

CAPÍTULO II

CAUSALES DE NULIDAD RELATIVA

Título I

LA NULIDAD RELATIVA ES LA REGLA GENERAL

738. Principio fundamental. Respecto de las causas que producen la nulidad relativa de un acto jurídico, el Código Civil establece una norma fundamental: el artículo 1682, que después de referirse, en sus dos primeros incisos, a las causales de nulidad absoluta, dispone en el último: “Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

En consecuencia, la nulidad relativa es la regla general en nuestro Derecho, porque todo requisito exigido para la validez de un acto o contrato que no produzca nulidad absoluta, por no estar señalado entre las causales que taxativamente mencionan los dos primeros incisos del artículo 1682, produce la nulidad relativa.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha reconocido el carácter de regla general de la nulidad relativa al declarar que “de las definiciones que el artículo 1682 del Código Civil da de la nulidad absoluta y relativa, se desprende que en el Derecho Civil se ha establecido la nulidad relativa como regla general en materia de nulidades, y la nulidad absoluta como la excepción y circunscrita esta última a los casos y situaciones señalados en ese precepto”.²¹

Título II

ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 1682 DEL CÓDIGO CIVIL

739. El principio general está contenido en el inciso final del artículo 1682 del Código Civil. La regla general del inciso final del artículo 1682 del Código Civil es amplia: todo vicio que no produzca nulidad absoluta acarrea la nulidad relativa del acto o contrato.

²¹ *Revista*, tomo 36, 2ª parte, sec. 2ª, p. 33.



Basta, por consiguiente, que un acto o contrato adolezca de un vicio que no produzca la nulidad absoluta para que pueda ser rescindido, a condición, naturalmente, de que la ley no haya señalado para ese vicio una sanción diversa de la nulidad; en tal caso, el acto o contrato no podría ser anulado y el vicio de que adolezca sólo dará origen a la sanción especial establecida por la ley (caso del mutuo, en que la sanción por estipular un interés usurario es la rebaja del mismo al interés legal).

740. La circunstancia que la nulidad relativa sea la regla general no significa quitarle a la institución de la nulidad su carácter de excepcional. Aun cuando la nulidad relativa sea la regla general en materia de nulidades, esto no significa que la nulidad en sí misma, por ser una sanción, no constituya una excepción, según veremos.

741. Limitación aparente establecida por los artículos 1681 y 1682 del Código Civil. De los artículos 1681 y 1682 del Código Civil pareciere desprenderse que la nulidad relativa sólo proviene de la falta de requisitos que la ley prescribe para el valor del acto o contrato según la calidad o estado de las partes que los ejecutan o acuerdan. No es así, sin embargo, porque existen muchas otras circunstancias, diseminadas a través de los artículos del Código Civil, que, sin ser exigidas en consideración al estado o calidad de las partes, acarrear la nulidad relativa del respectivo acto o contrato por no quedar comprendidas en las causales de nulidad absoluta.

Así sucede, sin ir más lejos, con los vicios del consentimiento; éste, para que sea eficaz, debe estar exento de vicios; en caso contrario, el acto o contrato es nulo, de nulidad relativa, de acuerdo con la regla general del inciso final del artículo 1682. Sin embargo, no puede decirse que el consentimiento no viciado sea un requisito que la ley exige para la validez del negocio jurídico en consideración al estado o calidad de las partes que lo ejecutan o acuerdan, porque tal requisito se exige para *toda declaración de voluntad*, quien quiera que sea la persona que interviene en ella. Y así, trátase de una de un menor adulto o de una persona plenamente capaz, para que su declaración de voluntad sea válida, a más de otros requisitos, debe estar exenta de vicios.

742. El artículo 1681 del Código Civil se refiere a los requisitos de forma cuya omisión produce nulidad relativa. ¿Cuál es, entonces, el sentido exacto de la disposición del artículo 1681 del Código Civil, que contrapone los requisitos de validez de un acto exigidos en consideración a su naturaleza misma, a aquellos que la ley prescribe en atención al estado o calidad de las partes? Es evidente que dicha disposición se refiere únicamente a los *requisitos de forma* que deben concurrir en determinados actos para que sean válidos; y así, mientras hay algunos que se exigen en un acto o contrato en atención a su naturaleza misma, como sucede con la escritura pública en la compraventa de bienes raíces y con los demás que enumeramos al tratar de las causales de nulidad absoluta, y que nada tienen que ver con la persona que interviene en el acto jurídico, hay otros que se exigen precisamente en consideración al estado o calidad de esa persona.

Estos requisitos externos del acto o contrato, que se exigen en atención al estado o calidad de la persona que lo ejecuta o celebra, se denominan generalmente “formalidades habilitantes”, porque, mediante su cumplimiento, se permite que personas que adolecen de alguna incapacidad civil, puedan manifestar válidamente su voluntad.

Título III TERMINOLOGÍA

743. Para el Código Civil, nulidad relativa y rescisión son expresiones sinónimas. El Código Civil emplea indistintamente los términos “nulidad relativa” y “rescisión” para referirse a la especie de nulidad de que ahora estamos tratando.

Sin embargo, al igual que en el caso de la nulidad absoluta, el Código Civil no ha sido preciso en su terminología. Así, mientras en la mayoría de los casos la expresión “nulo” indica nulidad absoluta, hay otros en que se usa para referirse a la nulidad relativa, o bien, a ambas especies de nulidad. Esta situación se presenta en el artículo 400 del Código Civil, que dispone que “se necesita asimismo previo decreto para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se valúen en más de un centavo, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la transacción o el fallo del compromisario se someterán a la aprobación judicial, so pena de *nulidad*”.

Esta nulidad es relativa “por tratarse de un requisito establecido por la ley atendida la calidad de incapaz que tiene el pupilo”.²²

En otras ocasiones, el Código Civil habla de “rescisión”, término correcto que indica nulidad relativa, en contraposición a la nulidad absoluta. Así, por ejemplo, el artículo 1348 dispone: “Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos”; y en los artículos siguientes se emplean ambos términos, que indican nulidad absoluta y relativa, respectivamente.

Además, en muchos casos, el Código Civil emplea el término “rescisión” para significar sólo nulidad relativa; así sucede en el inciso 2º del citado artículo 1348, que dispone: “La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de una cuota”. Igualmente, el Código se refiere a “la rescisión de la venta por lesión enorme”, término empleado correctamente, pues en tal caso la venta adolece de nulidad relativa.

744. Casos en que el término “rescisión” está empleado impropriamente. Sin embargo, en otras oportunidades, el Código Civil emplea el término “rescisión” equivocadamente, para referirse a la resolución. Como ejemplo podemos citar el artículo 1857, que define a la acción redhibitoria como “la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcio-

²² SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, Nº 717, p. 559.

nalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios”. En igual error incurre el artículo 1860, que dice: “Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta o la rebaja del precio, según mejor le pareciere”.

Jurídicamente, la disolución del contrato de compraventa como consecuencia de un vicio redhibitorio constituye una resolución y no una rescisión, porque dicho acto no adolece de nulidad relativa. Cabe señalar que en la doctrina más reciente el profesor Jorge Baraona ha desarrollado una interesante argumentación para sostener que la acción redhibitoria es realmente una acción rescisoria, asentada en un vicio del consentimiento –el error– y que puede operar sin perjuicio de la acción resolutoria u otras fundadas del incumplimiento contractual.²³ En el N° 73 de esta obra se comentó la peculiar situación que se da en la regulación del contrato de seguro en el Código de Comercio, en que la infracción de ciertas cargas impuestas al asegurado pueden dar lugar, en vez de la resolución, a la nulidad o rescisión de dicho contrato.

De todo lo dicho se desprende que lo correcto es emplear la expresión “rescisión” cuando el acto sea nulo de nulidad relativa. Pero como, en ocasiones, el Código, en vez de rescisión, habla simplemente de nulidad o da a esa palabra el significado de resolución, para conocer el verdadero alcance de la nulidad que en cada caso establece la ley no basta tomar en cuenta únicamente su terminología; será siempre necesario averiguar el verdadero carácter de la nulidad que se produce, de acuerdo con sus características especiales; de otro modo se puede incurrir en errores.

745. Enumeración de las causales de nulidad relativa. A continuación nos ocuparemos de cada una de las siguientes causales de nulidad relativa en particular:

- 1º) Vicios del consentimiento.
- 2º) Lesión.
- 3º) Actos de los relativamente incapaces.
- 4º) Infracción a las limitaciones en la administración de bienes asociadas al régimen de bienes de la familia, y
- 5º) Omisión de otras formalidades habilitantes.

PRIMERA CAUSAL

LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

746. El consentimiento no viciado es esencial para la validez de los actos jurídicos. El artículo 1445 del Código Civil exige como requisito para que una persona quede obligada para con otra por un acto o declaración de vo-

²³ BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, ponencia en Jornadas de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, manuscrito facilitado por el autor mientras la publicación se encontraba en prensa.

luntad, que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no adolezca de vicio.

Los vicios de la voluntad afectan a la eficacia del acto o contrato, porque cuando existen, dicha voluntad, que genera el acto o contrato, no ha sido manifestada, libre y espontáneamente.

Los vicios de la voluntad acarrean la nulidad relativa del acto o contrato en que inciden, de acuerdo con la regla final del artículo 1682 del Código Civil, porque no están contemplados entre las causales de nulidad absoluta. Así lo corrobora el inciso 2º del artículo 1691 del citado Código, que señala el momento desde el cual se cuenta el cuadrienio durante el cual puede ejercitarse la acción de rescisión, cuando el vicio que la produce es la violencia, el error o el dolo, o sea, los vicios del consentimiento.

747. No es lo mismo consentimiento viciado que ausencia del consentimiento. Es preciso no confundir la ausencia total del consentimiento con los vicios de que éste puede adolecer. En caso de ausencia total del consentimiento, el acuerdo de voluntades no se ha producido, porque una de las partes no ha expresado su voluntad de celebrar el acto jurídico de que se trata.

Lo mismo sucede cuando existe error esencial, o sea, el que recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata; en estos casos, según vimos, si bien las partes interesadas han manifestado, respectivamente, su voluntad, el acuerdo de ellas no se ha producido, porque ha recaído sobre cosas totalmente diversas, de modo que no se ha producido la concurrencia necesaria para que dichas partes estén de acuerdo sobre la convención que celebran, o sobre el objeto de la misma.

En el caso de vicio del consentimiento, éste existe porque se ha producido la voluntad necesaria para generar el acto de que se trata; más aún, el consentimiento viciado supone la existencia del consentimiento, porque si éste no existe, no podría estar viciado.

748. Los vicios del consentimiento son de naturaleza subjetiva. Los vicios del consentimiento son *subjetivos*, porque dicen relación con el fuero interno del individuo, con su voluntad misma; la persona que ha emitido un consentimiento viciado lo hace inducida por una falsa apreciación de la realidad, o debido a una presión que se ejerce sobre su voluntad.

749. Los vicios de la voluntad pueden producirse en cualquiera especie de acto jurídico. Aun cuando el Código Civil ha reglamentado estos vicios refiriéndolos principalmente a los contratos, ellos pueden incidir en cualquier acto jurídico, sea unilateral o bilateral, trátase de un contrato o no. Prueba de ello es que el artículo 1007 dispone que “el testamento”, que es un acto unilateral por excelencia, “en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza” –vicio del consentimiento– “es nulo en todas sus partes”.

750. Enumeración. Los vicios del consentimiento que señala nuestro Código Civil son el error, la fuerza y el dolo (artículo 1451). Según algunos, debe agregarse a ellos la lesión.



SECCIÓN 1ª

EL ERROR

Título I

QUÉ ES ERROR

751. Definición de error. El error es el concepto equivocado que se tiene de una persona o cosa o de un precepto legal. “Consiste, por lo tanto, en ese estado intelectual en que la idea de la realidad se halla oscurecida u ocultada por una idea falsa”.²⁴ Este es el concepto genérico del error.

752. Definición de error en cuanto a vicio del consentimiento. Lutzesco define el error como vicio del consentimiento diciendo que es “la falsa creencia que uno se forma acerca de la persona con quien trata o sobre la cosa que constituye el objeto de la obligación”. Y luego agrega: “contemplada estrictamente desde el punto de vista del proceso de la voluntad, resulta de la discordancia entre la voluntad interna y la voluntad externa. En efecto, sea que se trate de error sobre la cosa, de error sobre la persona, la manifestación externa de la voluntad está viciada si no está conforme con la voluntad interna”.²⁵ Este es el concepto que acepta Josserand, siguiendo la fórmula de Saleilles, para quien “el error implica la falta de concordancia entre la voluntad verdadera, la voluntad interna y la voluntad declarada”.²⁶

Para Ruggiero, el error es “el conocimiento falso de un hecho o de una norma jurídica que se resuelve en ignorancia, ya que ignora la verdad quien posee una noción falsa; puede influir en la determinación interna de la voluntad y extraviarla induciendo a querer cosa diversa de la que realmente se hubiera querido si la noción equivocada no hubiera extraviado la mente”.²⁷

753. Error e ignorancia. No es lo mismo error que ignorancia. “Ésta”, según dice Ruggiero, “consiste en la falta de noción de una cosa o hecho, sin que sea necesario tener una noción falsa. Puede faltar la noción exacta de una cosa, sea cuando no se tiene idea alguna de ella, sea porque se tiene una idea falsa; en el primer caso, hay ignorancia, en el segundo, error. Pero, a veces, el error se confunde con la ignorancia en cuanto ésta puede dar lugar a suponer la existencia de otra cosa o de un hecho diverso, o a formarse una falsa idea de lo que no es bien conocido; de modo que la ignorancia es más comprensiva”.²⁸

754. El error produce una discordancia entre la voluntad interna y la manifestada. El error, en el hecho, supone una discordancia manifiesta entre

²⁴ CLARO SOLAR, obra citada, tomo XI, N° 757, p. 139.

²⁵ Obra citada, tomo I, p. 349.

²⁶ Obra citada, tomo II, N° 58, p. 37.

²⁷ Obra citada, tomo I, p. 266.

²⁸ Obra citada, tomo I, p. 266.

la voluntad exteriorizada por el que celebra el acto o contrato, y su volición interna, es decir, con lo que realmente ha querido. Como afirma Ruggiero, “hay aquí dos voluntades: una, formada bajo el influjo de la falsa representación y como tal manifestada; la otra, que no se ha formado siquiera y, por tanto, no ha sido declarada, pero que puede considerarse como efectiva voluntad del agente, porque eliminado el error, ésta y no otra hubiera sido su voluntad. Hay, pues, una discordancia entre dos querer, uno manifestado y falso, el otro interno, no desenvuelto, y que debe, sin embargo, considerarse el único verdadero”.²⁹

Título II

SOBRE QUÉ PUEDE RECAER EL ERROR

755. El error puede ser de hecho o de derecho. El error puede recaer sobre una norma legal, sobre una persona, una cosa o un hecho.

En el primer caso, se trata de un *error de derecho*, que puede ser definido como “el falso concepto o la ignorancia que se tiene acerca de una ley, o de un precepto legal”.

En el otro caso, *el error es de hecho*, que puede definirse como “el concepto equivocado o la ignorancia que se tiene de una cosa, de un acontecimiento o de una persona”.

§ I. EL ERROR DE DERECHO

756. El error de derecho no vicia el consentimiento. El artículo 1452 del Código Civil dispone que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Esta regla es la consecuencia natural de la presunción del conocimiento de la ley que establece el artículo 8º del Código Civil, presunción de derecho que no admite prueba en contrario. Por lo tanto, nadie puede defenderse alegando ignorancia de la ley, porque la ley se supone conocida de todos; y, de acuerdo con el artículo 706 inciso final, “el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”. Esta disposición, aunque ubicada en el Título que se refiere a la posesión, es un principio general aplicable en toda materia.

La presunción de derecho que rige respecto del conocimiento de la ley impide, pues, que el error de derecho vicie el consentimiento, por lo cual no es causal de nulidad relativa.

757. Excepción al principio señalado. Sin embargo, esta regla no es absoluta, tiene una excepción: es en el caso del artículo 2297 del Código Civil que dispone: “Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente

²⁹ Obra citada, tomo I, p. 266.



natural”; y el artículo 2299 establece: “Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho”. Luego, quien ejecuta un pago por error de derecho, puede repetir lo pagado.

758. El error de derecho en el Código francés. El Código Civil francés guarda silencio sobre el error de derecho; hace referencia únicamente al error en general, sin distinguir entre error de hecho y de derecho. Por este motivo, los tratadistas estiman que el error de derecho vicia el consentimiento. Planiol, entre otros, declara que “la ignorancia de las reglas de derecho, en nuestra sociedad, no solamente no es considerada como una falta, sino que, por el contrario, parece eminentemente excusable en las personas que no tienen conocimientos jurídicos. Se sigue de esto que el error de derecho, considerando que no excluye la buena fe y sus diversos efectos jurídicos, es una causa de nulidad del acto jurídico en la misma forma que el error de hecho”.³⁰

§ II. EL ERROR DE HECHO

759. Conflicto entre el interés colectivo y el individual. En esta materia, existe un conflicto entre el interés colectivo o social, por una parte, y el interés individual, por la otra, debido a que el error tiende a proteger la voluntad real del autor de un acto jurídico, permitiendo la invalidación de los actos que no sean fiel reflejo de esa voluntad. Y a la sociedad le interesa la estabilidad de las situaciones jurídicas, por lo cual no es posible permitir esta anulación a consecuencia de cualquiera especie de error que incida en la celebración de un acto o contrato.

“Admitir que cualquier error vicia el consentimiento en el deseo de proteger la voluntad real de los contratantes y de asegurar el pleno respeto de esta voluntad, no sólo importa dar alas a las partes para proceder con negligencia o descuido o falta de interés en la celebración de los contratos, sino atentar contra la estabilidad misma de la vida jurídica, pues bastaría el error más insignificante para invalidar un contrato. Entre tanto, el interés social exige que los contratos se mantengan en cuanto sea posible. Surge, pues, la necesidad de conciliar el respeto a la voluntad de los contratantes con la conveniencia pública, y punto de esta conciliación es el criterio adoptado por la generalidad de las legislaciones vigentes, según el cual el error es causa de invalidez de un contrato cuando es grave. Cuando el error es de escasa importancia, cuando no ha sido determinante de la voluntad de los contratantes, la ley sacrifica el interés individual y mantiene el contrato”.³¹

760. Clases de error que contempla el Código Civil. El Código Civil distingue tres clases de error de hecho, pero solamente dos de ellas autorizan la

³⁰ Obra citada, tomo VI, N° 181, pp. 239 y 240. En el mismo sentido, LUTZESCO, obra citada, tomo I, p. 349.

