

TODO EL QUE TENGA INTERES EN ELLO...
(SOBRE EL ART. 1683 DEL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO
Y EL INTERÉS PARA ALEGAR LA NULIDAD ABSOLUTA)

Ramón Domínguez Águila*

1. *La titularidad de la acción de nulidad absoluta*

En el art. 1683 del *Código Civil* de Chile se confiere titularidad activa para demandar la nulidad absoluta¹ de un contrato, a "todo el que tenga interés en ello". La regla, tomada según nota de Andrés Bello al art. 1866 del proyecto inédito, de Delvincourt,² es común en otras legislaciones y así, por ejemplo, el art. 1742 del *Código* colombiano que tiene el mismo texto, salvo su parte final, el art. 1047 del *Código* argentino recoge casi la misma redacción³, el art. 1421 del *Código* italiano contiene regla parecida, así como el art. 286 del *Código* portugués y si en algunos otros derechos no existe texto expreso en el punto, es admitido que, para tal nulidad, todo el que aduzca un interés legítimo puede prevalerse de ella, como ocurre en Francia y por ello, el anteproyecto de reforma del *Código Civil* francés en materia de

541

* Profesor de Derecho Civil en las universidad de Concepción y Del Desarrollo

¹ Cabe hacer presente que la terminología sobre la nulidad en el Derecho Comparado es variada: nulidad de pleno derecho, nulidad absoluta, anulabilidad, nulidad relativa, rescisión, sin perjuicio de la inexistencia. Aquí se utiliza la calificación de nulidad absoluta recogida por el *Código Civil* chileno para aquella que es la consecuencia de omitirse los requisitos de formación del negocio jurídico. Incluso en el Derecho chileno hay quienes propician una división "bimembre" de la nulidad. Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

² La nota es la siguiente: "Par tous ceux qui ont interet. Es preciso, con todo, exceptuar el caso en que se trata de causa ilícita *ex una tantum una parte*. No puede demandarse la nulidad por aquél *ex cuius parte turpitudo versatur*, porque sería preciso que alegase su propia inmoralidad. Asimismo, *si turpitudo versatur ex utraque parte*, ninguna de las partes puede demandar la nulidad. Pero tampoco ninguna de ellas puede demandar la ejecución".

³ Por lo demás la nota de Vélez Sarsfield señala que está tomado del *Código* de Chile, art. 1683. Hay una diferencia de redacción porque el artículo argentino dice "por todo los que tengan interés en hacerlo".

obligaciones, propone un artículo 1129-2 de redacción muy similar a la de nuestro art. 1683⁴.

Se concilian así los intereses y valores en presencia, porque por una parte, debe mantenerse la autoridad de la regla obligatoria y, por otra, cuando se trata de terceros a un acto, no debe admitirse la inmixción de ellos, sino cuando se afectan sus derechos. Tanto es así, que el principio general es que los acreedores no pueden intervenir en las decisiones económicas de su deudor y éste puede desprenderse de sus bienes, en la medida en que con ello no afecte su solvencia. Al exigir que el que acciona de nulidad tenga un interés en ella, se impide que el derecho de crítica que aquella lleva envuelto, adquiera las formas de una acción popular. Por ello, ha podido afirmar la Corte de Santiago que

“la nulidad absoluta impetrada no constituye una acción popular, protectora de intereses difusos de la comunidad o de cualquier ciudadano, sino que -cuando no aparece de manifiesto en el acto o contrato, no es requerida su aplicación por el ministerio público, en el sólo interés de la moral o de la ley- exige que quien la alega tenga interés en ello, por así disponerlo el art.1683 del Código Civil”⁵.

542

Por otra parte, en la nulidad se confunden exigencias y elementos de fondo, con requisitos procesales pedidos por toda acción. Bien destacaba Pierre Raynaud que:

“ Si, en efecto, la nulidad de un contrato puede ser invocada por todo interesado, cuando ella es absoluta, y, con razón más fuerte, de orden público, la acción de nulidad supone las condiciones generales de toda acción judicial y es por lo que tradicionalmente se exige del demandante de nulidad, un interés protegido por el derecho”⁶.

Así entonces, si los fundamentos de nulidad absoluta, que son la protección de la ley, el orden público y la moral, desde un punto de vista substantivo llevarían a otorgar un amplio derecho de crítica del acto viciado, las exigencias procesales limitan a los particulares que quieran hacerlo para admitir sólo a quienes invoquen un interés jurídicamente protegido para accionar, exigencia que traduce el conocido brocardo “sin interés no acción”. Esta exigencia no sólo se da en el caso de la nulidad de actos patrimoniales. La ley procesal, en

⁴ Art. 1129-2: “La nulidad absoluta puede ser invocada por toda persona que justifique un interés, así como por el Ministerio Público; también puede ser pronunciada de oficio por el juez”. (inc. 1).

⁵ Corte de Santiago, 2 de diciembre 1999, *RDJ*, tomo 96, Santiago, sec. 2ª, p. 107.

⁶ Pierre Raynaud, nota a la sentencia de Trib. Civ. Seine 19 de junio 1957, D. 1958, 67.

cuanto se refiere a la nulidad de los actos procesos exige que el que la pida ha de hacerlo porque ella importa un vicio que le irroga “un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad” (art. 83 del *CPC*).

Sin embargo, como bien escribe un autor, “la noción de interés para actuar es sin duda, una de las más difícil para delimitar”⁷. La ley no ha precisado en qué debe consistir ese interés, ni cuáles son sus condiciones.

En las notas que siguen, se examinará el modo en que tal titularidad ha sido comprendida por la doctrina y la jurisprudencia chilenas.

Habrá que tenerse en cuenta que la concepción que sobre la nulidad existe en el Derecho Civil chileno es la más tradicional y que la concibe como una sanción impuesta por el ordenamiento por la falta de requisitos exigidos por la ley para la formación del negocio⁸, por lo cual la nulidad tiende a confundirse con el derecho a impetrarla, es decir, con la acción de nulidad, reconocida como un derecho para atacar el acto, transformándose en un verdadero derecho de crítica del negocio más o menos ampliamente conferido, según cual sea el interés protegido por la norma que ha sido transgredida y adquiriendo así un marcado carácter procesal⁹ como ya se dijo, lo que determina la particular importancia que reviste el análisis de la titularidad de la acción.

