recordemos primeramente la historia de estas disposiciones, que contribuirá a darnos un índice para resolver la cuestión.

En primer lugar, en el Derecho francés, Pothier, y más tarde el Código Civil, no mencionan la licitud del objeto entre las condiciones necesarias para la validez de la obligación, estableciéndose la salvaguarda de la moral y del orden público al regular la causa (arts. 1131 y 1133)⁷.

Es probable que por este antecedente en nuestros Proyectos de Código de 1841-1845, de 1846-1847 y de 1853 se hable sólo del objeto, sin exigirse que sea lícito, y sólo se contemple entre las causales de nulidad absoluta la causa ilícita⁸.

Pero en el Proyecto Inédito el art. 1626 dispuso: "Para que los actos voluntarios produzcan efectos civiles es nece-

³ Tomo XI, Nº 864, pág. 264.

⁴ Planiol y Ripert, Tomo VI, Nº 225, pág. 302; Jossierand, Tomo II, Vol. I, Nº 119, pág. 87.

⁵ Ob. cit., Nº 73, pág. 43.

⁶ Ibid., Nº 82, pág. 48.

⁷ Planiol y Ripert, ob. cit., Nº 225, pág. 303.

⁸ Andrés Bello, "Obras completas", Tomo XI, págs. 143 y 411 y sgts.; Tomo XII, pág. 440.

sario: 1º que los contratantes sean legalmente capaces de contratar; 2º que su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito, y 4º que tenga una causa lícita".

La razón evidente de este cambio fue armonizar las exigencias de la ley respecto del objeto y la sanción que debía acarrear la infracción de ellas, así como se disponía para la causa. Si la causa no era real y lícita, la obligación era nula absolutamente; y en cambio, para el objeto bastaba que fuera real y determinado, pues la falta de los otros requisitos que hemos visto no tenía sanción. Por eso se dijo que el objeto debía ser lícito y que la ilicitud acarrea nulidad absoluta.

Ahora bien, ¿qué se entendió por objeto ilícito? ¿El que carecía de cualquiera de los requisitos señalados al objeto o sólo el moralmente imposible, esto es, el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público?

Eugenio Velasco dice que si no se acepta que es ilícito todo objeto que carece de cualquiera de los requisitos que la ley señala, un objeto indeterminado, inenajenable o físicamente imposible no sería ilícito y, en consecuencia, no tendría sanción. Esta opinión ha sido rebatida con acierto por Arturo Alessandri Besa⁹, quien sostiene que si el objeto es indeterminado o físicamente imposible, el acto no tiene objeto y lo más que puede existir es una apariencia de objeto. No hay, pues, objeto ni lícito ni ilícito y la omisión de este requisito acarrea la nulidad absoluta (art. 1682). Concuerda este criterio con lo que ya sostenía José Clemente Fabres en cuanto la indeterminación y la falta de objeto produzcan iguales efectos¹⁰.

Por nuestra parte, estimamos que del art. 1461 puede deducirse el concepto de objeto ilícito y para ello habrá que distinguir, como lo hace esa disposición, si el objeto consiste en una cosa o en un hecho. Si consiste en una cosa, ésta en sí no puede ser lícita o ilícita, sino por el destino que se le dé: "Sólo los actos y los fines son ilícitos o inmorales"¹¹. Pero si esa cosa está fuera del comercio humano, el objeto de la obligación es ilícito, porque de antemano se sabe que cualquier acto que verse sobre ella está prohibido por la ley, no admite una relación jurídica y el objeto es, en consecuencia, siempre ilícito. Este es, entonces, el principal caso de objeto ilícito, cuando se trata de obligaciones de dar, y por eso el inc. 1º del art. 1461 exige que la cosa sea comerciable. La

⁹ "La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno", Nº 133, pág. 120.

¹⁰ "Obras completas" (Santiago, 1908), Tomo III, pág. 101.

¹¹ Planiol y Ripert, ob. cit., Nº 225, pág. 303.

falta de los otros requisitos (que la cosa sea real y determinada) no acarrea la ilicitud, sino la falta de objeto. Este criterio se ve confirmado por el art. 1464, N.º 1.º, que, repitiendo innecesariamente el requisito de la comerciabilidad de las cosas, dispone que "hay un objeto ilícito en la enajenación: 1.º De las cosas que no están en el comercio". A este caso principal debemos agregar el de objeto ilícito que existe siempre "en todo contrato prohibido por las leyes" (art. 1466), pues, en virtud de este texto expreso, el objeto se refiere en este caso al contrato, que por estar prohibido tiene la sanción de ilicitud.

Si el objeto consiste en un hecho, positivo o negativo, éste puede ser en sí lícito o ilícito. Por eso el inciso final del art. 1461 dispone que el objeto que consiste en un hecho puede ser física y moralmente imposible. La expresión "moralmente imposible" equivale a objeto ilícito, pues dispone ese artículo que es objeto "moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

Si el objeto consiste en un hecho físicamente imposible, no es ilícito, sino inexistente, al igual que en las obligaciones de dar cuando la cosa no es real o determinada.

De este modo se aplica al objeto el mismo criterio que sobre la licitud fija a la causa el art. 1467, es decir, el derecho no reconoce valor a los actos prohibidos por las leyes, o contrarios a las buenas costumbres o al orden público.

Para la causa pudo darse la norma general, pero para el objeto fue necesario distinguir entre cosas y hechos; sólo las cosas intransferibles acarrean la ilicitud del objeto; las demás no pueden dar origen a objeto ilícito, sin perjuicio de que el acto sea anulable por falta de objeto, por causa ilícita o por otro motivo. Los hechos podrán o no dar lugar a un objeto ilícito, con el mismo criterio que se determina la causa ilícita: según se contravenga a la ley, a la moral o al orden público.

Entendemos, pues, por objeto ilícito el que versa sobre cosas intransferibles o sobre hechos o contratos prohibidos por las leyes, o sobre hechos contrarios a las buenas costumbres o al orden público.

CASOS DE OBJETO ILÍCITO REGLAMENTADOS ESPECIALMENTE

28. Enunciación

El Código, después de indicar el contenido del objeto en los arts. 1460 y 1461, señala en los cinco artículos siguientes casos específicos de objeto ilícito que veremos en los números que siguen.

29. Actos Contrarios al Derecho Público Chileno

El art. 1462 dispone que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto".

El Derecho Público es el que organiza el Estado y fija las atribuciones y competencia de los Poderes Públicos.

Las leyes de Derecho Público son, generalmente, de orden público y, en consecuencia, su contravención acarreará nulidad absoluta por objeto ilícito, ya que lo hay en todo acto contrario al orden público. Por eso, la mayoría de los actos contrarios al Derecho Público habrían quedado sancionados por tener un objeto moralmente imposible por aplicación de la norma general sobre contravenciones al orden público, sin necesidad de esta disposición especial.

Nuestra Corte Suprema ha fallado, aplicando el art. 1462, que toda estipulación que desconozca las normas de "competencia y jurisdicción que la ley de 1875 (Código Orgánico de Tribunales) da a los tribunales sobre las controversias judiciales del orden temporal, es nula por ilicitud del objeto, en