³¹ VODANOVIC, ANTONIO, *Curso de Derecho Civil*, tomo VI, N° 147, pp. 113 y 114.

nulidad del acto o contrato, debido a su gravedad; en la tercera, a causa de la escasa importancia del error, la ley sacrifica el interés individual y mantiene el acto jurídico en vigor.

Las tres clases de error son: *error esencial* o *error obstáculo u obstativo*, *error sustancial* y *error accidental*. Esta clasificación se basa en la mayor o menor importancia que tiene el error en la generación del acto o contrato.

Título III

EL ERROR ESENCIAL

761. El error esencial impide la formación del consentimiento. Esta especie de error, al cual ya nos hemos referido, no constituye propiamente un vicio del consentimiento; debido a su naturaleza y gravedad, impide la formación del consentimiento.

El artículo 1453 del Código Civil dispone: “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”. En ambos casos no se ha producido el acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, porque la voluntad de una va hacia un fin determinado o recae sobre tal o cual cosa, y la voluntad de la otra dice relación con algo completamente distinto, de modo que las dos voluntades manifestadas no se encuentran.

Por esta razón, el error esencial se denomina también *error obstáculo u obstativo*, porque impide que se forme el consentimiento; y si no hay consentimiento, por no haber acuerdo de voluntades acerca de la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, mal se puede hablar del error esencial como un vicio de algo que no existe.

762. La sanción del error esencial es la nulidad absoluta. Jurisprudencia. En consecuencia, el error esencial no es vicio del consentimiento, sino que es una circunstancia que impide su formación; por este motivo, su sanción es la nulidad absoluta, debido a que en el acto jurídico falta un elemento esencial: el consentimiento necesario para su generación.

Un reciente fallo de la Corte Suprema ha hecho aplicación de estos principios al entender que el llamado error esencial a que se refiere al artículo 1453 “lleva consigo una ausencia total de voluntad desde que un error de esta magnitud impide que se produzca el acuerdo de voluntades, adoleciendo el acto en que se da un error de esta naturaleza, por ende, de nulidad absoluta”. En el caso objeto de este pronunciamiento los demandantes de nulidad “fundadamente creyeron adquirir el dominio pleno sobre el inmueble ubicado en Portales N° 361 de Temuco, en circunstancias que se trataba de la venta de una cuota equivalente al 50% de dicho



derecho de dominio, desde que en las bases de remate se indicó que se vendía el inmueble e igual cosa sucedió en las publicaciones de los avisos respectivos”. Es interesante hacer notar que, conforme al criterio de la Corte, en fallo redactado por el Ministro Sr. Abeliuk, “si bien es efectivo que se señalaba en las bases la inscripción conservatoria del inmueble, donde fácilmente los demandantes pudieron averiguar exactamente lo que se enajenaba, no lo es menos el que esta venta se realizó a través de un procedimiento judicial de cumplimiento forzado de una obligación, donde la oferta de venta, materializada en las bases de remate y en la publicación de los avisos, está avalada por el órgano jurisdiccional, de suerte que si se dice vender el bien raíz referido, los demandantes, racional y fundadamente, creyeron estar comprando la propiedad plena de la cosa y no una cuota de aquella”.³²

763. Doctrina de los tratadistas al respecto. Los tratadistas, tanto chilenos como franceses, estiman que el *error esencial* impide la formación del consentimiento.

Luis Claro Solar, refiriéndose a este punto, dice: “en realidad, en estos casos no hay sólo vicio del consentimiento, sino que no hay en absoluto consentimiento: la voluntad de una de las partes no se ha encontrado con la voluntad de la otra parte; no han concurrido en el acto o contrato por celebrar, o no han concurrido en la cosa o hecho que debe formar el objeto de las obligaciones por contraer”.³³

Según Colin y Capitant, “el error cometido destruye a veces la manifestación misma de la voluntad, hasta tal punto que impide la formación del acto jurídico. Esto sucede cuando el error recae sobre la naturaleza del acto que se celebra, o sobre el objeto mismo del acto jurídico”.³⁴

Igual opinión sustentan Josserand, que habla del error obstáculo no solamente como “vicio del consentimiento, sino como destructor de este consentimiento”, y considera al acto en que incide como inexistente;³⁵ y Lutzesco, que estima que “el error sobre la naturaleza del contrato y sobre el objeto ha impedido el encuentro de las dos voluntades”.³⁶ Sin embargo, este último autor se aparta de la doctrina clásica, seguida por Josserand, según la cual el error esencial acarrea la inexistencia del acto o contrato, y se pronuncia por la tesis sustentada por Esmein en el tomo VI de la obra de Planiol y Ripert, según la cual esta clase de error sigue la regla general en materia de error de hecho, o sea, produce la anulabilidad del acto jurídico en que incide. Funda esta opinión en que la doctrina francesa admite generalmente que un contrato celebrado por una de las partes en estado de em-

³² Corte Suprema, Rol N° 4497-99, 30/05/2001, disponible en LexisNexis: Jurisprudencia On-line. Véase también, Corte Suprema, Rol N° 33578-95, 07/11/1996, disponible en LexisNexis: Jurisprudencia On-line.

³³ Obra citada, tomo XI, N° 768, p. 149.

³⁴ Obra citada, tomo I, N° 66, p. 48.

³⁵ Obra citada, tomo II, N°s 61 y 62, pp. 37 y 38.

³⁶ Obra citada, tomo I, pp. 207 y ss.

briaguez o de demencia, es solamente nulo de nulidad relativa o anulable, y si en estos casos, en que falta el verdadero consentimiento de uno de los contratantes, el contrato existe y adolece sólo de nulidad relativa, lo mismo debe acontecer cuando el error recae sobre la especie del acto jurídico que se ejecuta o celebra o sobre su objeto.

La doctrina de Esmein y Lutzesco es inaplicable entre nosotros, porque el artículo 1682 del Código Civil señala expresamente a la nulidad absoluta como sanción de los actos de las personas que carecen de voluntad; en consecuencia, la omisión de un requisito, como el consentimiento, exigido para el valor de un acto jurídico en consideración a su naturaleza, produce nulidad absoluta, por disposición expresa del artículo 1682.

La ubicación del artículo 1453 del Código Civil se debe a que “siguiendo a Pothier, los redactores del Código incurrieron en el mismo defecto que ese jurisconsulto, de colocar entre el error vicio del consentimiento, el error que impide que el consentimiento se realice; y hay que tenerlo bien presente, porque el error que vicia el consentimiento no se opone a su formación, sino que constituye un defecto, una enfermedad de la voluntad declarada al formar la convención, que puede ser alegada por la parte que ha sufrido el error para anular su consentimiento, y rescindir el acto o contrato; y si no lo invoca, el contrato queda subsistente y produce sus efectos”.³⁷

El artículo 2457 del Código Civil, en el Título que reglamenta la transacción, dispone que “el error acerca de la *identidad del objeto sobre que se quiere transigir* anula la transacción”. Esta regla no es sino la aplicación del artículo 1453 a un caso concreto, y el término “anula” que emplea el Código Civil para referirse a la transacción en que hay error esencial, nos está indicando que la nulidad es absoluta, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 2453, que habla de la nulidad del contrato por dolo.

Entre nosotros, Avelino León ha defendido sin embargo la tesis de la sanción de nulidad relativa, aportando tanto argumentos de texto como de fondo, e incluso prácticos. En efecto, afirma León que “dentro de nuestro Código se puede sostener con fundamento serio que el error obstáculo vicia el consentimiento y acarrea, por consiguiente, la nulidad relativa. En efecto, el artículo 1453 dice expresamente que éste es error de hecho que vicia el consentimiento. Y el artículo 1454, que se refiere al error substancial, agrega que ‘el error de hecho vicia *asimismo* el consentimiento...’, reafirmando así lo dicho en el artículo precedente”.³⁸ La fuerza de este argumento de texto se aprecia en toda su dimensión al recordar el tenor del artículo 1682 en cuanto señala que “cualquiera otra especie de *vicio* produce nulidad relativa”. Por otro lado, en palabras de León “como razón de doctrina dentro del propio Código, debe observarse que las causales de nulidad absoluta se han establecido en interés general, de la moral y de la ley –causa u objeto ilícito, incapacidad absoluta, etc.– y, en cambio, acá se trata sólo del interés particular. La consecuencia de esto es que el acto nulo absolutamente no es

³⁷ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 769, p. 150.

³⁸ LEÓN HURTADO, AVELINO, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, obra citada, p. 132.



susceptible de sanearse o ratificarse; y no se ve la razón que deba impedir a las partes el saneamiento o la ratificación de un acto en que han equivocado el objeto o la naturaleza misma de él, pero que con posterioridad desean mantener. Además, no es racional ni conveniente –y, por consiguiente, no debe ser jurídico– que la acción de nulidad, en estos casos, se mantenga durante diez años y no solamente durante cuatro, como sería de aceptarse la nulidad relativa. Es absurdo conservar una acción de nulidad durante tantos años, ya porque la estabilidad de los negocios jurídicos se opone a ello, ya porque pasado algún tiempo la prueba del error resulta imposible. Por estas razones, creemos que el error obstáculo vicia el acto jurídico de nulidad relativa”.³⁹ Como se ha visto en el N° 762, nuestra jurisprudencia se ha inclinado a favor de la nulidad absoluta.

Título IV EL ERROR SUSTANCIAL

§ I. CARACTERES ESENCIALES

764. El error sustancial vicia el consentimiento cuando es determinante. El error sustancial vicia el consentimiento, y da lugar a la nulidad relativa, porque, a diferencia del caso anterior, aquí no falta el consentimiento.

El error sustancial, para que vicie el consentimiento, debe ser determinante de la celebración del acto o contrato, es decir, de tal naturaleza y trascendencia que sin él la persona que lo sufre no hubiera celebrado el acto o contrato.

765. El error sustancial puede tener cabida en los actos unilaterales. Esta opinión está confirmada por el artículo 1058 del Código Civil, que, al disponer que “la asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita”, reconoce que el error, siendo determinante, vicia el consentimiento y autoriza la anulación del acto jurídico. Igual principio contiene el artículo 1782 del Código Civil, que dice: “Podrá la mujer renunciar –los gananciales– mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales”.

“Hecha una vez la renuncia no podrá rescindirse, a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por un engaño, o por un *justificable error* acerca del verdadero estado de los negocios sociales. Esta acción rescisoria prescribirá en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad”.

³⁹ Misma cita anterior.

§ II. DIVERSOS CASOS EN QUE HAY ERROR SUSTANCIAL

A) *El error en la sustancia*

766. Esta clase de error está contemplada en el artículo 1454 del Código Civil. El inciso 1º del artículo 1454 dispone que “el error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree, como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante”.

De acuerdo con este precepto, el error de hecho constituye un vicio del consentimiento, y, por tanto, acarrea la nulidad relativa del acto jurídico, cuando recae sobre la *sustancia o calidad esencial* del objeto del acto o contrato.

767. El error en la sustancia debe ser determinante. Al hablar de la *sustancia*, la ley se está refiriendo a la materia misma de que está fabricado el objeto sobre que versa el acto o contrato, lo que corrobora el ejemplo que cita el artículo 1454. Pero no todo error en la sustancia vicia el consentimiento, porque, para que el error revista este carácter, es necesario, como decíamos, que sea *determinante*, o sea, que, en el caso propuesto, la sustancia de que está fabricado el objeto sea el motivo determinante que la persona haya tenido en vista para contratar, de modo que si hubiera sabido que la verdadera sustancia era otra, no habría celebrado el contrato.

Si, por ejemplo –y para adoptar el que ya se ha hecho clásico–, una persona compra unos candelabros antiguos creyéndolos de plata, circunstancia esta última que es el motivo principal que ha tenido para contratar, cuando en realidad son de otro metal, el error en la sustancia vicia de nulidad relativa al contrato, porque este error ha sido determinante del consentimiento del comprador, ya que si éste hubiera sabido que no eran de plata, no los habría comprado.

En cambio, si dicho comprador adquiere los candelabros porque son antiguos y de valor histórico, y después descubre que lo que él creía plata era en realidad otro metal, su consentimiento no está viciado de error, porque el hecho que lo determinó a contratar existe realmente: la antigüedad de los candelabros; la circunstancia de que sean o no de plata no fue el motivo determinante, por lo cual, aun cuando haya habido error en la sustancia, el consentimiento no está viciado.

Respecto del tema que se viene comentando, es interesante la interpretación propuesta por el profesor Víctor Vial del Río, cuando señala que “la expresa mención que hace el artículo 1454 a la sustancia entendida como materia, y más aún el ejemplo que coloca el Código de consentimiento viciado por la creencia de que la cosa es de plata y no de otro metal semejante, nos induce a interpretar la disposición en el sentido de que contiene una presunción simplemente legal de que la sustancia-materia es relevante y que la consideración de que la cosa está hecha de una determinada sustancia normalmente determina a contratar. Creemos, por lo mismo, que quien



alega haber comprado una cosa en la creencia de que era de una materia diferente a la que realmente tenía, no está obligado a probar que la materia constituía para él una cualidad esencial de dicha cosa, por lo que cabría considerar viciado su consentimiento por el solo hecho objetivo de que la cosa tuviera una sustancia distinta a la que la víctima del error le atribuye. Sin embargo, como la presunción simplemente legal admite prueba en contrario, ella puede ser desvirtuada si la otra parte comprueba que la sustancia-materia no era relevante para quien alega haber sufrido error y que su consentimiento, por ende, no se encuentra viciado”.⁴⁰

768. Hay error sustancial cuando recae sobre otra calidad considerada esencial. Hay, asimismo, error sustancial cuando éste recae sobre alguna otra calidad esencial del objeto sobre que versa el acto jurídico, aunque no sea la sustancia misma de la cosa. La ley no definió lo que es calidad esencial; debe, pues, tenerse por tal todo elemento del objeto que el autor del acto considere como el determinante de su consentimiento. La calidad de esencial del objeto varía mucho, según sea la cosa sobre que verse el consentimiento y en cada caso será necesario determinar con precisión cuál es la calidad que las partes, al contratar, han considerado esencial.

769. Determinación de la calidad esencial. Doctrinas al respecto. ¿A quién corresponde determinar si la calidad es esencial o no? Son las partes, o bien el juez, interpretando su presunta voluntad, quienes determinan si la calidad sobre que ha recaído el error es esencial.

Este es el concepto subjetivo del error sustancial, según el cual debe estarse a la voluntad expresada o presunta, a la intención de las partes contratantes; y el juez, llegado el momento de decidir sobre la cuestión, deberá ponerse en el lugar de los contratantes y determinar si la calidad de la cosa sobre que recayó el error es esencial desde el punto de vista de aquéllos.

770. Doctrina objetiva. Los autores franceses de principios del siglo pasado se inclinaron por la doctrina objetiva. Consideraban la sustancia como “la materia misma de que la cosa es hecha”;⁴¹ se basaron para ello en que la disposición del Código Civil francés que se refiere al error sustancial sólo decía que “el error no es una causa de nulidad de la convención, sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que es objeto de él”. Tomaron la palabra “sustancia” en el estricto significado que le da el Diccionario de la Lengua Española, o sea, de elemento o materia de que está hecha o se compone un objeto o una cosa.

Nuestro Código Civil fue más sabio en este punto, porque, además de la sustancia, se refirió a la calidad esencial, con lo cual estableció la verdadera inteligencia del precepto, esto es, que el error no sólo puede recaer en la materia misma de la cosa, sino que puede referirse a cualquier otro atributo o particularidad especial de ella, sea material, espiritual o afectiva, que las

⁴⁰ VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, obra citada, p. 96.

⁴¹ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 775, p. 157.

partes consideraron como esencial o fundamental al contratar, de tal modo que, de no haber existido, no habrían contratado. Y así, la antigüedad de la cosa objeto del contrato, su origen, el valor de afección que pueda tener, etc., pueden constituir una calidad esencial si ha sido la determinante de la voluntad.

Es, pues, esencial la calidad que, según la intención del autor de un acto jurídico, ha determinado su voluntad en tal forma que no habría consentido si hubiera sabido que la cosa no tenía esa calidad. La cuestión de saber si la calidad de la cosa objeto del contrato es esencial o no, es, pues, de mero hecho; de ahí que los jueces del fondo la establezcan soberanamente.⁴²

Con razón dicen Planiol y Ripert que “debe entenderse por sustancial toda calidad cuya consideración ha sido la causa determinante del compromiso, aun cuando ella no tuviere esta importancia para toda otra persona. Y, a la inversa, una calidad que para otros hubiera podido ser esencial, puede no haber tenido en la especie una importancia determinante. La determinación de la calidad sustancial, como se ha dicho por una hábil trasposición, es una cuestión de hecho, de búsqueda de intención”.⁴³ Distinta es la opinión en nuestro medio de Avelino León, para quien “las calidades esenciales de la cosa deben juzgarse con un criterio objetivo, según las circunstancias de cada caso, puesto que si se atiende a la sola intención del contratante, no podría darse un índice seguro para distinguir las calidades esenciales de ‘otra cualquiera calidad de la cosa’ (artículo 1454, inc. 2º), o sea, de las calidades accidentales, ya que el contratante sería admitido a probar que fue esencial ‘según su intención’ cualquiera calidad de la cosa. Y así se confundirían el error sustancial con el accidental”.

“Más aún, en el proyecto de Código Civil de 1853, en el artículo correspondiente, hay una nota de Bello que cita como fuente los artículos 1837 y 1838 del Código de la Lousiana y estos artículos se refieren al error en la substancia y en las calidades esenciales, entendiendo por estas últimas las que le dan mayor valor a la cosa. O sea, según la fuente de este artículo, la calidad esencial se debe juzgar con criterio objetivo, pues se atiende a la calidad que da mayor valor a la cosa, y el mayor valor se determina atendiendo a la opinión general y no a la sola intención del contratante”.

“Los jueces deben apreciar, pues, según las circunstancias del acto, cuál es la calidad esencial que ha debido tenerse en cuenta al contratar, y no la sola intención del que invoca el error”.⁴⁴

771. El conocimiento por la otra parte de la calidad determinante no es necesario. Para que el error sustancial vicie el consentimiento, sea que recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del acto o contrato, o sobre alguna calidad esencial de la misma, no es necesario que la otra parte sepa que el motivo determinante que su contraparte tuvo para contratar fue la sustancia

⁴² BEUDANT, obra citada, tomo VIII, N° 112, p. 76.

⁴³ Obra citada, tomo VI, N° 183, pp. 243 y 244.

⁴⁴ LEÓN HURTADO, AVELINO, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, obra citada, p. 135.



u otra calidad esencial del objeto; la ley no exige este conocimiento, como lo hizo en el inciso 2º del mismo artículo 1454 del Código Civil respecto del error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa. Al exigir, en este último caso, para que el error vicie el consentimiento, que la otra parte haya sabido que tal calidad fue el motivo principal que indujo al contratante a contratar, y al no exigirlo en el caso del inciso 1º, está demostrando que tal conocimiento no es necesario cuando el error recae sobre la sustancia o sobre una calidad esencial de la cosa objeto del acto o contrato.