Tratándose de la nulidad absoluta, son titulares de la acción los que tienen interés en su declaración, entre los que, evidentemente, están las partes del negocio, titulares por excelencia y a quienes se supone ser los primeros y normalmente únicos interesados en pedirla; pero aun así, siempre que demuestren el interés en la declaración y se den los demás requisitos a que se aludirá. Pero no son ellas los únicos titulares, de modo que dándose el requisito del interés, cualquier tercero, haya o no sido parte del negocio puede solicitar la declaración¹⁰ y en especial los acreedores del deudor, a quienes la ley dota, según la feliz expresión de un autor de un “derecho de vigilancia”¹¹ sobre el patrimonio del deudor y que no queda reducido a la sola acción pauliana, sin que, sin embargo, nuestro *Código* les haya dotado de un derecho de accionar que les sea propio, sino en cuanto aduzcan el interés en la declaración

543

⁷ Jean-Luc AUBERT, “Le droit pour le créancier d’agir en nullité des actes passés par son débiteur (un aspect particulier de la théorie générale des nullités)”, in *Rev. Trim. De Droit Civ.*, 1969, N° 14, p. 701.

⁸ Así, Arturo ALESSANDRI BESA, *La nulidad y la rescisión en el Derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, N° 1.

⁹ Sobre la crítica a esta concepción, Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1992, N° 355 y ss.

¹⁰ La jurisprudencia chilena admite desde antiguo la acción de terceros, por ejemplo, Corte Pedro Aguirre Cerda, 13 junio 1989, *RDJ*, tomo 86, 1989, sec. 2ª, p. 49; Corte Santiago, 21 agosto 1931, *RDJ*, tomo 39, 1934, sec. 1ª, p. 37.

¹¹ AUBERT (n. 7), p. 693.

de nulidad del acto¹². Y es con respecto de tales terceros que la cuestión del interés para accionar es más relevante, ya que difícilmente podría darse una situación en que alguna de las partes no tenga interés en la declaración así no sea porque les interese atajar, desde ya, una eventual acción de cumplimiento¹³, interés bastante para sustentar la acción de nulidad. Pero no ocurre lo mismo con los terceros y, entre ellos, los acreedores, pues la relatividad de los contratos determina que no sea común que existan terceros dotados de la acción de nulidad, de forma que si piden la nulidad habrán de demostrar porqué se inmiscuyen en una relación jurídica que no les compete y que, normalmente, no les afecta.

2. Naturaleza del interés

Escribe el profesor Christian Larroumet, luego de recordar que no sólo las partes pueden alegar la nulidad absoluta, sino todo el que tenga interés en ello, que

“es evidente que este interés sea un interés legítimo y que sea también un interés pecuniario, puesto que estamos en materia de derechos patrimoniales” y agrega “Un interés moral no bastaría”, y así “el hijo del vendedor de un inmueble no sería admitido de modo alguno a invocar la nulidad absoluta de la venta, viviendo su padre, aduciendo el solo interés de que el inmueble no salga del patrimonio de su padre por razones de orden afectivo, porque trata que el inmueble siga dentro de la familia”¹⁴.

Esta doctrina puede ser aplicada sin más al Derecho chileno, desde que, aunque el art. 1683 no señala el carácter del interés en que debe asilarse el peticionario, la doctrina nacional y la jurisprudencia han precisado siempre que tal interés debe ser patrimonial¹⁵. Se ha llegado a resolver que:

¹² En su clásica tesis R. Japiot sostenía que los acreedores tenían un derecho propio para demandar la nulidad, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Dijon, 1909, p. 588. Entre nosotros, el derecho a pedir la nulidad les es propio; pero no por ser acreedores, sino en la medida en que tengan interés en ello.

¹³ Así, GUELFUCCI-THIBIERGE (n. 9), N° 558.

¹⁴ Christian LARROUMET, *Droit Civil*, 5ª ed., Paris, Ed. Economica, 2003, tome 3: Les Obligations. Les Contrats, N° 552.

¹⁵ Así, Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Santiago, Nascimento, 1939, tomo XII, N° 1926; ALESSANDRI BESA (n. 8), N° 600; RODRIGUEZ GREZ (n. 1), p. 210; Carlos DUCCI CLARO, *Derecho Civil*, 4ª ed. Santiago, 1995, Parte general, p. 339; J.A. Varas B., “El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil”, en *Actualidad Jurídica*, N° 9, Santiago, Universidad del Desarrollo, 2004, p. 197 y ss., aunque con

“Para la ley lo único que justifica poner en movimiento la jurisdicción y atacar un acto presuntivamente válido es el provecho o perjuicio económico que de ello se sigue”¹⁶.

Por nuestra parte, no vemos justificación en esa limitación y hace ya años, la discutimos¹⁷. En efecto, no existe autor alguno que no fundamente la nulidad absoluta en la defensa de intereses superiores. Luis Claro Solar decía al respecto que:

“importa ella un vicio tal y de tanta gravedad que hallándose comprometida, en la contravención a los preceptos legales que establecen los requisitos a que debe someterse el acto o contrato realizado, la moralidad y el prestigio mismo de la ley”

se confiere el derecho a impetrarla a todo el que tiene interés en ella, además del Ministerio Público y el propio juez quien debe declararla de oficio si aparece de manifiesto en el acto¹⁸. Y si es así, no se comprende en verdad porqué, cuando es un particular el que la pide, el interés que debe invocar ha de limitarse al de carácter económico, como si los intereses morales y extrapatrimoniales no hubiesen tener también una protección eficaz. Si en otros ámbitos del Derecho Civil, como sucede, incluso, en la responsabilidad contractual, terreno propio de los intereses económicos, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia actual se acepta la reparación también del daño moral, no se observa el porqué la razón de negar aquí, la protección de intereses de igual naturaleza, y que de aceptarse, harían guardar a las normas sobre nulidad armonía con la función moralizadora que debe cumplir el derecho sancionador.

Se ha esgrimido, para la doctrina tradicional, la historia del art. 1683. En efecto, en el proyecto de 1842, el art. 3 del título XIX decía: “...puede alegarse por todo el que tenga un interés pecuniario en ello...”, redacción que se repetía en los proyectos de 1847, art. 187 y 1853, art. 1866; pero que no pasó

el matiz de entender que basta sostener el interés en una simple situación jurídica lícita y no un derecho subjetivo lesionado). La exigencia de la patrimonialidad del interés es constante en las sentencias, por ejemplo Corte Suprema, 9 de mayo de 2002, autos rol civil 1146-01; 17 de mayo de 1990, *Gaceta Jurídica*, N° 119, 1, p. 17; 24 de agosto de 1989, *Fallos del Mes*, 369, N° 8, p. 444; 2 de abril de 1941, *RDJ*, tomo 39, 1944, sec. 1ª, p. 37; 19 julio 1938, *RDJ*, tomo 36, 1941, sec. 1ª, p. 104; Corte Miguel, 10 de marzo de 2008, autos rol 1440-07; Corte Concepción, 15 de septiembre de 2005, rol civil 3369-03; Corte de Santiago, 15 de diciembre 1995, *RDJ*, tomo 92, 1995, sec. 2ª, p. 151, etcétera.

¹⁶ Corte Santiago, 9 de octubre de 2003, *RDJ*, tomo 100, 2003, sec. 2ª, p. 118.

¹⁷ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, N° 152.9,

¹⁸ CLARO SOLAR (n. 15), tomo XII, N° 1923.

a la redacción definitiva, porque la Comisión Revisora habría preferido la redacción de Delvincourt, a quien se siguió en la materia, según no manifiesta la nota de Andrés Bello al proyecto inédito a que ya hemos aludido. Pero la invocación del argumento histórico resulta siempre curioso entre nosotros. A veces, para fundar una cierta interpretación, se sostiene que la historia del establecimiento de la norma demuestra que el legislador cambió de criterio, lo que se prueba por la supresión de ciertos términos en la redacción final que se contenían en las precedentes y en otras, como aquí, para fundar la exigencia patrimonial del interés, se alude a que así se previó en redacciones precedentes, aunque ello no haya pasado a la definitiva. Justamente, para uno de nuestros más eminentes historiadores del *Código Civil*, el cambio operado en la redacción del artículo 1683 demuestra la voluntad de Andrés Bello de eliminar la exigencia de la patrimonialidad del interés, precisamente en razón de los fundamentos de la nulidad¹⁹. Por otra parte, la invocación a Delvincourt no agrega nada al argumento puesto que este autor se limitaba a exigir que el que alegase la nulidad tuviese interés, sin otra distinción. Para nosotros, lo esencial es que si el fundamento de la nulidad es la protección de intereses superiores, en especial la moral y la ley, no nos parece que la limitación sólo a los intereses pecuniarios guarde armonía con tal fundamento y llegándose, con el criterio opuesto, a soluciones que, precisamente, permiten hacer inatacables actos que ofenden directamente la moral y la ley, desde que si la defensa de estos intereses queda a cargo del solo ministerio público, no habrá de olvidarse que éste actúa en segunda instancia y que el juez nada más puede hacer la declaración de nulidad de oficio si ella aparece de manifiesto en el acto o contrato²⁰. En el Derecho Comparado, no es infrecuente que no se haga la distinción entre un interés patrimonial o uno moral a efectos de demandar la declaración de nulidad²¹.

¹⁹ Es lo que sostiene Alejandro Guzmán Brito, en estudio hecho a solicitud del profesor Jorge López Santa María y citado en el artículo de éste "¿Tiene interés para alegar la nulidad absoluta de unas compraventas el hijo mayor que, basado en la demencia del vendedor, acciona contra sus padres y hermanas?", en *RDJ.*, tomo 86, 1989, primera parte, p. 7 y ss.

²⁰ En el mismo sentido que defendemos, LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 19). El profesor López pone el caso claro del hijo que ve a su padre demente desprenderse de un bien importante y que, con el criterio del interés patrimonial no podría demandar la nulidad absoluta del acto. En el mismo sentido, Rodrigo BARCIA LEHMANN, *Lecciones de Derecho Civil chileno. El acto jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 131.

²¹ "El demandante de nulidad absoluta debe pues justificar un interés jurídico particular, personal, pudiendo ser pecuniario o moral" dice GUELFUCCI-THIBERGE (n. 9), N° 558. En el mismo sentido, A. PONSARD y P. BLONDEL, *Encyclopédie Dalloz. Nullité*, Paris, Dalloz, N° 64. En la doctrina italiana y a propósito del art. 1421 del *Código Civil*, exige sólo que se invoque un interés jurídico. Así, Cariota FERRERA, *El negocio jurídico*, ed. española, Madrid, 1956, p. 282, y en el Derecho argentino se habla de un "interés legítimo" a propósito del art. 1047 del *Código*

Agreguemos, por último, que no todos los contratos requieren tener un objeto exclusivamente patrimonial, habiéndose superado hace ya tiempo la exigencia de la patrimonialidad de la prestación y, entonces, si la prestación envuelta en él no tiene carácter patrimonial no son susceptibles de crear insolvencia del deudor, de modo que difícilmente podría imaginarse una acción de nulidad en ellos, invocando un interés exclusivamente pecuniario, lo que conduciría a que la posible acción de nulidad no tendría titulares. Piénsese, por ejemplo, en un mandato gratuito en el que el negocio encargado no es interés económico para el mandante. Por otra parte, como es sabido, la nulidad puede generar una acción de responsabilidad²² y ésta puede conducir a la reparación de daños no patrimoniales, con lo cual resulta que, para demandar la nulidad se requiere de un interés exclusivamente económico; pero en las consecuencias de la nulidad, se puede llegar a la compensación de intereses no patrimoniales.

En la ley de matrimonio civil (ley N° 19.947), el art. 46 e) confiere titularidad de la acción de nulidad del matrimonio por impedimento de parentesco o de delito de homicidio a "cualquier persona, en el interés de la moral o de la ley", mientras el art. 34 de la antigua ley de 1884 lo concedía de modo más amplio en cuanto a las causales a "las personas que tengan actual interés en ella", interés que la doctrina y jurisprudencia exigían fuese patrimonial²³. Hoy, sólo se acepta invocar un interés moral o legal y no interés pecuniario, según se dejó expresa constancia en la historia de la ley²⁴, cuestión curiosa, desde que si hay un contrato en el que menos amplitud deben tener los terceros para inmiscuirse es el matrimonio.

En todo caso, el *interés debe ser personal* del que demanda y no bastaría fundarse en la defensa de la moralidad general, si el acto supuestamente nulo no afecta intereses concretos del actor, ya que la ley no ha establecido una acción de clase o popular. Para cautelar los intereses sociales se ha dispuesto la declaración de oficio por el juez y la obligación impuesta al Ministerio Público de cautelar tales intereses en el mismo art. 1683. Entonces, la nulidad está dispuesta no para proteger un interés individual, sino el interés colectivo, de modo que, en el caso de terceros, si estamos por admitir que el interés que permita accionar no sea exclusivamente patrimonial, es sobre la base de que

Civil, tomado, según Vélez, del art. 1683 del *Código de Chile*, Así, Santos CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986, N° 347.

²² Sobre la distinción entre ambas acciones, nuestro comentario con Ramón Domínguez Benavente a sentencia francesa de Cass. Civ. 18 de octubre de 1994, *Revista de Derecho*, N° 197, Concepción, Universidad de Concepción, 1995, p. 217.

²³ Por todos, René RAMOS P., *Derecho de Familia*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003 tomo 1, N° 85.