Idéntica opinión sustentan Colin y Capitant cuando dicen: “Es evidentemente más racional admitir que basta un error cometido por una de las partes. Desde el momento, en efecto, que uno de los contratantes ha contratado en vista de una calidad determinante que no existe, su consentimiento está viciado, aun cuando la otra parte haya ignorado el error cometido, aun cuando haya estado de buena fe; por lo tanto, el contrato debe ser anulado”.⁴⁵

Luis Claro Solar se pronuncia también en el mismo sentido: “La ley no exige que ambas partes hayan incurrido en el mismo error, sino que ‘alguna’ de las partes haya incurrido en él, siempre que recaiga sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el cual se trata”.⁴⁶ Tiene razón Claro Solar al decir el Código Civil “alguna de las partes”, se pone en el caso de que “una entre varias” padezca de error, y no que sean “todas las partes”.

Consistente con su opinión citada en el número anterior, Avelino León sostiene que “como exigimos que esa calidad esencial se juzgue con un criterio objetivo, ‘la otra parte’ debe necesariamente darse cuenta del error en que incurre su cocontratante; y resulta así que el error viene a ser también compartido. Se llega, pues, al mismo resultado, que es el de mayor justicia y de convivencia para la estabilidad de los negocios”.⁴⁷

B) *Error en una calidad accidental de la cosa*

772. Por lo general, el error en una calidad accidental de la cosa no vicia el consentimiento. El segundo caso de error sustancial que señala el Código Civil está reglamentado en el inciso 2º del artículo 1454, que dispone que “el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de las partes para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”.

El error en una calidad accidental de la cosa, en una calidad que, por su naturaleza, no es esencial, no vicia el consentimiento; pero si tal calidad ha sido el motivo principal que determinó a una de las partes a celebrar el contrato, el error vicia el consentimiento y el acto jurídico es rescindible, a condición, naturalmente, de que ese motivo haya sido conocido de la otra parte.

⁴⁵ Obra citada, tomo II, N° 39, pp. 36 y 37.

⁴⁶ Obra citada, tomo XI, N° 774, p. 157.

⁴⁷ LEÓN HURTADO, AVELINO, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, obra citada, p. 137.

773. Requisito exigido para que el error accidental vicie el consentimiento.

La diferencia que existe entre esta situación y aquella en que el error recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto radica en que en el caso que ahora estudiamos, es indispensable, para que el error vicie el consentimiento, que la otra parte haya conocido que la calidad sobre la cual versó el error fue el motivo principal que su contraparte tuvo para consentir. De lo contrario, tal error no vicia el consentimiento y no da derecho a la rescisión del contrato.

La ley no señala la forma cómo la otra parte puede llegar a saber que una calidad accidental de la cosa fue determinante del consentimiento del otro contratante, por lo cual no es necesario que el conocimiento lo adquiera por habérselo manifestado así su contraparte; basta que esté en antecedentes de esa circunstancia por cualquier medio o en cualquiera forma para que el error sobre tal calidad sea causa de rescisión del acto jurídico. En el mismo sentido se expresa Claro Solar.⁴⁸

774. Diferencia entre error en una calidad accidental de la cosa e incumplimiento del contrato. El error sobre una calidad accidental de la cosa, que una de las partes ha elevado a la categoría de motivo determinante del contrato, no debe confundirse con la situación que se presenta cuando una de ellas pone como condición que la cosa sobre que versa el contrato tenga una calidad determinante, y la otra acepta el contrato en esos términos. En este segundo caso, la existencia de esa calidad en la cosa objeto del contrato es una de las estipulaciones del mismo, de modo que si la cosa no la contiene, no hay error sustancial, sino que incumplimiento del contrato por una de las partes. El efecto es, entonces, la resolución del contrato, o su cumplimiento forzado, con indemnización de perjuicios (siempre que se trate de un contrato bilateral), en vez de la rescisión del mismo.

775. Diferencia entre error sobre una calidad accidental de la cosa y vicios redhibitorios. No debe confundirse tampoco el caso en que haya error sobre una calidad accidental de la cosa con aquel en que ésta adolezca de vicios redhibitorios.

El error vicia el acto y autoriza, por eso, para pedir su anulación, o sea, produce la sanción máxima que establece la ley; en cambio, si la cosa objeto de la obligación tiene vicios ocultos, que la ley denomina “redhibitorios”, se puede pedir la resolución del contrato o la rebaja del precio, según las circunstancias.

Ambos casos se semejan en que el error, para que vicie el consentimiento, debe ser determinante, de naturaleza tal que si la persona hubiera sabido que la cosa carecía de la calidad que fue el motivo principal que tuvo en vista para contratar, no hubiera celebrado el contrato; del mismo modo, entre los requisitos que deben reunir los vicios para ser redhibitorios, está el de “ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo

⁴⁸ Obra citada, tomo XI, N° 781, p. 174.

sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio” (artículo 1858, N° 2º, del Código Civil).

Pero de lo dicho surge la diferencia que existe entre estas dos situaciones: en el caso del error, la persona contrata teniendo en vista una calidad que supone existente en la cosa, la cual, si falta, autoriza para rescindir el contrato, pero no impide que la cosa sea perfectamente útil y completa y sirva para el uso que comúnmente se da a las de su especie. En cambio, cuando hay vicios redhibitorios, la persona que contrata no ha tenido en vista una calidad especial de la cosa, sino que lo ha hecho para adquirir o hacer uso de la cosa como tal, empleándola para el objeto a que generalmente se la destina; y si contiene dichos vicios, la cosa no sirve para su uso natural, o sólo sirve imperfectamente, de modo que no llena la necesidad de quien la adquirió o arrendó. No sucede, pues, lo que en el caso del error, en que la cosa, aun cuando no contenga la calidad elevada a la categoría de esencial por la parte contratante, es útil y sirve plenamente para su uso natural.

“Los vicios redhibitorios, además, alteran la cosa sin desnaturalizarla; mientras que el error de hecho, al contrario, hace que la cosa o no sea la misma que el contratante tiene en mira (error sobre la sustancia) o que carezca de una calidad (error sobre calidad esencial); y afecta, por lo mismo, más profundamente la convención, ya que el vicio redhibitorio no afecta a la validez del contrato, como ocurre siempre con el error que vicia el consentimiento”.⁴⁹

Acerca de la relación entre los vicios redhibitorios y la nulidad relativa, véase también el número 744 de esta obra.

C) *El error en la persona con quien se contrata*

776. Casos en que esta especie de error vicia el consentimiento. Finalmente, el Código Civil, en el artículo 1455, señala el último caso de error que vicia el consentimiento, al decir que “el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”.

Al igual que lo que sucede en el caso antes analizado, el error en la persona no vicia el consentimiento, sino cuando es determinante, o sea, cuando el contratante ha celebrado el contrato precisamente por consideración a esa persona; de lo contrario, el error no vicia el consentimiento y el acto es válido.

La razón de la disposición del artículo 1455 se debe a que, por regla general, es indiferente la persona con quien se contrata, porque lo que se persigue, al contratar, es el beneficio pecuniario que reportará el contrato. Sin embargo, hay casos en que el contrato se celebra en consideración a

⁴⁹ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 782, pp. 174 y 175.

la persona del otro contratante. Se dice, entonces, que el acto es *intuitus personæ*. En tales casos, el error adquiere la categoría de sustancial y vicia el consentimiento.

777. Concepto del error sobre la persona. Es necesario determinar si el error en la persona debe recaer sobre su identidad exclusivamente, o si puede versar también sobre sus aptitudes o calidades físicas o intelectuales.

Los autores están de acuerdo en considerar que el error sobre la persona puede recaer tanto sobre su identidad misma, como sobre sus calidades físicas e intelectuales, y en ambos casos el error vicia el consentimiento si, de no mediar él, no se hubiera celebrado el contrato.

Planiol, entre otros, expresa que “desde el instante en que el error ha sido determinante, poco importa que se refiera a la identidad misma de la persona o a una cualidad de esta persona”.⁵⁰

“El error recae sobre la persona en un contrato”, dicen Colin y Capitant, “en que la consideración de las calidades de la persona con quien se contrata es la causa principal y determinante del contrato”.⁵¹

Aubry y Rau, que participan de la misma opinión, se expresan así: “Para que el error vicie el consentimiento, no es necesario que recaiga sobre la identidad misma de la persona: basta que recaiga sobre una cualidad, si la voluntad de uno de los contratantes ha sido determinada por la consideración de esta cualidad que él creía erróneamente encontrar en la persona de la otra parte”.⁵²

Finalmente, según Coviello, “existe el error sobre la persona lo mismo cuando recae sobre la individualidad, que cuando versa sobre las calidades de una persona de otro modo determinada”.⁵³

En Chile Avelino León Hurtado afirma que “el error en la persona puede referirse a la persona misma, o sea, a su identidad, como a las calidades de la persona con quien se contrata. Se sigue un criterio semejante para juzgar el error en las calidades de la persona que el que se aplica para el error en las calidades de la cosa. Siendo determinantes la identidad o las calidades que se suponen en la persona del otro contratante, el error en que se incurra vicia el consentimiento”.⁵⁴

778. El error en la persona en el matrimonio y en las asignaciones testamentarias. El principio que acabamos de exponer es recogido expresamente en el caso del matrimonio, en el cual el error en la persona vicia el consentimiento tanto cuando recae sobre la identidad del otro contrayente, como cuando recae en alguna de las calidades personales de éste que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determi-

⁵⁰ Obra citada, tomo VI, N° 182, p. 241.

⁵¹ Obra citada, tomo I, N° 66, p. 68.

⁵² Obra citada, tomo IV, p. 494.

⁵³ Obra citada, p. 424.

⁵⁴ LEÓN HURTADO, AVELINO, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, obra citada, p. 140.



nante para otorgar el consentimiento (N^{os} 1^o y 2^o del artículo 8^o de la Ley de Matrimonio Civil). En cambio, tratándose de las asignaciones testamentarias el artículo 1057 del Código Civil establece que “el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiera duda acerca de la persona”.

779. Casos en que el acto jurídico es *intuitus personæ*. No puede formularse una regla general respecto de cuáles actos se han celebrado en consideración a la persona, o sea, a la identidad misma o a determinadas cualidades y aptitudes de la otra parte, sino que, en cada caso, el juez deberá determinar si, de no haber mediado el error, la persona hubiera celebrado el contrato.

Sin embargo, pueden darse algunas directivas o conceptos generales respecto de los casos en que el error en la persona vicia el consentimiento.

Los contratos *a título gratuito* se celebran, por lo general, en consideración a la persona del otro contratante. El ejemplo típico lo constituye la donación, contrato a título gratuito por excelencia: si hay error en cuanto a la identidad de la persona del donatario, el donante podría pedir la rescisión del contrato fundado en el vicio de su consentimiento; lo mismo sucedería si una persona, creyendo a otra sumida en la pobreza, le hace una cuantiosa donación, cuando la situación del donatario es económicamente holgada. En tal caso, el error, si bien no recae sobre la identidad misma, dice relación con una calidad especial de la persona.

A la donación se equipara la condonación o remisión que procede de mera liberalidad (artículo 1653 del Código Civil), y entre los diversos contratos a título gratuito en que se supone que la persona del otro contratante es determinante de su celebración, podemos señalar el comodato, el mutuo sin interés, etc.

780. Los actos a título oneroso no son *intuitus personæ*; excepciones. Por regla general, los contratos onerosos no se celebran en consideración a la identidad o calidades de la otra parte. Sin embargo, hay excepciones que se deben a la naturaleza misma del contrato, que son *intuitus personæ* de por sí, y otros que pueden serlo dadas algunas circunstancias especiales.

Entre los contratos onerosos que se celebran en consideración a la persona del otro contratante, está la *transacción*, por disposición expresa del artículo 2456 del Código Civil, que establece una presunción legal al respecto: “La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige. Si se cree, pues, transigir con una persona y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción”.

La *sociedad colectiva* es, en general, *intuitus personæ*, porque las personas se asocian con otras en vista de la capacidad u otras cualidades de éstas; y tal circunstancia tiene especial importancia en esta clase de sociedades, en razón principalmente de que los socios responden con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas por la sociedad.

El *mandato*, puesto que es un contrato de confianza, se celebra generalmente en consideración a la persona del mandatario. Y el carácter *intuitus*

personae se acentúa cuando el encargo supone aptitudes especiales en el mandatario, como es el caso del encargo conferido a un abogado para la defensa de un pleito.

En algunos de los contratos citados, las obligaciones que engendran son de hacer, lo cual explica que se hayan celebrado en consideración a la persona del otro contratante; no es indiferente la persona que haya de cumplirlas, ya que lo que se busca son precisamente las aptitudes físicas o intelectuales del deudor. En cambio, en los contratos que engendran obligaciones de dar, es indiferente la persona que deba cumplirlas; así sucede en la compraventa y en el arrendamiento. Sin embargo, aun en estos contratos, especialmente en el arrendamiento, la persona puede ser un elemento determinante de la celebración del contrato, porque se puede arrendar una casa a una persona determinada y negarse a arrendársela a otra; en este caso, si hay error en la identidad de esa persona, el contrato sería rescindible.

Esto es más evidente aun en el mutuo con interés, que se celebra, por lo general, en consideración a la solvencia del que solicita el préstamo; si hubiere error en lo relativo a su aptitud para responder del pago de la deuda, el contrato podría rescindirse.

Los actos de familia, “relativos al estado civil de las personas, comportan normalmente la consideración de la persona”.⁵⁵ Este principio, expresamente contemplado en la Ley de Matrimonio Civil, es aplicable a otros actos, que, por su trascendencia en las relaciones de familia, se ejecutan precisamente en consideración a la persona: la adopción, el reconocimiento de un hijo, etc.

781. Característica de esta especie de error. Para que el error sobre la persona con quien se contrata vicie el consentimiento, se requiere únicamente que la consideración de esa persona haya sido determinante de la celebración del acto. En consecuencia, no se exige, como en el caso del error sobre una calidad accidental de la cosa, cuando esta calidad ha sido el motivo principal del acto jurídico, que la otra parte haya sabido que la consideración de su persona es la causa principal del acto; basta que éste sea *intuitus personae* y se yerre sobre la identidad o sobre alguna calidad o aptitud de la persona. Se parece este caso al del error sobre la sustancia u otra calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato.

782. En la rescisión por error en la persona procede la indemnización de perjuicios. Interpretación más amplia de Avelino León Hurtado. El artículo 1455 del Código Civil, que considera vicio del consentimiento al error que recae sobre la persona, cuando la consideración de esta persona es la causa principal del contrato, dispone en su inciso 2º: “Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”.

⁵⁵ PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 182, p. 241.



No es necesario recalcar la evidente justicia de la disposición transcrita, ya que no es justo que las consecuencias que provengan de la nulidad del contrato recaigan sobre la persona con quien erradamente se contrató, puesto que tal nulidad sería imputable al descuido de quien sufrió el error, que no gastó la diligencia debida para cerciorarse de la persona del otro contratante. Pero este derecho sólo compete si la persona con quien erradamente se contrató estaba de buena fe.

Pero si la persona con quien erradamente se contrató no estaba de buena fe, sino que sabía que no era con ella con que la otra parte deseaba celebrar el contrato, no puede reclamar ninguna indemnización. Más aún, si dicha persona, por su dolo o culpa, permitió que se celebrara erróneamente el contrato, será ella quien deberá indemnizar los perjuicios que el otro contratante haya sufrido, ya que éstos serían la consecuencia de su acto ilícito (artículo 2314 del Código Civil). Para Avelino León Hurtado, siendo idéntico el efecto del error en la persona al de los demás errores vicio reconocidos por el Código Civil, cabría estimar que “la indemnización que se acuerda en el primer caso debería existir también en el segundo, pues tan justo es que se indemnice a la persona con quien erradamente se ha contratado como al contratante de buena fe que tiene la cosa respecto de cuya substancia o calidad esencial yerra el otro contratante. Porque en ambos casos el que acciona de nulidad reconoce su negligencia por no haberse cerciorado, sea de la persona del otro contratante, sea de la substancia o calidad esencial de la cosa”.⁵⁶ Sin embargo, por nuestra parte, a falta de norma expresa aplicable a los casos de error sobre la cosa, advertimos ciertas dificultades para extender a aquéllos la responsabilidad por daños. En efecto, como toda carga impuesta a un sujeto, la responsabilidad civil debe reconocer su sustento en algún incumplimiento contractual, un hecho ilícito del deudor o al menos la disposición de la ley (como ocurre en el caso del artículo 1455). En ese sentido, si se parte de la base de que el error que vicia el consentimiento, para producir los efectos de tal, debe ser excusable –por aplicación de los principios generales de derecho en cuanto a que nadie puede aprovecharse de su propia negligencia o dolo–, parecería a primera vista que el carácter excusable del error vicio conduciría a descartar el carácter ilícito, o al menos negligente, en la actuación de la parte que obtiene la rescisión del contrato por causa de error. En cambio, en el caso del artículo 1455 es simplemente el legislador quien ha establecido una responsabilidad objetiva para asegurar el debido resarcimiento al contratante de buena fe, estableciendo de paso una distinción frente a las reglas de los artículos que lo preceden. Si la misma razón existe para conceder la indemnización en los demás casos, nos parece que, por los argumentos dados, corresponde al legislador extender el campo de aplicación de esta responsabilidad civil.

Pablo Rodríguez descarta la indemnización de perjuicios en los casos de error de los artículos 1453 y 1454 por la existencia de “culpas compartidas

⁵⁶ LEÓN HURTADO, AVELINO, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, obra citada, p. 142.

que excluyen la mala fe y que se compensan”,⁵⁷ planteamiento que discutiremos más adelante.

Sobre esta materia volveremos con más detalles en el número 1308 bis.

Título V

OTRAS ESPECIES DE ERROR

§ I. EL ERROR ACCIDENTAL

783. El error accidental no vicia el consentimiento. Finalmente, existe una especie de error que no vicia el consentimiento: es el “error accidental”. Este error es de tan poca importancia, que no alcanza a influir en las consecuencias del acto jurídico; por este motivo, la ley considera que es más ventajoso para el interés social mantener el acto o contrato, que permitir anulación.

Constituye error accidental el que recae sobre una calidad accidental o secundaria de la cosa objeto del acto o contrato, cuando esta calidad no ha sido el motivo determinante de una de las partes para contratar; o bien, si esa calidad ha sido determinante, ello no ha sido conocido de la otra parte, y finalmente, cuando el error recae en la persona con quien se contrata, pero el acto jurídico no se ha celebrado en consideración a esa persona (artículos 1454 y 1455 del Código Civil).

El artículo 676 del Código Civil señala un caso de error accidental, al decir, en su inciso 2º, que “si se yerra en el nombre sólo, es válida la tradición”. El artículo 1057 repite esa regla, al establecer que “el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona”.

Igualmente, en la transacción el error de cálculo no la anula; sólo da derecho a que se rectifique el cálculo (artículo 2458 del Código Civil).

§ II. EL ERROR EN LOS MOTIVOS O LA CAUSA DEL ACTO O CONTRATO

784. El error en la causa del acto jurídico produce nulidad absoluta. Algunos autores se refieren al error sobre los motivos o sobre la causa del acto o contrato, es decir, sobre los motivos o sobre la causa que induce a una persona a celebrar el acto jurídico. Nuestro Código Civil no contempla expresamente esta clase de error.

Respecto del error sobre la causa, diferente, por cierto, del error en los motivos internos que haya tenido la persona, el acto en que él incide es nulo, no debido al error, sino porque el acto jurídico carece de la causa que supone la persona que lo celebra; en consecuencia, y de acuerdo con lo que dijimos al referirnos a la falta de causa como causal de nulidad absoluta, el acto o contrato celebrado en consideración a una causa que no existe realmente, es nulo.

⁵⁷ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *La Inexistencia y Nulidad*, obra citada, p. 290.



785. El error en los motivos internos no vicia el consentimiento. Si hay error en los motivos internos que haya tenido la persona que celebra un acto jurídico, semejante error no vicia el consentimiento, porque el Código Civil no lo contempla entre tales vicios. Además, si se admitiere este error como causa de rescisión de los actos o contratos, sería permitir que las personas obraran con ligereza e imprudencia, sin comprobar previamente los antecedentes del acto jurídico que piensan celebrar, pues aun en caso de error en los motivos, el acto podría ser anulado.

Aceptar el error en los motivos como causal de rescisión implicaría, por otra parte, dar demasiada intervención en el campo del derecho contractual al elemento subjetivo, al fuero interno del individuo, permitiéndole alegar hechos y circunstancias difíciles de comprobar, por pertenecer, precisamente, a su volición interna, a la cual no es fácil llegar para comprobar su veracidad. El derecho debe ser más objetivo, de lo contrario pecaría por impreciso y autorizaría a personas de mala fe para aprovecharse en su propio beneficio de disposiciones legales que sólo tienden a proteger a quienes han incurrido en errores que los perjudican efectivamente.

Título VI

EL ERROR COMÚN

786. Concepto del error común. Hemos visto que cuando una persona ejecuta un acto o celebra un contrato y su voluntad o su consentimiento adolece de error, tal voluntad o consentimiento está viciado, y si ese error presenta la gravedad y naturaleza exigidas por la ley, quien lo sufre puede pedir la rescisión del acto o contrato.

Hay casos, sin embargo, en que el error no sólo es cometido por una persona, sino que se generaliza de tal modo que pasa a constituir la regla general, debido a que las circunstancias impiden que gran número de personas lleguen a tener conocimiento de la verdad de los hechos; se le denomina, entonces, *error común*.

787. El error común no vicia el consentimiento. En tal caso, el error no vicia el consentimiento; por el contrario, permite validar los actos celebrados bajo el imperio de semejante error y que, de no haber mediado él, habrían sido nulos.

Si el acto jurídico adolece de error, es nulo de nulidad relativa; pero basta que ese error sea común, es decir, que participe de él gran número de personas, debido a circunstancias plausibles, para que el acto conserve su plena validez y produzca todos los efectos que le son propios.

Se dice que “error común constituye derecho”. En realidad, es una manera de decir, porque el verdadero significado de esta máxima es que el error común valida los actos que, sin él, serían nulos, o sea, impide que el vicio de que adolece el acto o contrato produzca la invalidación de éste. De este modo, lo que sería nulo, se valida por el hecho de que el error sea

común. En resumen, el error común “constituye derecho en cuanto impide que el acto ejecutado con violación de las reglas legales sea anulado y privado de los efectos correspondientes”.⁵⁸

Luis Claro Solar, explicando este principio, dice que “no debe darse a la máxima, como pudieren hacerlo creer las palabras *facit jus*, hace o constituye derecho, un alcance que no tiene; la aplicación de la máxima en estudio consiste únicamente en asegurar el mantenimiento de situaciones realizadas como consecuencia de ese error general e ineludible; no se trataría jamás de fraguar una regla de derecho”.⁵⁹

788. Requisitos para que el error pueda ser considerado “común”. Para que el error pueda ser considerado común, es necesario que de él participe un gran número de personas, no sólo las partes que celebran el acto o contrato, sino también el público en general. Es preciso, además, que exista una *justa causa de error*, o sea, que éste no aparezca a la simple vista, sino que todas las apariencias estén en contra del descubrimiento de la verdad y solamente con un estudio más a fondo de los antecedentes se pueda descubrir el error.

Finalmente, las personas que incurran en un error considerado como común, deben estar de buena fe, es decir, deben ignorar la verdadera situación que se oculta tras el error.

789. Fundamentos del error común. El fundamento de la máxima de que el “error común constituye derecho” es la conveniencia social: a la colectividad le interesa la estabilidad de las situaciones jurídicas; tal estabilidad es la base de su progreso y desenvolvimiento y las consecuencias de la anulación de los actos celebrados bajo el imperio de tal error serían más graves que el reconocimiento de la eficacia de tales actos.

“Se siente la necesidad imperiosa de proteger a aquellos que se han engañado, aunque esta protección pueda conducir a dejar la ley sin ejecución, ya que no se puede hacer tabla rasa de un error en que necesariamente se ha tenido que incurrir a pesar del cuidado empleado en el acto o contrato y de la buena fe con que es ejecutado”.

“La equidad rechaza el rigor de la aplicación estricta de la ley: la situación de hecho contraria al derecho, nacida del error invencible, debe ser mantenida. Esta derogación excepcional del principio de la fuerza obligatoria de la ley aparece plenamente justificada, porque si este principio constituye una regla de orden público, el adagio *error communis facit jus* tiene también su fundamento en el interés social, es un principio de buen orden en la sociedad, una regla protectora de la seguridad social, que dejaría de existir si aquel que ha obrado con toda la prudencia necesaria no es protegido”.⁶⁰

790. Casos de error común. El caso más frecuente de error común es el del acto celebrado con la intervención de un funcionario público que carece de

⁵⁸ VODANOVIC, ANTONIO, *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, N° 163, p. 130.

⁵⁹ Obra citada, tomo XI, N° 796, p. 188.

⁶⁰ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 796, p. 185.



algunas de las calidades que la ley exige para que pueda desempeñar la función que aparece ejerciendo, o cuyo nombramiento adolece de algún vicio.

Respecto de los funcionarios públicos que intervienen en el otorgamiento de actos y contratos, existe una presunción de que están desempeñando sus funciones legalmente y en debida forma, porque es natural suponer que, al nombrárseles, se han cumplido todos los requisitos exigidos por la ley. Además, no sería posible obligar a las personas que ocurren en demanda de los servicios de tales funcionarios que se cercioren previamente de si su nombramiento está ajustado a la ley o si tienen las calidades requeridas para el desempeño del cargo que ejercen.

La Corte Suprema ha expuesto muy bien estos principios en una sentencia cuya doctrina es la siguiente: “Acreditado que no existía en el departamento correspondiente abogado en el ejercicio legal de la profesión a la fecha en que se hizo el nombramiento de notario interino, que recayó en persona que no tenía la calidad de abogado, ni que el juez tuviera conocimiento fidedigno de que realmente existiera en la localidad una persona con título de abogado, el funcionario nombrado para el cargo de notario interino estaba en posesión, al menos de un título colorado, que le permitía, a la faz de las autoridades de la localidad, ser considerado como notario y revestir aquel carácter ante el público que ocurría en demanda de sus servicios. Así se justifica su actuación en los numerosos instrumentos extendidos en los registros a su cargo”.

“En tal virtud, la calidad de notario interino aparece suficientemente acreditada para las personas que solicitan sus servicios, sin que los otorgantes necesiten averiguar la legitimidad de sus funciones o investigar la calidad de su persona para desempeñarlas válidamente”.

“Semejantes precauciones no incumben a los que concurren a una oficina pública que se atiende de acuerdo con las condiciones que la ley exige para el desempeño del cargo, y para el cual quien lo desempeña fue designado por la autoridad a la que correspondía el nombramiento”.

“En consecuencia, es válido el testamento otorgado ante el notario interino que, sin tener título de abogado, desempeñaba el cargo en las condiciones dichas”.⁶¹

Esta sentencia analiza el problema en toda su amplitud; en primer lugar, se refiere al error común de todos los habitantes de la localidad, que consideraban al notario como tal. Además, ante todo el mundo, el notario aparecía plenamente facultado para ejercer sus funciones, porque tenía todas las apariencias de tal; por consiguiente, existía una justa causa de error. Finalmente, la persona que ocurrió ante el notario que estaba inhabilitado para ejercer el cargo, lo hizo de perfecta buena fe, creyendo ocurrir ante un verdadero notario; y no tenía por qué pensar lo contrario, ya que padecía del error común a todos los habitantes de la localidad.

La conclusión a que llega la Corte Suprema es, pues, la consagración del principio según el cual el error común constituye derecho, ya que declara que el testamento otorgado ante ese notario inhabilitado para ejercer sus

⁶¹ *Revista*, tomo 41, 2ª parte, sec. 1ª, p. 547.

funciones, es válido, porque el testador padeció de un error común, imposible de evitar en circunstancias normales.

Fácil es imaginarse el trastorno que produciría la aceptación de la doctrina contraria: podrían ser anulados todos los actos y contratos otorgados ante notario, porque serían tan nulos como el testamento que motivó el juicio en que se dictó la sentencia antes citada.

En otra sentencia, la Corte Suprema sustenta la misma doctrina, al fallar que “para los efectos de la validez de un instrumento otorgado ante el funcionario correspondiente, basta que éste exhiba su investidura con las apariencias que ordinariamente ostentan dichos funcionarios, o sea, que esté en posesión, a lo menos de un título colorado que le permita intervenir a la faz del poder público y ser considerado tal por el común de las gentes; y de aquí la máxima aceptada universalmente *error communis facit jus* que nuestra legislación reconoce al darle valor, entre otros casos, al matrimonio putativo, al curador de hecho, al heredero aparente, al testigo testamentario aparentemente capaz, etc.”.⁶²

791. Casos de error común señalados en el Código Civil. La sentencia transcrita señala algunos de los casos en que la citada máxima es aplicada por el Código Civil.

Uno de ellos, quizás el más típico, se presenta cuando se concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido a sus herederos. Según el artículo 91 del Código Civil, “decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte”. Pero si el desaparecido declarado muerto presuntivamente reaparece, el decreto de posesión definitiva se rescinde, es decir, se anula todo lo obrado y vuelven las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse ese decreto; sin embargo, aplicando la máxima en estudio, el artículo 94 del Código citado dispone que “en la rescisión del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen:

1ª El desaparecido podrá pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia.

2ª Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción contados desde la fecha de la verdadera muerte.

3ª Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieron.

4ª En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, *subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos*. En otras palabras, se mantienen las situaciones legalmente establecidas a consecuencia del error común de creer muerto al desaparecido.

⁶² Revista, tomo 36, 2ª parte, sec. 1ª, p. 286.



El artículo 426 del Código Civil señala otro caso de aplicación de esta máxima al disponer que “el que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja”.

“Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría, y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribución ordinaria, y podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo”.

“Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura”.

Otro caso en que el Código Civil aplica la máxima “el error común constituye derecho” es aquel en que existen herederos o legatarios aparentes, respecto de los cuales el inciso final del artículo 704 dispone que “sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial o resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto o resolución; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido legalmente ejecutado”.

Igualmente, el artículo 1013 del Código Civil admite la habilidad putativa de los testigos en un testamento, al disponer que “si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente no se manifestare en el aspecto o comportación de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo”.

“Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos”.

La circunstancia de no reunir uno de los testigos las condiciones que exige la ley no invalida el testamento, porque las apariencias dieron lugar a un error común, del cual participaba el público en general, con justa causa, debido a que el testigo no manifestaba, en su comportamiento, la inhabilidad de que adolecía.

Por último, citaremos el artículo 1576, cuyo inciso 2º dispone que “el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”.

Ante los ojos del deudor, y ante el público, el que estaba en posesión del crédito aparecía como verdadero acreedor; luego, existiendo esta justa causa de error, el error común proveniente de esta apariencia, que no correspondía a la estricta realidad, no vicia el consentimiento, sino que el pago hecho es válido y el crédito se extingue. Pero ese precepto exige que el pago sea hecho de buena fe, ya que esta buena fe es uno de los requisitos que señalamos para que el error común produzca sus efectos propios, o sea, para que no vicie de nulidad al acto en que incide.

En todos los casos que hemos señalado, el Código Civil, aplicando la máxima tantas veces citada, mantiene en vigor situaciones en que, por error, no se cumplieron todos los requisitos legales y que en estricto derecho serían nulas por infringir la ley; sin embargo, dado que el error fue motivado por

una justa causa, el Código Civil permite que esos actos jurídicos produzcan sus efectos, a fin de proteger el interés de las personas que los ejecutaron y el de la sociedad en general.

792. El principio del error común ¿es de aplicación general o excepcional?

La máxima de que “el error común constituye derecho” es un principio de carácter general, por lo cual no se requiere que en cada caso particular haya un texto legal expreso que la haga aplicable. Tratándose de una regla general, las normas legales que la contienen no constituyen disposiciones de excepción, sino que, por el contrario, son aplicaciones a casos concretos de un principio general de derecho.

La cuestión tiene importancia, porque si se trata de un principio de excepción, los jueces sólo podrán aplicarlo cuando exista un texto legal expreso que lo establezca; en cambio, si constituye la regla general, podrán considerar válido cualquier acto que haya sido ejecutado mediando un error común, aun cuando no exista ninguna disposición legal que lo aplique a ese caso particular.

Creemos que el principio en estudio, por su naturaleza misma de protector de la equidad en las relaciones jurídicas, es de aplicación general a todo el Derecho, y puede ser invocado aun sin texto legal expreso que lo establezca para el caso que se discute. Igual criterio ha adoptado la Corte Suprema en las dos sentencias que citamos, en las que aplica este principio a casos para los cuales la ley nada dispuso.

793. Diferencia entre el error común y el error que vicia el consentimiento.

Entre el error común y el error que vicia el consentimiento hay una diferencia fundamental que conviene anotar. Mientras el segundo, en sus diversas formas, vicia el consentimiento y acarrea la nulidad del acto o contrato en que incide, el error común produce el efecto diametralmente contrario, es decir, permite que el acto o contrato que se ha celebrado mediante él produzca todos sus efectos y no pueda ser anulado.

De aquí fluye que mientras el error que vicia el consentimiento debe ser alegado por la persona que lo sufrió, a fin de lograr la declaración de nulidad del acto, el error común es alegado en contra de la persona que lo ha padecido, como un medio de enervar la acción de nulidad.

SECCIÓN 2ª

LA FUERZA

Título I

CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

§ I. LA FUERZA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

794. Definición. La fuerza, que es otro de los vicios de que puede adolecer el consentimiento, puede ser definida como “la presión que se ejerce por



medios físicos o morales sobre la voluntad de un individuo, para obligarlo a ejecutar un acto jurídico determinado”.

La persona que contrata estando sometida a “fuerza” o “violencia”, lo hace para evitarse sufrimientos inmediatos o futuros que se le imponen o con que se le amenaza para obtener su consentimiento.

“Hay violencia”, según dicen Planiol y Ripert, “cuando el consentimiento se da bajo el imperio de un sufrimiento actual o del temor de un sufrimiento futuro”.⁶³

Para Lutzesco, “la violencia consiste en toda presión física o moral ejercitada sobre una persona o sobre sus bienes, a fin de extorsionarle un compromiso contrario a su voluntad interna”.⁶⁴

795. Lo que constituye el vicio del consentimiento es el temor que infunde la fuerza. La fuerza en sí misma no vicia el consentimiento; lo que constituye el vicio es el temor que dicha fuerza infunde en el ánimo de la persona sobre quien se ejerce. El temor se puede deber a que continúe el sufrimiento a que se está expuesto (tortura) o bien, a que se pueda producir el mal con que se ha amenazado, sea que éste recaiga sobre la misma persona víctima de la fuerza, sobre otras con quien ella tiene vínculos afectivos, o sobre sus bienes.

Este temor a un sufrimiento presente o futuro es un vicio del consentimiento, porque altera el libre querer de la persona; la constriñe a ejecutar un acto jurídico que no desea, a manifestar una voluntad que no es libre y que no corresponde a su verdadera volición interna. Existe aquí, como en el error, una disconformidad entre la voluntad manifestada y lo verdaderamente querido por la persona; pero ambas situaciones son muy diferentes, porque mientras, en el primer caso, la disconformidad se debe a una equivocación que sufre la persona que manifiesta la voluntad, la que, por otra parte, es libre para consentir o no y sólo viene a darse cuenta de su error una vez celebrado el acto, en el caso de la fuerza dicha disconformidad tiene como causa un temor en el ánimo de la persona que manifiesta la voluntad, la cual tiene conciencia de ello desde el momento mismo en que ejecuta el acto jurídico, porque desde un principio la voluntad que expresa no corresponde a su querer interno.

La fuerza es, pues, la causa, y el temor que infunde en la víctima, el efecto. Es este efecto el que verdaderamente vicia el consentimiento, porque impide que la persona actúe con plena libertad, obligándola a celebrar un acto o contrato que, de no mediar ese temor, no habría celebrado. Por este motivo, lo que debe existir al celebrar el acto o contrato, es el temor y no la fuerza misma que lo produce, sea ésta física o consista en simples amenazas.

Así lo considera nuestro Código Civil, cuyo artículo 1456 dispone: “La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su

⁶³ Obra citada, tomo VI, N° 191, p. 254.

⁶⁴ Obra citada, tomo I, p. 347.

edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que *infunde* a una persona un *justo temor* de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”.

“El temor *reverencial*, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

Este precepto señala la diferencia que existe entre la fuerza misma y la impresión que ella produce en el ánimo de la víctima, en términos que, por el solo hecho de existir fuerza, no hay vicio del consentimiento, porque ella es sólo la causa; lo que verdaderamente interesa es el efecto de esa causa, la impresión que produzca en el ánimo de la víctima, porque es esta impresión, que se traduce en temor, la que afecta a su voluntad.

§ II. CLASIFICACIÓN

796. La fuerza puede ser de dos clases. La fuerza puede ser *física* o *moral*. Es *física* o material aquella que consiste en sufrimientos o actos de violencia ejercidos sobre la persona misma cuyo consentimiento se quiere obtener, sobre otras o sobre sus bienes; en estos casos, la fuerza es *actual*.