²⁴ Sobre ello, Javier BARRIENTOS GRANDON y Aránzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Santiago, LexisNexis, 2004, p. 457.

él tenga relación estrecha con el actor y no sea una simple voluntad de erigirse en tutor del interés colectivo, que para ello están los otros titulares.

Y resulta evidente que habrá situaciones en que sólo un interés patrimonial podrá ser invocado, como es el caso de los acreedores de las partes, pues no se concibe que pretendan la nulidad de un acto celebrado por su deudor, sino porque aquél afecta la solvencia de éste.

Con todo, el interés habrá de tener una *relación estrecha con la causa de la nulidad*, de modo que no bastaría la simple constatación de un perjuicio para que la acción sea exigible²⁵; y consistirá siempre en que el actor tiene una situación jurídica que es contraria o al menos incompatible o inconciliable a la que ha creado el negocio cuya nulidad se pretende²⁶. El que pide la nulidad, dice la Corte Suprema, "ha de tener un derecho subjetivo o una situación jurídica reconocida que se vea amenazada por la realización del contrato nulo"²⁷. Si se trata de alguna de las partes del acto, lo que ésta pretende es que no se cumpla en su contra el negocio atacado y si son terceros, que el acto no ofenda o perjudique su situación jurídica lícita existente y es por ello que exige que el acto sea destruido.²⁸ De aquí que se admita a los acreedores de la parte deudora a actuar como titulares de su propio interés, en la medida en que el acto atacado pone en riesgo la solvencia de ésta. Los acreedores, por ese solo hecho, no son titulares de la acción de nulidad, pues ningún acto del deudor podrá afectar la existencia misma del derecho de crédito en virtud del efecto relativo de los contratos que consagra el art. 1545 del *Código Civil*. Es sólo si el acto impugnado ha afectado la solvencia del deudor que ellos podrían aducir un interés personal para accionar, en términos que únicamente con la nulidad del acto impugnado puedan recuperar el medio de cobrar su acreencia, pues si no es así, aunque el patrimonio del deudor se reduzca, el simple hecho que ello afecte la posible eficacia del crédito no bastará como interés alegable²⁹.

Se produce en la acción de nulidad intentada por "el que tiene interés en ella", una confrontación entre la situación jurídica propia con el interés servido por acto nulo. Debe existir entonces una lesión para el actor y que éste invocará como interés para alegar la nulidad; pero también una relación entre ésta y la causa de la demanda.

En suma, la causa de su acción es el vicio del acto atacado; pero el interés para accionar se encuentra en la conservación o recuperación de la situación

²⁵ Así, AUBERT (n. 7).

²⁶ GUELFUCCI-THIBIERGE (n. 9), N° 558.

²⁷ Corte Suprema, 20 de agosto de 2007, autos rol civil 3770-04.

²⁸ Como si el acto produjo la pérdida de un bien: Corte de Talca, 5 de diciembre de 1935, *RDJ*, tomo 34, 1937, sec. 2ª, p. 33; o si la nulidad determina una restitución *in integrum*, Corte Suprema, 7 de junio de 1957, *RDJ*, tomo 54, 1960, sec. 1ª, p. 92.

²⁹ Para un examen acabado del interés del acreedor en pedir la nulidad, AUBERT (n. 7), esp. N° 15 a 19.

jurídica lícita y cierta que el negocio cuya nulidad se pretende ofende. No es la invalidez del acto la que ofende el derecho ajeno, evidentemente, sino, precisamente, la conservación del acto y es por ello que el actor tiene interés en atacarlo, desde que el negocio ha creado un estado contrario al derecho o situación que se quiere defender. Objeto del interés y causa de la acción de nulidad son, pues cuestiones diversas.

"Todo el que tenga interés en ello": no interés en la nulidad, por salvaguardar la ley y sus exigencias, sino interés en que el acto inválido desaparezca jurídicamente, para que no se afecte o deje de afectar la situación jurídica lícita que tiene el actor.

Por último, el interés habrá de ser *cierto y no meramente eventual o hipotético*. Una mera expectativa no basta para demandar la nulidad absoluta de un negocio y así, la posibilidad de llegar a ser heredero no sirve como interés fundante de la acción³⁰. Pero puede resultar de una mera relación de parentesco, como ocurre en variadas situaciones de nulidad testamentaria, casos en los que la determinación de dicho parentesco puede formar parte del debate mismo envuelto en la acción de nulidad sin que por ello se convierta en una acción diversa³¹. Se ha sostenido que un hijo que ve mermar la fortuna paterna por actos de disposición viciados por simulación, podría intentar la nulidad de ellos basado en que ellos ofenden su interés en suceder, sin que al respecto haya de exigirse que se aduzca un derecho subjetivo³²; pero nos parece que la mera existencia de una posibilidad de suceder, como se ha resuelto, según se acaba de señalar, no constituye un interés actual y cierto que una nulidad pueda satisfacer. Para atacar tales actos la ley ha dispuesto de una sanción específica, como es la acción proveniente de las donaciones inoficiosas que atentan contra la legítima (art. 1187)³³; pero en ese caso, la acción nace precisamente cuando el interés consiste en un derecho ya nacido, como es a la legítima, fallecido que sea el padre. Es por ello que no podemos aceptar lo resuelto por la Corte de Santiago en una antigua sentencia en cuanto no pueda desconocerse el interés personal que asiste a una hija legítima y heredera de una de las partes del contrato nulo, para accionar de nulidad del mismo

"ya que en virtud de dicha declaración volverían los bienes al acervo de la sociedad conyugal que se había formado entre sus padres y, de aceptar la herencia de su padre, heredaría parte de esos bienes"³⁴.

³⁰ Corte Suprema, 24 de agosto de 1989, *Fallos del Mes*, N° 369, N° 8, p. 444. Sobre el interés y la mera expectativa, Corte Concepción, 3 de octubre fr 1924, *RDJ*, tomo 29, 1932, sec. 1ª, p. 250.

³¹ Así, por ejemplo, en Corte Suprema, 27 de junio de 1994, *RDJ*, tomo 91, 1994, sec. 1ª, p. 57.

³² Así, VARAS B. (n. 15).

³³ Sobre esa acción, Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Derecho Sucesorio*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo 2, N° 983,

³⁴ Corte Santiago, 29 de noviembre de 1960, *RDJ*, tomo 57, 1960, sec. 2ª, p. 97.

Por el contrario, más exacta es la decisión de la Corte Suprema que exige al heredero para accionar como tal, haber obtenido el reconocimiento mediante la posesión efectiva, sin que baste la aparente calidad de tal, por no aducirse un interés actual y cierto³⁵ y ello, aunque llegare a sostenerse que tratándose un legitimario, éste tiene un derecho a la posible legítima en vida³⁶, porque ello es así; pero a condición, ello no implica de conferir al posible legitimario que es aún un futuro heredero y, por lo mismo sujeto a condición de existir al fallecer el causante, un derecho a objetar los actos de su padre por nulidad, ya que ese interés no es cierto³⁷.

3. El interés debe ser alegado y probado

La doble exigencia es lógica. Es el interés en la declaración de nulidad el que confiere el poder de criticar al acto y que justifica que se accione. No basta entonces con aducir la causa que lleva a sostener la nulidad del negocio, que es la pretensión del actor, sino que es preciso señalar al tribunal, la razón por la cual se quiere impedir su subsistencia y producción de efectos. Viene bien aquí recordar el adagio "sin interés no hay acción" que, en este especial caso, requiere de un interés preciso que es el que confiere el derecho de crítica del negocio y, por lo mismo, debe ser precisado en su demanda por quien pretende la nulidad, desde que, siendo un requisito para la legitimación, no puede ser supuesto ni completado por el juez y luego, ha de ser acreditado por los medios legales, durante el curso del juicio. Así se ha resuelto por los tribunales nacionales y lo entiende la doctrina³⁸. Lo mismo se ha resuelto a propósito de la demanda de nulidad de una concesión minera, al amparo del art. 97 del *Código de Minería*³⁹. Esa demostración del interés invocado será tanto más necesaria, porque la validez del negocio ha de ser siempre preferida, en caso de dudas, a la nulidad en virtud del principio de utilidad y conservación del negocio. La doctrina del *favor negotii*, según un autorizado doctrinador, está encaminada a:

³⁵ Corte Suprema, 30 de octubre de 2003, *RDJ.*, tomo 100, 2003, sec. 1ª, p. 217.

³⁶ En efecto, el derecho del legitimario entre nosotros, se reconoce en vida del causante, como resulta de varias disposiciones como los arts. 1200, 1204, 1463, sobre lo cual véase DOMÍNGUEZ BENAVENTE y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (n. 33), tomo 2, N° 929.

³⁷ No obstante lo cual la Corte de Santiago en sentencia de 5 de agosto de 2004, aceptó que el legitimario tiene en vida interés en alegar la nulidad de un contrato celebrado por su padre, autos rol civil 3219-99.

³⁸ El interés ha de acreditarse idóneamente y si se funda en un dominio existente, éste debe probarse, resuelve la Corte de Concepción, 15 de septiembre de 2005, rol civil 3369-03. En el mismo sentido, Corte de Valdivia, 14 de junio de 2007, rol civil 225-07. Para la doctrina, ALESSANDRI BESA (n. 15), N° 605; DUCCI CLARO (n. 8), p. 339; BARCIA L. (n. 20), p. 132.

³⁹ Corte de La Serena, 5 de septiembre de 1989, autos rol civil 14.290.

"salvar en la medida de lo posible el intento práctico de las partes, para que su voluntad no quede del todo frustrada⁴⁰ y también" "la actividad negocial debe poder mantenerse en vigor lo más posible, con objeto de la realización del fin práctico perseguido"⁴¹,

de lo que se sigue que la nulidad ha de ser siempre un resultado excepcional y que sólo se exige cuando resulta necesaria para preservar otro interés superior al fin práctico perseguido por las partes del negocio. No se admite "la nulidad por la nulidad", es decir, por la sola existencia de un vicio o anomalía con el solo fin de observar una regla, si ello ha de traducirse en un fin práctico de defensa del interés afectado por el negocio nulo. Es sólo en el caso de negocios prohibidos por la ley que la sanción natural será la nulidad; pero aun entonces siempre y cuando la ley no haya previsto otra sanción (art. 10). Por otra parte, deberá siempre recordarse que el negocio jurídico aún objetado en su validez, tiene siempre una eficacia provisional hasta mientras no se declare la nulidad en sentencia final. De aquí, entonces, que para destruir la validez normal del acto se requerirá, si la alegación la hace un particular, que para él tenga interés acreditado. A ellos se les confiere el derecho a pedirla, porque siendo el negocio inválido, les beneficia la nulidad y ese beneficio debe ser alegado y demostrado al juez cuya resolución ha de preferir, en caso contrario, el de mantener la validez del negocio.

4. Interés actual

Que el interés deba ser actual es una afirmación que se encuentra en todos cuantos tratan de la acción de nulidad. Mas la cuestión que ha merecido respuestas es la pregunta: ¿actual cuando? ¿En la hora de ahora al deducir la acción?

No cabe dudas que el interés ha de existir al tiempo en que se deduzca la acción. El principio "sin interés no hay acción" exige que éste exista al tiempo de accionar, pues si entonces no existiera interés alguno en alegar la nulidad, aunque alguno hubiere existido antes, la acción debería ser desestimada, ya que la declaración de nulidad no cumpliría, al tiempo de la sentencia, fin práctico alguno para satisfacer el interés exigido.

Pero si ese extremo es de fácil y lógica respuesta, no lo es el determinar si bastaría un interés existente sólo al tiempo de accionar y que hubiere nacido después de la celebración del negocio que ha infringido la ley. En efecto, la lectura de la jurisprudencia revela soluciones dispares en el tiempo.

⁴⁰ J.L. DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, Madrid, 1987, p. 586.

⁴¹ L. CARIOTA FERRERA, *El negocio jurídico*, edición en español, Madrid, 1956, N° 94, p. 326. En el mismo sentido, LINA BIGLIAZZI GERI, UMBERTO BRECCIA, FRANCESCO BUSNELLI y UGO NATOLI, *Derecho Civil*, edición en español, Bogotá, U. Externado, 1995, tomo 1, vol. 2, N° 19, p. 1.027.

Así, una clásica sentencia de la Corte de Santiago, comúnmente aludida al tiempo del examen del interés en la acción de nulidad absoluta, había dicho que:

"Tampoco obsta a que los herederos puedan ejercitar la acción de nulidad absoluta, el hecho de que su interés nazca en el momento de morir el causante, y que no lo hayan tenido antes. La ley no señala plazo o época determinada en que debe producirse ese interés; sólo exige que se le tenga en el momento de alegar la nulidad absoluta"⁴²

afirmando su solución en lo que se pretende sea la doctrina sustentada por un doctrinador que, curiosamente afirmaba cosa diversa⁴³. La Corte Suprema, por su parte, más recientemente⁴⁴, rechaza la casación en el fondo deducida en contra de la sentencia de la Corte de Concepción⁴⁵ que resolvió cosa semejante. El recurso afirmaba precisamente la sentencia de segunda instancia incurría en error de derecho

"al razonar que el actor tiene interés para solicitar la nulidad, en circunstancias que dicho interés nació después del acto cuya nulidad se pretende, resolviendo la sentencia, equivocadamente, que el interés debe existir al tiempo de imputarse la nulidad y no al tiempo de celebrarse el acto o contrato viciado".