Es *moral* la que se ejercita sobre una persona mediante amenazas que no implican un mal presente, sino futuro; por esta razón, se dice que esta violencia es eventual, porque el mal o el sufrimiento con que se amenaza se condiciona a la actitud de la víctima.

797. Fuerza material. La procedencia de la *fuerza material* como causal de voluntad viciada ha sido discutida, porque, según algunos autores, esa fuerza significa impedir que la víctima pueda manifestar voluntad alguna. En efecto, si a una persona se le toma la mano para obligarla a firmar, ese acto no indica ni manifestación de voluntad ni nada. Es una simple apariencia de consentimiento, por lo cual el acto será nulo absolutamente, debido a la falta de consentimiento.

Ruggiero, refiriéndose a la violencia, expresa que “de las dos formas en que puede ejercerse la coacción sobre la persona, interesa aquí solamente la violencia moral o “vis compulsiva” que, encaminada a forzar una declaración, vicia la voluntad sin excluirla; no la violencia física o “vis absoluta”, que excluye totalmente la voluntad en cuanto priva al violentado de toda posibilidad de querer, e impide que nazca el negocio mismo”.⁶⁵ Según este autor, debe excluirse a la fuerza material o violencia física de entre las causales que vician el consentimiento, porque tal fuerza no vicia la voluntad, sino que impide su formación, y para que exista un vicio del consentimiento la voluntad debe haberse manifestado.

No participamos de esta opinión extrema. Por el contrario, creemos perfectamente posible que el consentimiento se manifieste bajo el imperio de algún sufrimiento físico, sin dejar de reconocer que habrá casos en que la

⁶⁵ Obra citada, tomo I, pp. 262 y 263.



fuerza de esta especie no sólo vicia el consentimiento, sino que impida que se forme. “El constreñimiento físico puede reducir a la víctima a un estado puramente pasivo”, y el consentimiento exige una actitud activa, ya que requiere un acto de manifestación al exterior de la voluntad interna de la persona. “Estrictamente no se considera esta clase de violencia con respecto a las declaraciones de voluntad que emanan de la actividad intelectual. Si, por ejemplo, se fuerza a un hombre a firmar un documento dirigiendo violentamente su mano, no puede decirse que haya consentimiento; a lo más una falsa apariencia de consentimiento, como en caso de una falsificación de su firma”.⁶⁶ Pero si esa persona firma el documento para poner fin a algún sufrimiento que se le está infligiendo por un medio material, existe consentimiento, porque su firma es auténtica, y el consentimiento queda perfecto por la manifestación de su voluntad, aun cuando no corresponda a su querer verdadero.

798. Fuerza moral. La otra especie de fuerza es *la moral*, que se ejerce mediante intimidación, es decir, por amenazas de males futuros.

Ante la amenaza o intimidación, que es la forma más usual de emplear la fuerza para lograr la manifestación del consentimiento de la víctima, ésta queda afectada por el temor de verse expuesta a algún mal o sufrimiento futuro, y la persona amenazada debe elegir entre ejecutar el acto cuya celebración se le exige para no exponerse al mal con que se la amenaza, o bien, soportar los efectos de ese mal.

En caso de amenaza, nunca deja de haber consentimiento, porque la persona, si lo presta, lo hace libre de toda fuerza física exterior; pero ese consentimiento está viciado, porque, de no mediar la fuerza, no lo hubiera manifestado, por lo cual no corresponde a su verdadero querer interno. Al poder elegir la persona entre manifestar su voluntad o rehusarla, tal circunstancia indica que es lo suficientemente libre para prestar su consentimiento, que si bien está viciado con la fuerza proveniente de la amenaza, no deja, por eso, de tener una existencia real.

El artículo 1456 del Código Civil se refiere especialmente a las amenazas cuando dice que se mira como fuerza que vicia el consentimiento “todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”. Ese “justo temor” de verse expuesta a semejante mal proviene evidentemente de amenazas, y no de fuerza física. Esto indica que la ley considera como fuerza no sólo la que consiste en medios físicos materiales de coerción, sino también a las amenazas o intimidación.

799. La fuerza es vicio de la voluntad en cualquier acto jurídico, incluso en los unilaterales. Aun cuando el Código Civil reglamenta la fuerza en relación con los contratos, la fuerza es vicio de la voluntad en general, y puede tener lugar en cualquier acto jurídico, inclusive en los unilaterales. Prueba de ello

⁶⁶ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 797, p. 192.

es que el Código citado se refiere, en el artículo 1007, a la fuerza que incide en el otorgamiento de un testamento.

Título II

REQUISITOS QUE SE EXIGEN PARA QUE LA FUERZA VICIE EL CONSENTIMIENTO

800. Concepto de la fuerza según el Código Civil. El artículo 1456 del Código Civil, que ya hemos citado, dispone: “La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”.

“El temor *reverencial*, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

Por consiguiente, la fuerza debe ser lo suficientemente *grave* para producir una *impresión fuerte* en una persona de sano juicio, tomando en cuenta los diversos antecedentes que señala ese artículo; de otro modo, no vicia el consentimiento.

La segunda parte del inciso 1º del citado artículo señala un ejemplo de lo que la ley considera como “fuerza que vicia el consentimiento”, y, al mismo tiempo, constituye una presunción de fuerza de esa naturaleza, porque se trata de uno de los casos en que la ley estima que la fuerza produce una impresión fuerte en el ánimo de una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

Si al autor de un acto jurídico se le amenaza con causar un mal irreparable y grave a una persona distinta de las señaladas en ese artículo, tal intimidación puede constituir fuerza, porque bien puede suceder que produzca una impresión fuerte en el ánimo de aquél, tomando en cuenta los demás antecedentes que señala la ley, pero este caso no estará cubierto por una presunción de fuerza, sino que será necesario probar que esa amenaza ha producido la impresión fuerte que exige el artículo 1456 del Código Civil.

801. La fuerza es un concepto relativo; requisitos que debe reunir. La fuerza es un concepto esencialmente relativo, porque no todas las personas reaccionan en idéntica forma ante una amenaza. Por eso, la ley ha subordinado la apreciación de la fuerza a ciertos factores tales como el sexo, la edad y la condición.

Este criterio es desde todo punto de vista muy lógico, porque es evidente que es más fácil producir una impresión fuerte por medio de amenazas en el ánimo de una mujer que en el de un hombre, y en el de un niño o de un viejo que en el de un hombre joven. La condición social de la víctima es otro factor que también influye al respecto, porque la educación y la cultura de la persona hacen variar de manera considerable su reacción ante una



amenaza; el ejemplo que se cita comúnmente es el de la amenaza del “mal de ojo” hecha a una persona de poca cultura, que produce en su ánimo una impresión fuerte, y que no produce ningún temor en el ánimo de personas de más cultura que no creen en tales cosas.

Por consiguiente, la fuerza no debe apreciarse en forma absoluta y en relación con un tipo ideal de persona, idéntica para todos los casos, sino que es necesario determinar su gravedad frente a cada caso concreto y establecer si en el ánimo de la persona que dice haber sufrido la fuerza, ésta ha podido producir la impresión fuerte que exige la ley, tomando en consideración los factores de la edad, sexo y condición.

Para que la fuerza vicie el consentimiento, debe ser: 1º Determinante; 2º Grave, y 3º Injusta.

§ I. LA FUERZA DEBE SER DETERMINANTE DEL ACTO O CONTRATO

802. La violencia debe estar dirigida a obtener el consentimiento de la víctima. Para que la fuerza vicie el consentimiento, debe ejercerse precisamente con el objeto de obtener el consentimiento de la persona sobre quien se ejerce, es decir, el que emplea la fuerza debe hacerlo con el propósito de arrancar el consentimiento de la víctima. Así lo exige expresamente el artículo 1457 del Código Civil.

Por lo tanto, si una persona que está sometida a violencia física o moral celebra un acto jurídico, pero sin que esa violencia esté destinada a obtener su consentimiento para ese acto, la fuerza no vicia su consentimiento, porque “es preciso que el consentimiento de una de las partes haya sido arrancado por violencia, es decir, que sea el fruto de una violencia ejercida sobre ella con la mira de obtenerlo, y no el resultado accidental de una fuerza empleada con otro fin”.⁶⁷

803. El estado de necesidad no vicia el consentimiento. Esta cuestión da origen a los llamados “actos ejecutados en estado de necesidad”, o sea, los que una persona celebra bajo la presión de ciertas circunstancias, por ejemplo, un naufragio, un terremoto, una inundación, etc. Es evidente que en tal caso la persona no ha consentido libremente, sino para verse libre del daño a que está expuesta por obra de las circunstancias.

Esos actos ¿son válidos o nulos? De acuerdo con nuestro Código Civil, tales actos son válidos, porque, para que la fuerza vicie el consentimiento, debe ser obra del hombre y no de la naturaleza. Así se desprende del artículo 1457, que habla de que la fuerza haya sido empleada por cualquiera persona.

Coviello, explicando este punto, expresa que “es cierto que sería justo considerar los contratos concluidos en semejantes situaciones como viciados, ya que la voluntad no puede ser plenamente libre; pero no hay que olvidar,

⁶⁷ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 802, p. 197.

por otra parte, que la ley no tanto tuvo en consideración la condición psicológica del agente, cuanto la causa; no habla de temor, sino de violencia; no declara nulo el contrato si hubo falta de libertad del consentimiento, o si fue celebrado en estado de necesidad; sino que declara inválido el consentimiento si fue *arrancado con violencia*. Por eso no es posible extender las normas legales establecidas para el caso de violencia a todos los casos de temor, por más que el caso del que amenaza con un mal tenga grande afinidad con el de quien, al ver a uno en grave peligro, le concede la vida imponiéndole condiciones gravosas, o aceptando promesas exorbitantes, ya que él, en cierto modo, amenaza al que se encuentra en peligro con el mal de no prestarle socorro, si no asume ciertas obligaciones. Más bien, en semejantes casos, consideradas las circunstancias de hecho, el contrato podrá considerarse nulo, por ser inmoral. Así, puede ser ilícito, si se tenía el deber de prestar ayuda, ya por la profesión especial (agente de la fuerza pública, bombero, etc.), o ya también conforme al artículo 389 del Código Penal, que impone a cualquier ciudadano el deber de asistencia para quien se encuentra en peligro, cuando ello no lo exponga a un daño o peligro personal”.⁶⁸

Planiol y Ripert no participan de esta opinión. Según estos autores, “el consentimiento es extorsionado aun cuando el peligro provenga de acontecimientos exteriores, si el beneficiario de la promesa (o un tercero) ejerce una presión para obtenerla, y por este medio la impone abusando de la situación. Hay entonces violencia ejercida por el hombre sobre el consentimiento, lo que es necesario, pero suficiente. No se discute, por otra parte, que la amenaza de una abstención pueda constituir la presión por medio de la violencia, como la amenaza de un acto positivo. Prácticamente, la presión existe desde el momento en que uno se “ha ofrecido a prestar el servicio necesario o que, solicitado, uno se ha declarado dispuesto y apto para rendirlo, imponiendo un precio que el promitente no ha aceptado de buen grado y sin resistencia”.⁶⁹

A pesar de tan autorizada opinión, no creemos que el consentimiento prestado en estado de necesidad esté viciado, porque del artículo 1457 de nuestro Código Civil se deduce que la fuerza, para que vicie el consentimiento, debe provenir de una *persona*, y ser ejercida precisamente para obtener el consentimiento; en consecuencia, el hecho de que otro se aproveche del estado de necesidad en que un individuo se encuentra, no vicia el consentimiento de éste, porque ese estado de necesidad ni es obra de aquél ni ha sido producido para obtener el consentimiento de la persona que se halla en ese estado.

Por este motivo, participamos de la opinión de Aubry y Rau, quienes estiman que “la anulación por causa de violencia no podría ser solicitada en contra de la promesa, hecha bajo el imperio del temor, a una persona a

⁶⁸ Obra citada, p. 429. La remisión hecha por el autor al artículo 389 debe ser entendida al Código Penal italiano, sin perjuicio de ello, nuestra legislación también contempla la omisión de socorro en el artículo 494 N° 13, mas la sanciona sólo como una falta.

⁶⁹ Obra citada, tomo VI, N° 195, p. 260.



quien se hubiera solicitado el socorro con el objeto de escapar a un peligro. En este caso, en efecto, el temor, que ha sido solamente la causa ocasional de la promesa, no ha sido inspirado a la persona que ha sido su víctima con el objeto de obtener forzosamente su consentimiento. Pothier enseñaba que en caso de promesa excesiva, la reducción podía ser solicitada y que correspondía al juez fijar la justa remuneración del servicio prestado. Se reconoce generalmente hoy que esa opinión es incompatible con la disposición del artículo 1118 del Código Civil. Pero los autores han buscado en vano sustituir al temperamento de equidad indicado por Pothier una solución doctrinaria basada sobre los principios. Ellos admiten que si la voluntad del promitente ha estado momentáneamente perturbada o confundida por el temor, la promesa puede ser declarada nula por falta absoluta de consentimiento”.⁷⁰

804. La fuerza debe ser obra del hombre. Según dijimos, la fuerza, para que constituya un vicio del consentimiento, debe ser obra del hombre, quien debe hacer uso de ella precisamente para obtener el consentimiento de la víctima; por lo tanto, si aquél sólo se aprovecha de circunstancias materiales que alteran la libre manifestación de la persona, el acto o contrato celebrado en esa situación es válido.

805. Es indiferente la persona que ejerza la violencia. Es indiferente la persona que emplee la fuerza para obtener el consentimiento. Así lo establece el artículo 1457 del Código Civil, que dice: “Para que la fuerza vicie el consentimiento, no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento”.

En esto, la fuerza se diferencia del dolo, el cual, para que vicie el consentimiento, debe ser obra de la otra parte. En cambio, tratándose de la fuerza, basta que cualquiera persona la emplee con el objeto de obtener el consentimiento de otra, aun cuando no tenga intenciones de beneficiarse con ella, para que vicie el consentimiento.

§ II. LA FUERZA DEBE SER GRAVE

806. Qué se entiende por gravedad de la fuerza. La fuerza, para viciar el consentimiento, debe ser capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

807. El mal con que se amenaza no necesita ser actual. Para que la fuerza vicie el consentimiento, no es necesario que el mal con que se amenaza sea actual, es decir, que se realice en el momento mismo en que la víctima ejecuta el acto o celebra el contrato; ese mal puede ser futuro, esto es, destinado a producirse algún tiempo después de proferida la amenaza.

⁷⁰ Obra citada, tomo IV, p. 501.

Lo que debe ser actual es el temor a ese mal; en otras palabras, la impresión fuerte debe existir en el ánimo de la persona en el momento en que presta su consentimiento, porque en esta forma su manifestación de voluntad no es libre. “El contrato, dice Planiol, debe haber sido efectivamente celebrado bajo el imperio del temor, y antes de que éste haya desaparecido o, a lo menos, se haya sensiblemente atenuado”.⁷¹

808. En quién o quiénes puede recaer el mal con que se amenaza. La fuerza que vicia el consentimiento puede consistir en un mal que afecte tanto a la persona cuyo consentimiento se está tratando de obtener, como a sus bienes o a otras personas con quienes la víctima tiene vínculos de afecto o de familia. Lo esencial es que la fuerza cause en el ánimo del que celebra el contrato o ejecuta el acto una impresión fuerte.

El artículo 1456, según dijimos, señala un caso en que se presume que hay fuerza que vicia el consentimiento, al disponer que “se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesto ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”. Esta presunción abarca únicamente a las personas que dicho precepto menciona; de modo que si el mal irreparable y grave con que se amenaza ha de afectar a otras que no están comprendidas en ese precepto, habrá fuerza siempre que se pruebe que la amenaza ha producido en el ánimo del contratante una impresión fuerte que lo ha movido a ejecutar el acto jurídico contra su voluntad.

Este es el verdadero sentido de la regla transcrita, la que no excluye, como podría suponerse, que la amenaza diga relación con otras personas aparte de las allí señaladas.

809. En qué puede consistir la fuerza. La fuerza puede consistir en sufrimientos físicos actuales o en la amenaza de causar cualquier mal que pueda concebir la mente humana, tanto en las personas como en los bienes.

No es posible hacer siquiera una pequeña enumeración de los hechos en que puede consistir la fuerza, porque son tan infinitos como es infinita la imaginación humana. Y no sólo constituyen actos de violencia los que comúnmente se consideran tales (castigos corporales, destrucción de bienes), sino también ciertos hechos que para algunas personas significan un gran mal, como el temor a la infamia o al descrédito público. Esta es la base del chantaje.

Giorgi dice a este respecto: “Nosotros encontramos aquí, también, una cuestión que no puede resolverse teóricamente con una respuesta precisa, sino que toma aspecto distinto según la cualidad diversa de la persona a quien amenaza la infamia. Habrá sin duda muchísimos que permanezcan insensibles al descrédito público; pero también hay por otra parte personas que consideran tan querida la reputación, como la vida. La idea de la estimación está por muchos unida al sentimiento de la felicidad que resiste hasta

⁷¹ Obra citada, tomo VI, N° 191, p. 256.

después de la muerte. Éstos, por consiguiente, desean que su memoria se presente a los sucesores con honor”.⁷²

Hay también amenazas que, por lo inverosímiles, no producen temor alguno en personas medianamente cultas, pero que en otras infunden un temor lo suficientemente considerable como para viciar el consentimiento; es el caso de las personas supersticiosas y crédulos, a quienes se les amenaza con encantamientos o con brujerías.

§ III. LA FUERZA DEBE SER INJUSTA

810. Cuándo es tal. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es *ilegítima*, es decir, cuando consiste en el empleo de medios ilícitos, que la ley rechaza.

Por eso, la amenaza de ejercer un derecho que concede la ley, no constituye fuerza; tal sucede con la amenaza de iniciar una acción ejecutiva, una querrela criminal, etc.

“Toda obligación justifica el empleo de la fuerza en caso que el deudor no la ejecute. La autoridad pública pone la fuerza a disposición del acreedor, precisamente para constreñir al deudor a cumplir su obligación. Por consiguiente, mientras el acreedor se mantiene dentro de los límites de este derecho que la ley le otorga, no puede decirse que haga uso de violencia contra su deudor y éste no puede sostener que su consentimiento ha sido violentado en los convenios que, para evitarse esta persecución legítima o durante los procedimientos a que haya dado lugar la acción entablada por el acreedor en su contra, haya podido celebrar para libertarse de ellos”.⁷³

811. El ejercicio abusivo de un derecho puede constituir fuerza. Sin embargo, el ejercicio abusivo de un derecho con el objeto de forzar la voluntad de la otra parte para que consienta en actos exageradamente gravosos para ella, se transforma de vía de derecho en vía de hecho, y vicia el consentimiento de la víctima. No puede sostenerse que se use del derecho cuando se abusa de él.