552

Y lo rechaza entendiendo que la Corte de segundo grado había analizado rectamente el interés. Ha podido resolver también la Corte Suprema que los herederos de un contratante pueden instar por la nulidad mientras ésta no sanee por el lapso de diez años que exige el art. 1683

"y aún cuando a la época de su celebración hayan carecido del interés respectivo, con tal que al momento de deducir la demanda efectivamente lo tengan, y no se satisfaga sino con la anulación del acto"⁴⁶.

⁴² Corte de Santiago, 11 de septiembre de 1958, *RDJ.*, tomo 58, 1961, sec. 2ª, p. 21, cons. 53 (a la p. 41).

⁴³ En efecto, la sentencia cita en su apoyo a ALESSANDRI BESA (n. 8), N° 1 600, 607 y 651. Mi padre que era un lector empedernido de la jurisprudencia, en el ejemplar de la revista que mantenemos en nuestra biblioteca, escribió con su letra lo siguiente: "No dice así el autor que se cita. 'Por consiguiente, el que alega la nulidad absoluta debe tener interés en ello, en el momento mismo en que se ejecuta el acto o se celebra el contrato en que se comete la infracción...', p. 553, final". De lo que resulta que aún los sentenciadores no siempre citan rectamente la doctrina en que se afirman.

⁴⁴ Corte Suprema, 11 de abril de 2001, *RDJ.*, tomo 98, 2001, sec. 1ª, p. 73

⁴⁵ Corte de Concepción, 30 de noviembre de 1999, referida en la sentencia de la nota previa.

⁴⁶ Corte Suprema, 25 de enero de 2001, *RDJ.*, tomo 98, 2001, sec. 1ª, p. 39. El redactor de la revista agrega la siguiente nota: "Esta jurisprudencia —acertadamente— termina con la errónea

No hay allí sino la común alusión al argumento interpretativo de la no distinción, que como todos los aforismos y brocardos son peligrosos, pues al decir de un ilustre autor, son cómodos: evitan de tener que reflexionar⁴⁷ y aquí no parece ser tan complejo el decidir que no podría bastar un interés nacido luego de la celebración del acto cuya nulidad se pide. En efecto, como ya se dijo, lo que habilita a pedir la nulidad absoluta es la alteración que el negocio viciado produce en una situación o derecho existente y que es lesionado por aquél. El fin perseguido por el actor es de carácter subjetivo y no puede confundirse con la finalidad de la acción, que es objetiva y pretende restablecer la legalidad quebrantada⁴⁸. Aquel fin es el de proteger un derecho o interés suyo afectado por el acto nulo. Si el interés naciera cuando ya existía el negocio inválido, éste no afectaría tal interés, desde que ya existía cuando éste nace y entonces, el demandante habría debido tomar la realidad tal cual era, es decir, con la existencia del acto precedente. Es el contrato nulo el que con su existencia va introducir una alteración o privación contra la cual se defiende el titular mediante la alegación de la nulidad del acto perjudicial. Por ello, se ha podido señalar que:

"el que alega la nulidad absoluta debe tener interés en ello en el momento en que se ejecuta el acto o se celebra el contrato en que se comete la infracción que acarrea su nulidad. Si ese interés se manifiesta posteriormente, como consecuencia de actos efectuados después de la celebración del acto o contrato nulo, debe rechazarse la petición de nulidad"⁴⁹.

553

Es en este sentido que la jurisprudencia es mayoritaria. Y se ha resuelto que el interés que debe acreditar quien pretende la nulidad

"ha de existir al tiempo de producirse el vicio correlativo, es decir, que sea coetáneo y no posterior a su verificación, porque sólo de esa manera se produce la necesaria conexión entre ese interés y el vicio que se arguye"⁵⁰.

interpretación, muchas veces sostenida, en el sentido que el interés debía existir al tiempo de la celebración del contrato de cuya nulidad absoluta se trata. La sana doctrina sentada, enfatiza la idea en orden a que el interés debe existir al deducirse la demanda y, pensamos, al dictarse la sentencia". Como se indica en el texto y notas siguientes, esa "sana doctrina" no duró mucho en la Corte Suprema, afortunadamente.

⁴⁷ Denis TALLON, "Prólogo" a la tesis de Gilles Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris 1969.

⁴⁸ Sobre la distinción entre la finalidad de la acción de nulidad y el fin de nulidad misma, GUELFUCCI-THIBIERGE. (n. 9) N° 378.

⁴⁹ ALESSANDRI B. (n. 8), N° 602.

⁵⁰ Corte Suprema, 9 de mayo de 2002, autos rol civil 1146-01, en *Revista de Derecho*, N° 211, Concepción, U. de Concepción, 2002, p. 269, comentario Ramón Domínguez Aguila. Esta sentencia, curiosamente fue redactada por el mismo ministro que había redactado la citada en la n. 44, con lo cual la idea de "jurisprudencia" resulta dudosa entre nosotros.

Se ha resuelto también que un provecho económico sobreviniente no bastaría, pues el interés debe ser coetáneo a la celebración del acto nulo, no pudiendo ser un elemento sobreviniente que se incorpora después del perfeccionamiento del acto viciado⁵¹, como sería el caso de un conflicto económico producido entre las partes posterior en el tiempo a un contrato que luego una de ellas impugna en su validez. Del mismo modo, no puede demandar la nulidad de un contrato de sociedad

“quien no tenía un derecho subjetivo o una posición jurídica reconocida que se vea amenazada por la realización de dicho contrato, de suerte que no ha sufrido perjuicio con el acto aparente ya que no existía el interés, como se exige, al tiempo en que se habría producido la infracción motivante de la nulidad, de modo que el actor carece del requisito de procesabilidad necesario para accionar”⁵²

y ello “porque el interés ha de tener origen en la celebración del acto o contrato nulo”⁵³. Tal es la jurisprudencia actual, mas no habrá de olvidarse que, como escribe un autor, con adecuado humorismo,

“la jurisprudencia constante es, al mismo título que el autor eminente o el crujido siniestro, una de esas expresiones hechas sobre las cuales uno olvida de interrogarse”⁵⁴.

554

Es ésta la solución adoptada por el *Código de Minería* a propósito de la nulidad de una concesión minera. El art. 97 dice que:

“Cualquiera persona que tenga interés actual podrá pedir la nulidad de una concesión minera, con exclusión de su dueño, fundada en alguna de las causales establecidas en el artículo 95”

y el inciso segundo agrega:

“Para estos efectos, se entiende que el interés es actual cuando éste existía al momento en que se produjo el vicio en que se fundamenta la acción de nulidad y, además, subsiste a la fecha en que se interpone dicha acción”.

⁵¹ Corte de Santiago, 20 de abril de 2004, *RDJ*, tomo 101, 2004, sec. 2ª, p. 23. En el mismo sentido, Corte de San Miguel, 10 de marzo de 2008, autos rol civil 1440-07; Corte de Valdivia, 14 de junio de 2007, autos rol civil 225-07.

⁵² Corte Suprema, 20 de agosto de 2007, autos rol civil 3770-04.

⁵³ Corte de Santiago, 9 de octubre de 2003, *RDJ*, tomo 100, 2003, sec. 2ª, p. 118

⁵⁴ Philippe JESTAZ, “La jurisprudence constante de la Cour de Cassation”, in *Autour du droit civil. Ecrits dispersés, idées convergentes*, Paris, LGDJ, 2005, p. 113.

5. El interés y las facultades del juez

De lo que se ha venido afirmando, resulta que la acción de nulidad absoluta, en sus caracteres, como ya hemos insistido antes, se mezcla con los requisitos procesales. La exigencia del interés, fundada en el principio “sin interés no hay acción” no es una mera cuestión de hecho que, para su examen requiera necesariamente ser propuesta por las partes del litigio. Ello será lo normal; pero aun en ausencia de ello, si el interés para alegar la nulidad es un requisito que se relaciona con la titularidad de la acción, es decir, con la procedencia de la misma, es una cuestión que los jueces deben examinar, aunque las partes no hayan hecho observación o alegación al respecto. Desde antiguo la jurisprudencia nacional ha entendido que los requisitos de procedencia de la acción han de ser examinados por el juez, aunque las partes no se hayan referido a ello, y sin que el hacer tal examen implique fallar *ultra petita*. Los presupuestos de la acción deben ser examinados de oficio por el juez⁵⁵, puesto que éstos son circunstancias anteriores a la decisión del juez sin las cuales éste no puede acoger la demanda o la defensa. Y para ello no se requiere de alegación de parte, porque no está en las facultades del magistrado atribuirse una competencia que la ley no le ha dado, y dotar a los litigantes de una capacidad de que la ley les ha privado, atribuirles calidades que les competen, o acoger pretensiones inadmisibles o dictar sentencias favorables cuando aquéllos a quienes benefician no han satisfecho las condiciones requeridas para su emisión, escribía un eximio procesalista⁵⁶. Es así que se ha resuelto que cabe a los jueces examinar por ejemplo, si el demandante de reivindicación detenta el dominio que alega, aunque nada diga el demandado, pues es el fundamento de su acción⁵⁷.

555

Pues bien, por esas razones, se ha resuelto que siendo el interés un requisito de procedencia de la acción, se trata de una cuestión que los jueces están obligados a examinar, prescindiendo de la actividad procesal que hayan observado los litigantes en la materia⁵⁸, desde que el interés es un requisito de procesabilidad necesario para accionar⁵⁹ y que “corresponde, privativamente, al juez dar aplicación a las normas de derecho pertinentes”, de modo que el hecho de haber resuelto que el interés para demandar la nulidad absoluta de un contrato

⁵⁵ Así, por ejemplo, Corte Suprema, 10 de julio de 1970, *RDJ*, tomo 67, 1970, sec. 1ª, p. 248; 8 de junio de 1970, misma revista, tomo y sección, p. 187; 19 de noviembre de 1969, *RDJ*, tomo 66, 1969, sec. 1ª, p. 291; 14 de julio 1954, *RDJ*, tomo 61, 1964, sec. 1ª, p. 212.

⁵⁶ E. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1993, N° 73.

⁵⁷ Corte Suprema, 17 de diciembre de 2002, *Fallos del Mes*, vol. 505, N° 10, p. 4.366.

⁵⁸ Corte Suprema, 9 de mayo de 2002, autos rol civil 1146-01.

⁵⁹ Corte Suprema, 20 de agosto de 2007, autos rol civil 3770-04.

“debe existir a la época de la celebración de dicho acto y no a la de la interposición de la demanda, materia ésta que no fue invocada por los demandantes..., no configura la causal de casación de *ultra petita*”⁶⁰.

Y, en razón de lo mismo, entendemos que si los hechos en que se funda el interés para alegar la nulidad han podido ser establecidos privativamente por los jueces del fondo, el examen de si ellos constituyen realmente un interés que reúna las condiciones para accionar es una cuestión de derecho que cae dentro de las facultades propias de la Corte Suprema, a raíz de la casación en el fondo y ésta puede, entonces, decidir si los jueces del fondo han o no incurrido en error de Derecho al calificar como interés accionable el alegado por el demandante o al examinar de oficio tal interés.

6. Caso especial de los herederos

Mención especial, respecto de la cuestión en examen, merece la legitimación de los herederos del que tiene interés en alegar la nulidad absoluta y que ha fallecido sin alegarla.

556

En efecto, los herederos pueden encontrarse en una doble situación, que requiere ser apuntada. En tanto herederos, suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 951 inc. 2 y 1097) y entre tales derechos estará el de impetrar la declaración de nulidad absoluta si el causante tenía interés en esa declaración y no dedujo la acción. Recogen dentro del patrimonio en que suceden, la misma acción de que disponía el *de cuius*. Pero desde que el negocio ha sido celebrado por el causante, es también posible que afecte intereses personales del heredero y, en tal situación, éste puede tener, asimismo, interés personal en la declaración de nulidad.

En la primera situación, el heredero ejercitará la acción de nulidad (o la excepción, si ella cabe) *como heredero*, es decir, tomando un derecho que encuentra en la sucesión y que le viene del causante. Es la acción de éste la que pone en movimiento, por lo cual los requisitos de procedencia de ella han de examinarse en la persona del causante y no en la del heredero. En la segunda situación, el heredero ejercita su propia acción, alega un interés personal y es en él que deben reunirse los requisitos y condiciones para legitimarlo. La distinción es, pues, importante, ya que, además, como en el primer caso el heredero actúa por el causante, las excepciones que puedan oponérsele por el demandado serán las mismas que pudieron oponerse a éste, lo que no ocurre si el heredero invoca su propio y personal interés. Así, también, si se deduce la acción heredada, al actor deberá justificar su calidad de sucesor y

⁶⁰ Corte de Santiago, 15 de diciembre de 1995, *RDJ.*, tomo 92, 1995, sec. 2ª, p. 151.

el interés que tenía el *de cuius*, pero si deduce su acción propia, sólo deberá alegar y justificar su propio interés.