También “puede haber violencia cuando el medio, justo en sí mismo, se dirige a un fin injusto; conviene saber cuándo el ejercicio del propio derecho sea amenazado, no para obtener la realización del derecho mismo (por ejemplo el pago) o un hecho equivalente (novación, reconocimiento), sino para agravar de manera ilícita la condición del amenazado (por ejemplo, para constreñir al deudor a pagar intereses usurarios o dar en pago una cosa de valor mucho mayor que el crédito); o, lo que es peor, para obligarlo a realizar un acto que no tiene relación con el derecho con cuyo ejercicio se amenaza, como cuando alguno, amenazando con la declaración de quiebra, induce a un comerciante a hacer disposiciones testamentarias a su favor”.⁷⁴

⁷² Citado por LUIS CLARO SOLAR, obra citada, tomo XI, N° 811, p. 206.

⁷³ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 804, p. 200.

⁷⁴ COVIELLO, obra citada, pp. 428 y 429.

812. El temor reverencial no vicia el consentimiento. Pero el “temor reverencial”, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no constituye fuerza (artículo 1456, inciso 2º, del Código Civil).

El temor reverencial no vicia el consentimiento, porque tiene su origen en sentimientos de respeto hacia ciertas personas, que es conveniente estimular, y no en actos de violencia dirigidos a obtener el consentimiento.

No puede negarse que el temor reverencial puede impedir la libre manifestación de la voluntad humana, y que en tal caso, puede no existir perfecta concordancia entre la voluntad interna y el consentimiento manifestado; pero como en una situación semejante no han existido actos de violencia tendientes a forzar la voluntad de la víctima, ni se ha hecho nada encaminado a ese fin, la ley no estima que ese temor sea bastante para viciar su voluntad.

813. Caso en que el temor reverencial puede constituir fuerza. Pero si la persona a quien se teme desagradar adopta una actitud amenazadora y pretende obtener el consentimiento de la otra por medio de la intimidación, entonces ya no cabe hablar de temor reverencial, sino de fuerza que vicia el consentimiento. En consecuencia, para que el temor reverencial no vicie el consentimiento, es menester que la persona que lo infunde no haga nada por intimidar a la otra, porque basta cualquier acto por parte de la primera destinado a atemorizar a ésta, para que el temor reverencial pierda su carácter de tal y se transforme en fuerza o violencia que vicia el consentimiento.

Ejemplo de lo que venimos diciendo es el caso del empleado subalterno que celebra un contrato para no desagradar a su jefe; ese contrato es válido. Pero si dicho jefe amenaza al empleado con despedirlo de su empleo si no celebra el contrato, éste será nulo, porque entonces ha habido fuerza de parte del jefe.

814. Carácter general de la regla relativa al temor reverencial. Como la ley no ha indicado las personas a quienes se debe sumisión y respeto, sino que se ha limitado a formular una regla general, en cada caso particular será necesario determinar si existe la relación de dependencia o sumisión a que alude la ley.

Existe temor reverencial no sólo de parte de los hijos respecto de sus padres, de parte de los discípulos respecto de sus maestros, sino también de parte del inquilino de un fundo respecto de su patrón, de un religioso o militar respecto de sus superiores jerárquicos, etc.

815. Los actos de violencia pueden constituir delitos penales. Los medios coercitivos de que se puede hacer uso para forzar el consentimiento pueden llegar a constituir delitos sancionados por la ley penal. Pero aun cuando se absuelva al que se sirvió de la fuerza, y se le declare exento de responsabilidad criminal, sea porque el hecho no constituye delito propiamente tal, o porque no se logran probar todos los elementos constitutivos del delito penal, puede rescindirse el acto si se logra establecer que se empleó la vio-



lencia para arrancar el consentimiento de la víctima. Por lo tanto, la fuerza, aun cuando no se sancione penalmente, puede ser castigada en materia civil con la rescisión del negocio jurídico en que incidió.

816. Prueba de la fuerza. La fuerza puede ser probada por cualquiera de los medios probatorios establecidos por la ley, porque consiste en un hecho.

816 bis. Jurisprudencia. La Corte de Santiago declaró en un caso “que no puede considerarse como fuerza moral determinante del contrato cuya invalidación se persigue la situación general imperante en el país a la época de su celebración [...]; sin perjuicio de lo cual, el objetivo buscado por el Estado en orden a lograr la incorporación de ciertas industrias al área social de la economía a través del manejo de los conflictos laborales, y la particular interpretación o aplicación de la ley por la vía de los llamados ‘resquicios legales’, sea tenido en cuenta en la interpretación de los hechos acaecidos antes y durante la celebración del contrato impugnado”. La misma sentencia citada concluye, sin embargo, que el proceso “que culminó con la marginación de los demandantes de la administración de la maestranza, radicándose ella en el interventor y en los propios trabajadores; proceso que se llevó a cabo mediante la tergiversación de los hechos por las autoridades laborales y usando el arbitrio de interpretar la ley vigente del modo que acomodase al fin señalado, constituye de por sí una fuerza moral grave e injusta que, en unión a la crítica situación en que se encontraba uno de los socios, NN como girador de cheques en su calidad de apoderado de la maestranza, como aval, y como garante hipotecario de obligaciones ya exigibles de la citada empresa, aparece claramente determinante en la celebración del contrato cuya invalidación se solicita; y en el cual, después de la apreciación de su activo y pasivo, se llega fácilmente a la conclusión que el monto pagado por los adquirentes, incluyendo el abono hecho a NN por el pago de obligaciones de la maestranza, fue más bien impuesto que convenido”. Añade luego que “de este modo, y tal como lo señala la sentencia de primer grado en su considerando 69, lo que a simple vista pareciera una operación regular producida por la libre determinación de los vendedores, no es más que el resultado de un proceso de forzamiento moral que produjo en los propietarios el justo temor de verse expuestos no sólo a perder el dominio de la maestranza, sino que en uno de ellos, el señor NN, a verse despojado de parte de sus bienes personales y perseguido criminalmente con riesgo de su libertad personal”.⁷⁵

En otro fallo, la Corte Suprema estimó que “la presión que se ejerce sobre un trabajador para obligarlo a renunciar a un beneficio contractual –como es una indemnización especial por antigüedad– bajo amenaza de despido, es ilegítima, porque le priva de un derecho libremente pactado, y es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, ya que en las actuales circunstancias existe cesantía y no es fácil encontrar

⁷⁵ *Revista*, tomo 84, 2ª parte, sec. 2ª, p. 6.

trabajo, independiente ello de la edad, sexo o condición de las personas. En consecuencia, la referida presión constituye el vicio de fuerza suficiente para invalidar el consentimiento, en los términos del artículo 1456 del Código Civil”.⁷⁶

Título III

CASOS ESPECIALES EN QUE EL CÓDIGO CIVIL SE REFIERE A LA FUERZA

§ I. LA FUERZA EN LOS TESTAMENTOS

817. Produce nulidad relativa; opiniones al respecto. Se ha querido ver en la terminología del artículo 1007 del Código Civil el establecimiento de una nulidad absoluta, dado que las palabras “es nulo” indican, por lo general, nulidad absoluta, concepto que reforzaría el complemento “en todas sus partes”. Según este criterio, si en el testamento ha intervenido fuerza, éste sería nulo absolutamente.

Así lo ha sostenido José Clemente Fabres, quien, dando un valor absoluto a la terminología empleada por el Código Civil, considera que el artículo 1007 establece una nulidad absoluta. “La fuerza”, dice, “es un vicio que produce nulidad relativa por regla general, y el término para instaurar la acción rescisoria se cuenta desde que cesa la violencia (artículo 1691)”; pero, según el artículo 1007, “el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes”. Esta nulidad es la absoluta, no la relativa; y lo es, porque, como acabamos de demostrar, siempre que la ley dice nulo, sin otra calificación, se entiende la absoluta; y porque la misma expresión ha empleado el legislador en el artículo anterior para calificar el testamento del impúber, del demente sujeto a interdicción, etc., sobre los que no puede haber duda alguna que son nulos absolutamente”.⁷⁷

José Ramón Gutiérrez⁷⁸ critica la opinión de Fabres y considera que el artículo 1007 establece un caso de nulidad relativa, de acuerdo con los principios generales de la materia. Se expresa en los siguientes términos: “De la frase tan amplia y genérica –nulo en todas sus partes– de que se vale el legislador en la disposición precitada, se ha deducido que la nulidad que prescribe es la absoluta”.

“Según esta doctrina, el Código habría establecido dos reglas distintas y completamente separadas respecto de la fuerza o violencia: la del artículo 1007, aplicable a los testamentos, a los que afecta de nulidad absoluta; y la de los artículos 1456 y 1457, relativa a los demás actos y contratos, a los cuales afecta de nulidad relativa: así es que la fuerza, según esta doctrina, sería en unos casos más forzada que en otros”.

⁷⁶ *Revista*, tomo 77, 2ª parte, sec. 1ª, p. 35.

⁷⁷ *Obra citada*, tomo III, p. 111.

⁷⁸ *Revista*, tomo 15, 1ª parte (Sección Derecho), p. 175.



“Se comprende muy bien que el legislador haya querido revestir la celebración del testamento de la mayor garantía de espontaneidad, por tratarse de un acto de tan grande trascendencia, cuyos efectos no puede, muchas veces, remediar el otorgante. Por esta consideración, uno se inclina a aceptar a primera vista que sea la nulidad absoluta del testamento la sanción de su otorgamiento forzado”.

“Pero, a poco de pensar, se advierte que acto jurídico de mayor importancia que el testamento es el matrimonio, supuesto que si con el testamento el hombre atiende al bienestar ajeno y puede rehacerlo a su arbitrio, con el matrimonio procura su propio bienestar por medio de un vínculo indisoluble y vitalicio”.

“La ley vela porque el consentimiento en el matrimonio se manifieste con perfecta libertad. Es nulo, dice el artículo 32 de la Ley de Matrimonio Civil, el matrimonio en cuya celebración no ha habido por parte de alguno de los contrayentes libre y espontáneo consentimiento; y agrega el mismo artículo que falta el consentimiento libre y espontáneo cuando ha habido fuerza, según los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil. Al revés de otras nulidades del matrimonio, que no prescriben por tiempo, dispone el artículo 35 que la acción de nulidad por el impedimento de la fuerza prescribe en un año desde que haya desaparecido el hecho que la origina. Es, de consiguiente, una nulidad saneable por el transcurso del tiempo”.⁷⁹

“Penetrando más a fondo en el estudio de la materia, no se ve razón de peso, ni fundamento en la fuente de la disposición, ni precedentes en la historia de la ley para considerar al testamento en una situación de privilegio, de manera que la fuerza, que es causa de nulidad relativa en todos los actos jurídicos, pase por excepción a serlo de nulidad absoluta en el testamento”.

A continuación cita los Proyectos del Código Civil de los años 1845, 1846 y 1853, en los cuales el efecto de la nulidad quedaba circunscrito únicamente a la disposición contaminada con los vicios de fuerza o dolo; pero el resto del testamento era válido. En los dos últimos proyectos citados, se establecía la siguiente norma: “Las disposiciones testamentarias hechas bajo el imperio de la fuerza u obtenidas por dolo, son nulas; pero no viciarán de nulidad las demás disposiciones contenidas en el mismo testamento y en que apareciere que no han tenido parte alguna las personas que se hubieren valido de la fuerza o dolo” (artículo 1169 del Proyecto de 1853).

“En el proyecto de 1855 se altera sustancialmente la redacción de la disposición. Se prescinde del dolo y no se toma en cuenta sino la fuerza. Dice el artículo 1168: ‘El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes’. Esta es la disposición vigente”.

“Por el tenor de los artículos que, a través de los proyectos han venido a parar en el actual 1007, se ve que, según la mente del legislador, la fuerza no

⁷⁹ Las referencias a la Ley de Matrimonio Civil deben entenderse efectuadas a los actuales artículos 8° N° 3 y 48 B, de la Ley N° 19.947, los cuales establecen a la fuerza como vicio de la voluntad y determinan el plazo de prescripción de la acción de nulidad, respectivamente.

vicia sino la disposición o disposiciones determinadas en que había intervenido y sólo en esa parte anulaba el testamento, dejando válidas las demás y en las cuales no tuvieran participación las personas que se hubieran valido de la fuerza. Por consiguiente, el testamento no era nulo en sí mismo, y en su totalidad, puesto que subsistía en algunas partes”.

“La disposición vigente concluyó con esa validez en parte y nulidad en parte, declarando que el testamento en que de cualquier modo intervenía la fuerza, era nulo en todas sus partes. De manera, pues, que la frase ‘en todas sus partes’ no es propiamente la significación de una nulidad absoluta, dada la universalidad de sus términos, sino la invalidez de todas las disposiciones testamentarias, aunque en una sola de ellas hubiera intervenido la fuerza. Se consideró al testamento como un todo indivisible”.

Esto explica el sentido de la citada frase “en toda sus partes”, que no tiene por objeto calificar la nulidad de que adolece el testamento, sino indicar el efecto que ella produce: abarca a todas las disposiciones, aun cuando la fuerza haya sido empleada para obtener una de ellas únicamente.

También se ha dicho por parte de los sostenedores de la tesis de la nulidad absoluta, que, al hablar el artículo 1007 de la fuerza que ha sido empleada “de cualquier modo”, se está refiriendo a otra especie de fuerza, distinta de la que el Código Civil reglamenta en los artículos 1456 y 1457.

Gutiérrez refuta esta opinión diciendo que “los que sostienen que el artículo 1007 establece una nulidad absoluta, se apoyan también en la expresión ‘de cualquier modo’ de que él se vale, y que para ellos significa la más ligera traba, el más pequeño obstáculo, la más leve presión que haya sufrido la voluntad del testador”.

“La fuerza en los testamentos debe revestir los caracteres que los artículos 1456 y 1457 le señalan para que tenga efecto en todos los actos declarativos de voluntad, sean estos actos de voluntad unilateral, como los testamentos, sean actos de concurso de voluntades, como las convenciones. No se trata, pues, de una violencia cualquiera, por insignificante que sea”.

“La expresión ‘de cualquier modo’ tiene su explicación sencilla en el artículo 1457 que dice que la fuerza produce su efecto, sea que la ejerza el beneficiado por ella, o cualquiera otra persona, con el objeto de obtener el consentimiento: así es que, sea de un modo directo o indirecto, sea ejercida personalmente por el agraciado o por persona extraña, se llega al mismo resultado; *de cualquier modo* de éstos que haya intervenido la fuerza”.

Concordamos ampliamente con esta doctrina, que, a nuestro juicio, parece la verdadera, ya que se ajusta mejor a los principios fundamentales que rigen en materia de vicios del consentimiento. En efecto, no existe precepto alguno que disponga que la fuerza a que se refiere el artículo 1007 sea distinta o produzca un efecto diferente de la que reglamentan los artículos 1456 y 1457; por el contrario, la debida correspondencia y armonía que debe existir entre las diversas partes de una ley impone la interpretación que formula el señor Gutiérrez, porque las reglas que sobre la fuerza contienen los artículos 1456 y 1457 son comunes a todas las declaraciones de voluntad, y el testamento es una de ellas.



§ II. LA FUERZA EN LA TRANSACCIÓN

818. La fuerza en la transacción da origen al mismo problema que en los testamentos. El artículo 2453 del Código Civil dispone que “es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia”.

Esta disposición plantea el mismo problema que acabamos de analizar respecto del testamento, porque emplea, en primer lugar, el término “nulo”, y luego agrega: “en todas sus partes”.

José Clemente Fabres cree que también se trata aquí de una nulidad absoluta, o sea, de una excepción a la regla general en materia de vicios del consentimiento y, al respecto, expresa: “No se crea que los artículos 2453 y 2457, al imponer la nulidad, han entendido la relativa, no; tal interpretación la resiste el contexto de todos los artículos, y especialmente el 2456, en que, al estatuir sobre los efectos del error acerca de la persona con quien se cree transigir, dice que se podrá rescindir la transacción. La contraposición de las palabras nulidad y rescisión, en artículos contiguos y que tratan de la misma materia, no podía ser más marcada”.

“No es posible suponer que el legislador haya empleado indistintamente ambas palabras, porque sabía bien que su naturaleza y resultados establecen entre ellos una ancha línea de separación y tan presente lo tuvo, que en el artículo 2640, después de haber enumerado con especialidad y separación, en los artículos anteriores los casos en que la transacción es nula, y cuando puede rescindirse, dice: ‘La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes’”.

“No cabe, pues, duda alguna que la transacción celebrada con dolo, violencia o error sobre la identidad del objeto, adolece de nulidad absoluta, no sólo porque las palabras ‘nulo’ o ‘no vale’, que se emplean en ese título, importan una prohibición, que es la regla general, sino porque estando contrapuestas a la rescisión de un modo explícito y repetido, no puede dárseles otros significados, sin embargo de que las causas de esa prohibición sólo importan ordinariamente nulidad relativa. Podríamos decir que la ley prohibitiva no ha señalado aquí otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención, y recobra entonces su imperio general”.⁸⁰

Por las mismas razones que dimos respecto del caso del testamento, disentimos de esta doctrina, y creemos que la transacción que adolece de fuerza está viciada de nulidad relativa y no absoluta.

La interpretación de Fabres se basa únicamente en los términos que emplea el Código Civil, el cual declara “nula” la transacción viciada de fuerza, y en cambio sanciona con la “rescisión” aquella en que hay error sobre la persona.

⁸⁰ Obra citada, tomo III, p. 110.

Ya hemos dicho en otras oportunidades que no puede dársele a la terminología del Código un valor decisivo, y éste es precisamente uno de los casos en que el término “nulo” no está empleado para indicar únicamente nulidad absoluta, sino nulidad en general. En consecuencia, el término “nulo” significa que la transacción adolece de un vicio de nulidad que puede acarrear su invalidación. ¿Cuál es esa nulidad? Para determinarla, habrá que aplicar los principios que rigen en esta materia, y que son, en este caso, las reglas relativas a la fuerza contenidas en los artículos 1456 y 1457 del citado Código.

No existe precepto alguno que establezca la inaplicabilidad de esos artículos a la fuerza que incida en una transacción. Ésta, que es un contrato, sigue, por tanto, la regla general para esta clase de actos jurídicos. ¿Qué razón habría entonces para sustraer a la transacción del campo de aplicación de los principios referentes a los vicios del consentimiento, que rigen para todos los actos o declaraciones de voluntad?