En la jurisprudencia la distinción ha sido frecuente. Así se ha resuelto que

“no puede desconocerse el interés personal que asiste a la hija legítima y heredera de una de las partes contratantes de un contrato nulo, para solicitar la declaración de nulidad del mismo, ya que en virtud de esa declaración volverían los bienes al acervo de la sociedad conyugal que se había formado entre sus padres y, de aceptar la herencia de su padre, heredaría parte de esos bienes”⁶¹

y que el heredero tiene interés personal en la declaración de nulidad del contrato de su causante, si invoca una acción propia⁶².

Pero no siempre puede separarse la calidad de heredero para invocar un interés personal, si éste se funda en los derechos que se tiene como sucesor. Así, por ejemplo, no ha sido infrecuente que, al celebrarse un acto traslativo de dominio por el causante, la tradición misma se haya efectuado luego de su fallecimiento, en especial si por recaer sobre un inmueble, requería de inscripción en el Registro de Propiedad y, que en tal caso, los herederos hayan pretendido más tarde alegar la nulidad de ella por no haber contado con la voluntad de ese tradente. Se ha resuelto que, en esas circunstancias, tales herederos no tienen interés en alegar la nulidad, aunque aduzcan una acción propia, desde que, como tales sucesores, son ellos los que deberían efectuar la tradición, ya que siendo ésta una obligación del causante, suceden en ella. Así, ningún beneficio tendrían en que se declarara la nulidad de la efectuada sin la presencia del causante, si de todas formas, ellos tendrían que hacerla⁶³. Ello, a menos que ya hubiese prescrito la obligación al tiempo de demandarse la nulidad.

557

La distinción entre ambas acciones ha preocupado a la jurisprudencia y la doctrina en el caso en que el causante no hubiese podido alegar la nulidad, no obstante tener interés en ella, por haber celebrado el acto nulo sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, es decir, si le afecta la limitación impuesta al que tiene interés en la declaración por la máxima *nemo auditur* y que se contiene en el art. 1683.

La Corte Suprema ha entendido que están inhabilitados para alegar la nulidad absoluta si el causante sabía o debía saber el vicio que afectaba al acto tachado de invalidez porque ellos no podrían invocar, por una parte, la

⁶¹ Corte de Santiago, 29 de noviembre de 1960, *RDJ.*, tomo 57, 1960, sec. 2ª, p. 97.

⁶² Corte de La Serena, 17 de abril de 2006, autos rol civil 1929-05.

⁶³ Corte Suprema, 3 de agosto de 2004, *RDJ.*, tomo 101, 2004, sec. 1ª, p. 208.

calidad de herederos para demostrar el interés que les asiste en demandar la nulidad y luego, desentenderse de ese carácter para evitar la prohibición que afectaba al causante para alegar la nulidad⁶⁴. Pero algunos autores han criticado esa doctrina, justamente sobre la base de que ha de distinguirse la acción del causante en que sucede el heredero y la que éste puede aducir invocando su propio interés, caso en el cual no puede afectarle la máxima *nemo auditur* que impedía al causante accionar, ya que la sanción es personal y en ella no sucede el heredero⁶⁵. Esta última doctrina es la que han recogido las sentencias de algunas cortes de Apelación⁶⁶ y en una oportunidad la Corte Suprema⁶⁷ que no ha mantenido sin embargo, como ya se señaló, esa doctrina.

Por nuestra parte entendemos que la solución debe ser matizada. Resulta correcto entender que si la acción deducida es la que viene al heredero como continuador, le afecte el principio *nemo auditur*, puesto que si éste impedía la acción al causante, no puede deducirla el heredero como tal. Si el heredero deduce su propia acción, fundada en su interés personal, esa limitación no le afecta, ya que la acción es la propia. Pero para que así suceda, el interés aducido no puede provenir del hecho mismo de ser heredero, como lo han entendido las sentencias últimamente citadas y los autores. En efecto, si así fuese, estaríamos frente a una situación anómala en que el peticionario de la nulidad encuentra el interés para deducir su acción propia en su calidad de heredero; pero luego pretende desprenderse de tal calidad en lo que le desfavorece. Admitimos que el heredero tenga su propia acción de nulidad, siempre que la funde en un interés personal que no provenga precisamente de la circunstancia de ser heredero. Tiene que invocar un interés que no radique en el hecho de que, por ser tal, con la nulidad vería aumentar su patrimonio heredado o impediría la disminución de éste con la nulidad del negocio en el cual había participado el causante sabiendo o debiendo saber el vicio que le invalidaba. Si el interés que invoca, aunque personal, es el que le proviene

por ser heredero, no se observa cómo podría lógica y moralmente admitirse que esa misma calidad le sirva para distanciarse de la máxima y, al mismo tiempo, para fundar el derecho a la acción.

⁶⁴ En especial, Corte Suprema, 5 de enero de 1981, *RDJ*, tomo 78, 1981, sec. 1ª, p. 1; 27 de octubre de 1934, *RDJ*, tomo 32, 1934, sec. 1ª, p. 100, nota crítica de Gonzalo Barriga Errázuriz; 7 de julio de 1930, *RDJ*, tomo 28, 1931, sec. 1ª, p. 133; 30 de septiembre de 1927, *RDJ*, tomo 25, 1928, sec. 1ª, p. 390; 25 de septiembre de 1920, *RDJ*, tomo 19, 1922, sec. 1ª, p. 325.

⁶⁵ Así, Gonzalo Barriga Errázuriz, comentario citado; ALESSANDRI BESA (n. 8), N° 645 y ss. Sobre esta cuestión, Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE, "La máxima *nemo auditur* en la jurisprudencia chilena", en VV.AA., *Estudios de Derecho Civil en honor de José Castán Tobeñas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1968, vol. 1, p. 136 y ss.

⁶⁶ Así, por ejemplo, Corte de Concepción, 31 de julio de 1995, rol civil 704-93, en *Revista de Derecho*, N° 199, Concepción, U. de Concepción, 1996, con comentario Ramón Domínguez Águila, Ramón Domínguez Benavente y Carmen Domínguez H.; Corte Santiago, 23 de junio de 1998, *RDJ*, tomo 95, 1998, sec. 2ª, p. 40; 29 de noviembre de 1960, *RDJ*, tomo 57, 1960, sec. 2ª, p. 97.

⁶⁷ Corte Suprema, 12 de enero de 1954, *RDJ*, tomo 51, 1954, sec. 1ª, p. 40.