El argumento basado únicamente en las palabras que emplea el Código Civil no basta, porque antes que a la terminología, que no es precisa como en el caso en examen, hay que considerar los principios fundamentales y las reglas de aplicación general que rigen una materia, salvo disposición expresa en contrario; y en este caso, no existe esa disposición, porque no puede ser considerada tal la circunstancia de haber empleado el Código Civil la palabra “nula” en vez de “rescindible”. Por lo demás, no tenía por qué hacerlo, porque una nulidad relativa es tan nulidad como una absoluta, y si es cierto que por regla general (no siempre) el Código Civil usa la expresión “nulidad” para referirse a la nulidad absoluta, hay casos en que la emplea para referirse a la nulidad en general, tanto absoluta como relativa. Sin ir más lejos, el artículo 1688, que reglamenta un efecto de la rescisión, habla de que “si se declara *nulo*, etc.”; igualmente, los artículos 1687 y 1689 se refieren a “la *nulidad* judicialmente declarada, etc.”, lo que prueba la veracidad de nuestra afirmación.

Por consiguiente, la argumentación que atiende a la terminología del Código Civil no basta para alterar la circunstancia que la fuerza en la transacción sigue la regla general y produce nulidad relativa, tanto más cuanto que el tenor literal de la ley no es claro, porque no dice que la transacción viciada de fuerza sea nula absolutamente, en cuyo caso no existiría discusión posible y sólo habría sido de lamentar que el Código Civil se hubiera apartado de los principios generales sin razón aparente que lo justificara, sino que expresa que es “nula en todas sus partes”, o sea, no califica la nulidad y la deja sometida a los principios generales.



SECCIÓN 3ª

EL DOLO

Título I

CONCEPTOS GENERALES ACERCA DEL DOLO

§ I. EL DOLO EN GENERAL Y COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

819. Concepto. En general, puede decirse que dolo es un hecho ilícito cometido con plena conciencia de su ilicitud, o como expresa el inciso final del artículo 44 de nuestro Código Civil, “el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

820. Aspectos que puede revestir el dolo. Considerado desde un punto de vista bien general, el dolo puede revestir tres aspectos: incidir en una manifestación de voluntad, incidir en el incumplimiento de las obligaciones que emanen de un contrato o de otra fuente, y, finalmente, ser extracontractual, en cuyo caso da origen al delito civil, que, a su vez, es fuente de obligaciones.

Estos dos últimos aspectos que puede revestir el dolo no nos interesan para nuestro estudio, porque no afectan a la manifestación de la voluntad generadora de un acto jurídico. En efecto, el dolo en la ejecución de las obligaciones tiene por objeto perjudicar al acreedor; constituye lo que ordinariamente se denomina “fraude”, el cual, por regla general, “considera sobre todo la ejecución de los contratos”,⁸¹ aun cuando el Código Civil los usa como sinónimos. El dolo, como fuente de obligaciones extracontractuales, da origen al delito civil, y es fuente de obligaciones, porque el delito puede irrogar daños que es necesario indemnizar.

821. El dolo en las manifestaciones de voluntad. El dolo que nos interesa y que constituye uno de los vicios del consentimiento, es el que incide en la ejecución de un acto o en la celebración de un contrato; es en estos casos en los únicos en que el dolo puede llegar a influenciar la libre manifestación de la voluntad de las personas, alterando la verdad y perjudicando a aquel contra quien se dirige.

822. Concepto del dolo vicio del consentimiento. Según Luis Claro Solar, el dolo, en este aspecto, “es toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer que otra incurra en un error que la determine a contratar”,⁸² y Lutzesco lo define como “un acto ilícito que consiste en maniobras destinadas a engañar a la persona con la cual se está concluyendo una relación jurídica”.⁸³

⁸¹ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 825, p. 223.

⁸² Obra citada, tomo XI, N° 822, p. 220.

⁸³ Obra citada, tomo I, p. 345.

De esas definiciones se desprende que, para que haya dolo, se requiere mala fe de una de las partes, intención de engañar a la otra, y maniobras tendientes a este fin.

El objeto del dolo es crear en la otra parte, mediante maniobras ilícitas, un estado de ánimo que la determine a contratar con perjuicio para sus intereses. Así lo establece el artículo 1458 del Código Civil, cuyo inciso 1º dispone que “el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado”. Es decir, las maniobras ilícitas deben influir en el ánimo del otro contratante en forma tal que sean ellas las que lo determinan a contratar, porque lo inducen a un error que le impide conocer la verdad.

823. Sus diferencias con el error. De lo dicho se desprende que hay cierta relación entre el dolo y el error, puesto que el primero tiene por objeto inducir a error al otro contratante y sólo es vicio del consentimiento en cuanto realmente lo induce a un error que es el que lo determina a contratar.

Sin embargo, el error y el dolo son bien distintos, y actúan de diversa manera. El dolo, para que vicie el consentimiento, según exigencia expresa del artículo 1458 ya citado, debe ser obra de la otra parte; en cambio, el error se produce solo, sin necesidad de maniobras fraudulentas de parte del otro contratante; pero tanto en uno como en otro caso, la víctima tiene un concepto equivocado de la verdad.

Por esta razón, no todo error es sancionado, como vimos; sólo lo es cuando adolece de cierta gravedad, ya que se ha incurrido en él involuntariamente. En cambio, todo dolo es sancionado, porque, a más de poder constituir un vicio del consentimiento, es un acto ilícito que la ley se ve en la obligación de reprimir, por lo cual ha establecido sanciones para los casos en que no llegue a constituir tal vicio. Así lo establece el inciso 2º del artículo 1458 del Código Civil, cuando dice: “En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

824. En qué puede consistir el dolo. Por regla general, el dolo está constituido por “maniobras ilícitas” destinadas a inducir a engaño a otra persona. Estas maniobras implican una actividad por parte de su autor y pueden consistir en cualquiera especie de hechos que induzcan a error a la otra parte, tales como afirmaciones erróneas o falsas, maniobras destinadas a impedir que la otra parte tome conocimiento de la verdadera situación de las cosas o a ocultar esa verdadera situación, el empleo de documentos falsos, etc.

§ II. CLASIFICACIONES

825. Dolo positivo y dolo negativo. Cuando el dolo consiste en hechos que suponen actividad de parte de su autor, se denomina *positivo*.



Pero el dolo puede estar constituido también por una abstención o un silencio. Se le denomina, entonces, *negativo*. Tal es el caso del contratante que, debiendo haber dado ciertas informaciones a su contraparte y que tenían una importancia decisiva para apreciar las ventajas o desventajas del contrato, guarda silencio al respecto, y debido a este silencio, aquél se celebra.

El dolo negativo se denomina también *reticencia*, la cual “consiste en guardar silencio voluntariamente sobre un hecho que la otra parte tendría interés en conocer”.⁸⁴ Por cierto que la reticencia, para que vicie el consentimiento, debe reunir todos los requisitos del dolo.

En nuestra legislación existe un caso en que la reticencia está expresamente contemplada y sancionada: es el artículo 557 del Código de Comercio, cuyo N° 1° establece expresamente que “el seguro se rescinde por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación substancial en sus condiciones”.

El seguro, debido a su naturaleza de aleatorio, está sujeto a condiciones más rigurosas que los demás contratos; prueba de ello es que la reticencia produce la nulidad relativa del seguro no sólo cuando aparece que sin ella el asegurador no hubiera celebrado el contrato, sino también cuando el conocimiento de la verdad lo hubiera determinado a celebrar el contrato en otras condiciones.

Este segundo caso constituye una excepción a la regla general establecida por el inciso 2° del artículo 1458 del Código Civil, porque en él se sanciona con la nulidad relativa un dolo que no ha sido determinante del contrato.

826. Dolo bueno y dolo malo. Evolución del Derecho Moderno. Los romanos distinguían entre *dolo malo* y *dolo bueno*. El primero era el que nosotros denominamos simplemente dolo, que supone mala fe por parte del que hace uso de él.

El *dolo bueno* lo constituyen las ponderaciones o recomendaciones que los comerciantes hacen de sus mercaderías; en otras palabras, en la propaganda que exagera considerablemente las cualidades y el aprovechamiento de un objeto cualquiera.

Estas afirmaciones de supuestas excelencias o bondades en los objetos que se ofrecen en el comercio no constituyen dolo, porque, además de no implicar la intención de engañar y perjudicar al comprador, son conocidas de todos y apreciadas, por lo mismo, en su justo valor; en consecuencia, la persona que compra esos objetos sabe a qué atenerse respecto de su verdadera calidad.

Pero si el comerciante no sólo exagera las bondades de su mercadería, sino que entra de lleno a engañar al cliente, y mediante maniobras deshonestas oculta el verdadero estado de la cosa, incurre en dolo, porque ha

⁸⁴ PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 201, p. 267.

habido intención ilícita de perjudicar al comprador, y este dolo cae bajo la sanción del artículo 1458 del Código Civil.

Se debe tener presente en todo caso que el Derecho Moderno en diversos ámbitos ha profundizado la protección del contratante expuesto a incurrir en errores derivados de maniobras como las descritas en los párrafos que preceden. La celeridad y complejidad de la contratación moderna y la consiguiente dificultad para evaluar y procesar la información disponible, entre otras tantas razones –más allá de un afán meramente proteccionista de la parte supuestamente más débil–, han llevado al legislador a instaurar medidas de protección, en ámbitos que en el pasado se entendían como adecuadamente regidos por los principios de la libre contratación.⁸⁵ Un campo especialmente señalado en este sentido es del Derecho del Consumo, en particular en nuestra legislación en el párrafo primero del Título III de la Ley N° 1.496, que trata de las obligaciones de los proveedores en materia de “Información y Publicidad”; pero el fenómeno puede extenderse a muchos otros, tales como las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de condiciones ofrecidas en la publicidad en la venta de viviendas; regulaciones en el mercado de valores y seguros; exigencia de entrega de información y rotulación en el comercio de diversos productos; etc.

827. El dolo puede ser principal o accidental. Del artículo 1458 del Código Civil se desprende que el dolo puede ser *principal* o *accidental*.

El dolo *principal* o *determinante* es aquel que es obra de uno de los contratantes, y además aparece claramente que sin él no se hubiera celebrado el contrato; de aquí su nombre de determinante: sin él, es decir, si el contratante que ha sido víctima del dolo hubiera conocido el verdadero estado de las cosas, no habría contratado. A este dolo se refiere el inciso primero del artículo 1458 citado.

El dolo *incidental* o *accidental*, a que se refiere el inciso 2º de ese artículo, es aquel a que falta alguno de los requisitos necesarios para ser principal: ser obra de uno de los contratantes y ser determinante del contrato. A esta conclusión se llega considerando los términos que emplea el legislador: “en todos los demás casos”, o sea, en todos aquellos en que no se reúnan copulativamente los requisitos antes enunciados.

828. Efectos de una y otra especie de dolo. Debido a la evidente diferencia entre una y otra especie de dolo, los efectos que producen son, igualmente, distintos. Es así como el dolo *principal* o *determinante* es el único capaz de viciar el consentimiento, por lo cual produce la nulidad relativa del acto o contrato en que incide, y es lógico que así sea, porque el dolo es de tal magnitud, que ha sido la causa determinante del contrato. En otras palabras, el error en que maliciosamente hizo incurrir uno de los contratantes al otro fue de tanta consideración, que lo determinó a celebrar el contrato.

⁸⁵ Un análisis de los factores que han impulsado esta intervención del Estado puede consultarse en DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, “Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Laneri, N° 1, Santiago, 2003, pp. 112 y ss.



En cambio, el *dolo accidental* o *incidental* reviste menor gravedad, porque o no es determinante del contrato, o no ha sido obra de la otra parte, sino de un tercero ajeno al acto o contrato mismo. Debido a esta menor gravedad, el dolo accidental no vicia el consentimiento y no puede solicitarse la rescisión del contrato en que incide; sólo da derecho a indemnización de perjuicios en los términos que señala el inciso 2º del artículo 1457 del Código Civil.

Título II

REQUISITOS DEL DOLO PRINCIPAL

829. Es el único que vicia el consentimiento. Siendo ésta la única especie de dolo que vicia el consentimiento y que da lugar a la rescisión del contrato, nos referiremos únicamente a ella.

§ I. EL DOLO PRINCIPAL DEBE SER OBRA DE UNA DE LAS PARTES

830. Diferencia con la fuerza. Aquí radica la gran diferencia entre el dolo y la fuerza, porque ésta vicia el consentimiento quien quiera que sea el que la emplea, ya se trate de una de las partes, ya de un extraño al contrato.

“La diferencia tradicional con la violencia es difícil de justificar hoy día. Pero la solución se encuentra de acuerdo con la concepción defendida por ciertos autores modernos, según la cual, para evitar toda sorpresa a la otra parte, debe estarse al sentido aparente de las palabras pronunciadas o escritas por cada contratante y no al sentido diferente que se les daba realmente”.⁸⁶

En realidad, no existe razón aparente que justifique la diferencia que establece el Código Civil entre los efectos de la fuerza y del dolo proveniente de un tercero, porque no cabe duda de que en ambos casos el consentimiento está viciado.

“La verdadera explicación de esta anomalía es de orden histórico y consiste en que en el Derecho Romano no era, en realidad, un vicio del consentimiento, sino un delito, cuya acción solamente era dada contra el culpable y no contra la parte que se había aprovechado del dolo cometido por el tercero; las penas son personales. Cuando la teoría fue integrada en el Derecho Civil, y cuando el dolo fue tratado así como un vicio del consentimiento, habría estado en la lógica del sistema repudiar la derogación que ya no se explicaba y principalmente reconocer al dolo un valor general, como causa de nulidad, y cualquiera que fuera su procedencia”.⁸⁷

Sin embargo, Planiol, que reconoce el origen histórico de la diferencia entre la fuerza y el dolo, expresa que el fundamento que se da, según el cual

⁸⁶ PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 204, p. 271.

⁸⁷ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 830, p. 226.

la fuerza es socialmente más grave que el dolo, “no es rigurosamente exacto en nuestra época en que la violencia se ejerce con mayor frecuencia sobre el espíritu que sobre el cuerpo. Pero esta solución tiene la ventaja de asegurar mejor la protección de las víctimas de la violencia, que, por otra parte, el beneficiario del compromiso ignorará rara vez; permite, pues, sancionar en ciertos casos el abuso de la debilidad ajena para obtener un compromiso ilegal”.⁸⁸ A nuestro juicio, estas mismas razones son aplicables al caso de dolo cometido por un tercero extraño al contrato.

En cambio, Beudant estima que “el perjuicio que resulta de la violencia es más grave, más alarmante, por lo cual reclama una protección más enérgica y más segura”.⁸⁹

831. Casos en que el dolo es obra de una de las partes contratantes. En primer lugar, este requisito se cumple respecto del dolo que ha sido fraguado y realizado personalmente por una de las partes; en este caso, no hay problema, porque cualquiera que sea el medio empleado, una de las partes trata de engañar a la otra.

En segundo lugar, el dolo es obra de una de las partes cuando ésta toma parte en su ejecución en alguna forma, sea aconsejándolo, fraguándolo o llevándolo a cabo con la ayuda de otras personas. En otras palabras, la expresión que el dolo sea obra de una de las partes “comprende no sólo a aquella persona que ha tomado una participación directa en la ejecución de las maniobras o maquinaciones dolosas, sino a la que ha coadyuvado indirectamente a su realización o ha tratado sabiendo que el dolo era empleado para hacer que el contrato se realizara”.⁹⁰

Aún más, es dolo principal aquel en que el contratante es cómplice sin ser parte en las maniobras ilícitas mismas: basta que tenga conocimiento del dolo que se piensa poner en práctica y guarde silencio en el momento de celebrar el contrato; es un caso de silencio, o reticencia, que demuestra que esa persona tiene la intención de aprovecharse del dolo, de hacerlo suyo para perjudicar a su contraparte en el contrato. “Aun cuando las maniobras sean practicadas por una tercera persona, ellas son consideradas como viciando el consentimiento, si es debido a la instigación de la parte y en connivencia con ella que han sido practicadas”.⁹¹

En consecuencia, el dolo es obra de una de las partes no sólo cuando ésta ejecuta las maniobras dolosas por sí misma, con la intención de engañar a la otra, sino también cuando dichas maniobras han sido ejecutadas por un tercero por instigación del contratante, o de acuerdo con él, o cuando el contratante se aprovecha del dolo ajeno.

⁸⁸ Obra citada, tomo VI, N° 194, pp. 258 y 259.

⁸⁹ Obra citada, N° 139, p. 96.

⁹⁰ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 831, p. 227.

⁹¹ BEUDANT, obra citada, tomo VIII, N° 141, p. 97.



§ II. EL DOLO DEBE SER DETERMINANTE DEL CONTRATO

832. El concepto de determinante es relativo. Como expresa el inciso 1º del artículo 1458 del Código Civil, debe aparecer claramente que sin el dolo las partes no hubieran contratado. Esto significa que la parte contra quien se ejerce el dolo debe celebrar el contrato como consecuencia del dolo.

Los términos “aparece claramente” que emplea el precepto citado indican que se trata de una situación esencialmente relativa, por lo que, en cada caso, será necesario establecer si aparece claramente que, a no mediar el engaño, el contrato no se hubiera llevado a efecto. Se trata, pues, de una cuestión de hecho que queda entregada a la apreciación de los jueces.

§ III. DOLO DEL INCAPAZ

833. Los incapaces pueden ser autores de dolo; regla especial. Los incapaces pueden ser autores de dolo al celebrar un contrato; pero como el dolo exige una sanción, el artículo 1685 del Código Civil dispone que “si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad”.

En consecuencia, el incapaz que, valiéndose de dolo, ha inducido a la otra parte a celebrar un contrato, no podrá alegar la nulidad de que pueda adolecer ese acto o contrato, como consecuencia de su incapacidad, y esta sanción se extiende a los herederos y cesionarios del incapaz. Hay aquí una aplicación del principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

834. La simple aserción de mayor edad no constituye dolo. Sin embargo, el precepto citado no considera dolo a la simple aserción de mayor edad o de no existir una causa de incapacidad. Esta excepción es lógica, porque aquí no hay ninguna maquinación fraudulenta por parte del incapaz destinada a engañar al otro contratante. Éste se ha limitado a afirmar la inexistencia de la causa de incapacidad, circunstancia que no constituye una “maquinación” en el verdadero sentido de esta palabra, que implica cierta actividad de parte de su autor.

Además, la otra parte no está obligada a creer en lo que le dice el incapaz, y bien puede llegar a establecer, por los medios correspondientes, la veracidad o falsedad de la afirmación del incapaz; si no lo hace, es justo que pague las consecuencias de su falta de cuidado o diligencia.

En consecuencia, “ni la reticencia ni la mentira intencional acerca de la incapacidad constituyen dolo para el incapaz: a ello deben agregarse maniobras fraudulentas”;⁹² de lo contrario no hay dolo, y el incapaz puede

⁹² PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 209, p. 275.

ejercitar la acción de nulidad que la ley le concede por el hecho de ser incapaz, si el contrato por él celebrado es rescindible como consecuencia de su incapacidad.

Por cierto que si hay dolo de parte del incapaz, será la otra parte, cuyo consentimiento está viciado, quien podrá pedir la rescisión del contrato, siempre que el dolo haya sido determinante. Volveremos sobre este punto al referirnos a las personas que pueden ejercer la acción de nulidad relativa.

Título III

CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL DOLO

835. Momento en que debe existir el dolo para que viole el consentimiento.

Para que el dolo vicié de nulidad el contrato, es menester que exista en el momento de la celebración de éste. Si el dolo es posterior a la celebración, en nada ha afectado al consentimiento, y, por consiguiente, ninguna influencia tiene en la eficacia misma del contrato. Así se ha fallado.⁹³

836. Prueba del dolo. El artículo 1459 del Código Civil dispone que “el dolo no se presume sino en los casos previstos por la ley. En los demás debe probarse”.

En consecuencia, la regla general es que el dolo debe probarse.

Esta prueba puede hacerse por todos los medios establecidos por la ley; no existe ninguna limitación al respecto, porque se trata de establecer un mero hecho: la existencia de las maquinaciones ilícitas.

Pero determinar si estas maquinaciones constituyen dolo es una cuestión de derecho, porque el artículo 44 del Código Civil ha definido lo que es dolo. “En otros términos, se trata de poner nombre jurídico a los hechos; en términos más correctos, se trata de calificar los hechos. Y la calificación jurídica de los hechos consiste en revestirlos del ropaje jurídico correspondiente, encuadrándolos dentro de los casilleros legales respectivos, lo que es un problema jurídico sometido a la Corte de Casación. Si el establecimiento de los hechos del pleito escapa a la casación, la calificación de los hechos y el establecimiento de las consecuencias jurídicas que de los hechos derivan, es una cuestión de derecho, porque se trata de saber cuál es el alcance que esos hechos tienen ante la ley positiva; se trata de comparar la realidad con la ley, de ponerle nombre a la realidad y esto es calificar, y calificar es una cuestión de derecho, que cae bajo el control de la Corte de Casación”;⁹⁴ en consecuencia, es susceptible de casación en el fondo la sentencia que califica indebidamente de dolo ciertos hechos.

837. Condonación del dolo. El artículo 1465 del Código Civil contiene una regla fundamental en materia de dolo: “La condonación del dolo futuro

⁹³ *Revista*, tomo 44, 2ª parte, sec. 1ª, p. 397.

⁹⁴ VODANOVIC, ANTONIO, *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, N° 209, p. 166.



no vale”. Es lógico que así sea, porque lo contrario equivaldría autorizar a las partes para cometer hechos ilícitos, con la seguridad de que no habría sanción para ellos: equivaldría a renunciar anticipadamente a la acción de nulidad. Un pacto en que se renuncia anticipadamente al dolo es nulo de nulidad absoluta, porque se trata de un acto prohibido por la ley (artículos 10 y 1466 del Código Civil).

En cambio, una vez producido el dolo, la víctima puede renunciarlo, pero siempre que lo haga expresamente. La renuncia del dolo ya producido está contemplada en el citado artículo 1465 del Código Civil, que dice: “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se le ha condonado *expresamente*”.

Título IV

GENERALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL DOLO

838. El dolo vicia el consentimiento en cualquier contrato. Caso del matrimonio. Las reglas del dolo son aplicables a todos los contratos, de cualquiera naturaleza que sean, porque están contempladas en la parte general del Libro IV referente a los “actos y declaraciones de voluntad”.

Con base en la Ley de Matrimonio Civil de 1884 se sostenía que el matrimonio era el único contrato que no podía ser anulado por dolo. En efecto, el artículo 32 de la Ley de Matrimonio Civil disponía que “es también nulo el matrimonio para cuya celebración no ha habido, por parte de alguno de los contrayentes, libre y espontáneo consentimiento”, y el artículo 33 de la misma ley establecía que falta el consentimiento libre y espontáneo en los casos de error en la identidad de la persona del otro contrayente, de fuerza y de rapto. No se mencionaba el dolo y se entendía que éste quedaba, por tanto, excluido, y no viciaba el consentimiento de los contrayentes.

Sin embargo, el texto de la actual Ley de Matrimonio Civil impone matizar esta conclusión, si bien sigue en pie el aserto en cuanto a que el dolo en sí no es causal de anulación del matrimonio por vicio del consentimiento. En efecto, conforme al artículo 44 de la ley hoy vigente, el matrimonio puede ser declarado nulo “cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo, en los términos expresados en el artículo 8º”, y, a su vez, este último artículo señala que falta el consentimiento libre y espontáneo, entre otros casos, en los casos de error en la identidad de la persona del otro contrayente, o “si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento”. Al respecto, cabe puntualizar que lo que constituye el vicio del consentimiento es el error, con independencia del origen de éste. Por consiguiente, como afirma un autor, “supuesto lo anterior, si un contrayente arguyere que ha incurrido en un error de hecho, previsto en la disposición de la ley civil, lo que deberá probar es la existencia de tal error, y no necesariamente la causa que lo originó, de modo que un eventual engaño o fraude cometido por el otro contrayente

solamente puede alzarse como un antecedente que habrá de tenerse en cuenta para acreditar la existencia del error y nada más”.⁹⁵

839. El dolo en los actos unilaterales. Hasta ahora, nos hemos estado refiriendo al dolo que incide en la celebración de los contratos, ya que éste es el único caso que contempla el artículo 1457 del Código Civil, el cual, al reglamentar el dolo principal, se refiere al que es obra de una de las partes, con lo cual supone que hay dos, por lo menos; además, emplea el término “contratado”, que implica la celebración de un contrato.

Dados estos términos, ¿es posible concebir que el dolo llegue a viciar la voluntad de quien ejecuta un acto jurídico unilateral como otorgar un testamento o reconocer un hijo?

La respuesta nos la da el propio Código Civil, que en diversos otros artículos admite la existencia del dolo en los actos unilaterales. Tales son: el artículo 968, N° 4, que considera indigno de suceder al difunto como heredero o legatario “al que por fuerza o *dolo* obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar”, o sea, reconoce expresamente la posibilidad de dolo en el otorgamiento de un testamento; el artículo 1234, que dispone: “La aceptación (de la asignación), una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenido por fuerza o dolo, etc.”; se trata, pues, de otro acto unilateral que puede rescindirse por adolecer de dolo la voluntad de quien lo ejecuta. El artículo 1237 dice, por su parte, que “ninguna persona tendrá derecho para que se rescinda su repudiación a menos que la misma persona o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o dolo a repudiar”. Y, finalmente, el artículo 1782 autoriza a la mujer para renunciar los gananciales después de la disolución de la sociedad conyugal, renuncia que no puede rescindirse, a menos que se pruebe que en dicha renuncia ha existido “engaño”, o sea, dolo.

En consecuencia, las reglas relativas al dolo son aplicables no sólo a los contratos, sino a todas las manifestaciones de voluntad, sean éstas unilaterales o bilaterales, ya que tanto en unas como en otras puede haber habido maniobras ilícitas destinadas a engañar a la persona que ejecuta el acto o celebra el contrato.

840. En los actos unilaterales, el dolo puede ser obra de un tercero y sólo basta que sea determinante. Sin embargo, el inciso 1° del artículo 1458 del Código Civil exige que el dolo, para que vicie la voluntad, debe ser obra de la otra parte. ¿Cómo aplicar esta regla a los actos unilaterales en que actúa una sola voluntad?

La solución que se acepta generalmente es que dicha exigencia no tiene cabida en los actos unilaterales debido a la imposibilidad material que para ello existe; por lo tanto, basta que el dolo sea determinante para que la voluntad del que ejecuta el acto unilateral esté viciada y el acto sea rescindible. Basta, en consecuencia, que exista dolo por parte de cualquiera persona,

⁹⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 235.



y que, a no mediar este dolo, el acto no se hubiera ejecutado, para que la voluntad esté viciada; si falta este requisito, consistente en que el dolo sea determinante, el acto unilateral es válido.

A tal conclusión se llega coordinando la disposición del artículo 1458 con las de los artículos 968, N° 4º, 1234, 1237 y 1782 del Código Civil, que, según vimos, sancionan expresamente con la nulidad relativa diversos actos jurídicos unilaterales cuando en su ejecución ha intervenido dolo; de lo contrario, estos últimos preceptos carecerían de aplicación.

SEGUNDA CAUSAL LA LESIÓN

Título I LA LESIÓN EN GENERAL

§ I. EN QUÉ CONSISTE LA LESIÓN

841. Definición. “La lesión es el perjuicio experimentado por una persona como consecuencia de un acto jurídico ejecutado por ella; consiste, más precisamente en los contratos a título oneroso, en el hecho de recibir una prestación de un valor inferior a la que él proporciona”.⁹⁶

Esta definición es muy clara, y da una idea precisa de lo que es la lesión: es la desigualdad considerable que existe entre las prestaciones de un contrato bilateral, desigualdad que atenta contra la equidad en las relaciones jurídicas, porque acarrea un perjuicio.

842. Fundamento de la lesión. El verdadero fundamento de la lesión es la equidad, contra la que se atenta al ejecutar un acto jurídico que acarrea una desigualdad considerable entre las prestaciones de una y otra parte. No se trata, por cierto, de que entre dichas prestaciones exista una igualdad absoluta, pero la desigualdad permitida no debe exceder un límite que se transforma en la explotación de una parte por la otra.

La ley debe propender a hacer imperar la equidad en las relaciones jurídicas y evitar los abusos que una de las partes pueda cometer aprovechándose de la situación aflictiva en que pueda hallarse la otra.

El abuso de que puede ser víctima una de las partes “es el inconveniente que se quiere evitar con la lesión. Es esa violencia moral, por decirlo así, que sufre el vendedor o comprador, en el caso de la venta, la que motiva la acción rescisoria por lesión enorme. No es propiamente una coacción o violencia, en el sentido jurídico de esta palabra, la que sufre el contratan-

⁹⁶ PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 211, pp. 275 y 276.

te; no es la consecuencia de un engaño, sino la necesidad de procurarse dinero o la cosa lo que lo obliga a aceptar un negocio perjudicial para sus intereses. Son, pues, razones de interés práctico, de interés social y no de carácter jurídico las que han dado origen a esta institución y pretender encontrar en el derecho lo que arranca de una necesidad de hecho es buscar un imposible”.⁹⁷

La violencia moral a que se refiere el autor citado es lo que hoy día se denomina “estado de necesidad”, debido al cual una persona no está libre para discutir las estipulaciones que contrae, sino que, bajo la presión de las circunstancias, se ve arrastrada a aceptar cualquier obligación como un medio de salvarse de la situación aflictiva en que se halla.

§ II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE LESIÓN

843. Nuestro Código Civil considera la lesión como un vicio objetivo. El carácter de vicio objetivo del acto jurídico que reviste la lesión en nuestro Código Civil responde a la tendencia que existía en la época en que se dictó, y nuestro Código fue influenciado especialmente por el Código Civil francés, que no admite la anulación de los contratos por lesión sino en casos excepcionales.

Es así como el artículo 1118 del Código Civil francés dispone que “la lesión no vicia las convenciones sino que en algunos contratos o respecto de algunas personas”; éstas son los menores, que pueden pedir la nulidad de actos que lesionan sus intereses. Planiol estima que, del examen de las disposiciones del Código Civil francés, resulta que “el legislador se ha opuesto claramente a la lesión. Ha subrayado su voluntad al tomar la precaución, para suprimir de una vez por todas las discusiones del Antiguo Derecho, de afirmar que el comprador de un inmueble no puede pedir la rescisión, excluyéndola también en la permuta y en la transacción”.⁹⁸

En consecuencia, el Código Civil francés acepta la nulidad por lesión únicamente en la aceptación de asignaciones por causa de muerte, en la partición de bienes y en la compraventa de inmuebles, pero sólo en beneficio del vendedor, y no de ambas partes, como en Chile.

Inspirado en este criterio, nuestro legislador ha contemplado la lesión como vicio objetivo, pero limitándola en forma extrema, de modo que es aplicable a los pocos casos en que la ley la admite expresamente y la sanciona.

844. La doctrina y la jurisprudencia francesas han extendido el campo de aplicación de la lesión a diversos actos jurídicos. La jurisprudencia francesa y los tratadistas han procurado extender la aplicación de la lesión a todos los actos jurídicos en el deseo de evitar el enriquecimiento sin causa, que

⁹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo II, N° 1948, p. 1055.

⁹⁸ Obra citada, tomo VI, N° 212, p. 279.



no otra cosa es en el fondo el problema de la lesión. Dentro del concepto objetivo, se trataría de asegurar en todos los contratos una equivalencia, a lo menos, aproximada. Las sanciones se aplicarían sin considerar para nada las circunstancias ni la situación respectiva de las partes. Según Planiol, es la doctrina que asegura en forma más completa la justicia contractual.

Esta doctrina ha sido criticada diciéndose que, aun cuando se aplicaran sanciones a la lesión, objetivamente considerada, siempre habría casos en que el contrato sería injusto para una de las partes, porque el valor de la prestación no es, a veces, el que se puede calcular objetivamente, sino uno que depende de la apreciación de la persona que la hace o que la recibe, con lo cual, contratos que aparentemente contienen prestaciones equivalentes, en realidad, son injustos si se les considera desde el punto de vista de uno de los contratantes; esto puede suceder respecto de la venta u otro contrato que verse sobre una cosa que tenga un gran valor de afección.

Sin embargo, “la gran mayoría de las cosas o servicios son apreciadas hoy en día según el precio de cosas o servicios semejantes. De modo que, para todas aquellas que se encuentran en cantidades, es prácticamente satisfactorio tomar en cuenta el precio corriente que realiza la *communis aestimatio* de los antiguos doctores”.⁹⁹

845. Concepto subjetivo de la lesión y crítica a la institución. Otras legislaciones han adoptado el concepto subjetivo de la lesión, o sea, la consideran no como un vicio objetivo del acto mismo, que se produce por la desigualdad de las prestaciones apreciadas en su valor real, sino como un verdadero vicio del consentimiento, que acarrea la nulidad relativa de cualquier acto jurídico en que se presente.

El vicio del consentimiento denominado lesión se produce como resultado de la explotación que una parte hace de la otra, aprovechándose de circunstancias que impiden a ésta rechazar las condiciones desventajosas del contrato, y que la determinan a celebrarlo en cualesquiera condiciones. Este vicio “reside, a la vez, en la debilidad, la ignorancia o la necesidad de una de las partes con relación a la otra, y en el abuso cometido por esta última que se aprovecha de la inferioridad de la otra para enriquecerse a sus expensas con su consentimiento”.¹⁰⁰

Los actos jurídicos, especialmente los contratos en que hay lesión, son rescindibles, porque el consentimiento que sirvió para generarlos estaba viciado al igual que si hubiera habido error, fuerza o dolo, y dicho vicio existe porque la persona, a causa de su condición o situación, no fue enteramente libre al otorgar su consentimiento, sino que se vio obligada a hacerlo bajo la presión de las circunstancias en que se hallaba. Si bien no hubo fuerza de otra persona que influyera en su voluntad, hubo presión de las circunstancias, en tal forma que tuvo que celebrar un contrato, a sabiendas de que sus cláusulas eran injustas y lesionaban sus intereses. Estos son los que se denominan contratos celebrados en estado de necesidad: en ellos una de

⁹⁹ Obra citada, tomo VI, N° 215, pp. 286 y 287.

¹⁰⁰ PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 216, p. 288.

las partes consiente, aun cuando se perjudique, con el fin de escapar a un mal mayor.

Algunos códigos adoptaron el concepto subjetivo de la lesión, aplicable a cualquier acto voluntario. Así, el Código Civil alemán y los Códigos de las Obligaciones de Polonia y Suiza establecieron la nulidad como sanción de todos aquellos actos jurídicos en que se ha producido lesión, es decir, un desequilibrio entre las prestaciones de las partes; pero la lesión, para que vicie el consentimiento, debe haberse producido como consecuencia del propósito de una de las partes de explotar el estado de necesidad en que se encontraba la otra.

Manifestaciones de esta tendencia la constituyen también algunas leyes dictadas en nuestro país que tienden a evitar abusos en materia de intereses en el mutuo y, en el pasado, de rentas de arrendamiento: si bien la sanción que acarrea la violación de esas leyes no es la nulidad, su propósito es, en todo caso, impedir que una persona explote en su propio beneficio la difícil situación en que pueda hallarse la otra.

El concepto subjetivo de la lesión ha sido también objeto de críticas, las que por un lado apuntan a que “si la lesión no es más que una consecuencia del error, la fuerza o el dolo que pudiere haber sufrido la víctima, no se divisan las razones para considerarla un vicio de la voluntad, pues bastaría a la víctima para anular el contrato que le resultó excesivamente oneroso comprobar la existencia del error, fuerza o dolo que determinó la desigualdad de las prestaciones, con lo que la lesión sería inútil”.¹⁰¹

Por otro lado, y alcanzando el sustento mismo de la institución –inclusive en su vertiente objetiva acogida en la legislación nacional– se hace presente que “parece antijurídico que cualquiera persona pudiera pedir la nulidad de un contrato que la coloca en una posición que estima desfavorable para sus intereses, por la sola circunstancia de haber consentido en él por la imperiosa necesidad de dinero”, lo que ciertamente puede poner en riesgo la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas.¹⁰²

Por su parte Avelino León Hurtado previniendo que los inconvenientes citados resultan ser más bien aparentes que reales, señala como crítica a este instituto que el valor de las prestaciones resulta difícil de determinar. El valor de la cosa, objeto del contrato, no sólo se determina por el valor objetivo del mismo, sino que también es necesario tener presente que muchas veces el valor depende de las circunstancias personales de los contratantes. Así, según este autor, “la lesión ataca la autonomía de la voluntad, en circunstancias que la conveniencia de respetar lo acordado por las partes surge precisamente porque son ellas las que mejor pueden valorar las prestaciones o abstenciones a que se obligan. Rota la autonomía de la voluntad y entregada la suerte del contrato a la cambiante apreciación de valores, desaparecería toda estabilidad en el comercio jurídico, lo que equivaldría a establecer el caos”.¹⁰³

¹⁰¹ VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, obra citada, p. 124.

¹⁰² Misma cita anterior.

¹⁰³ LEÓN HURTADO, AVELINO, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, obra citada, p. 175.



Título II

LA LESIÓN EN EL DERECHO CHILENO

§ I. LA LESIÓN NO ES VICIO DEL CONSENTIMIENTO

846. Para que un acto sea rescindible por lesión, es necesario un texto legal expreso. Como dijimos, en nuestro Código la lesión no es propiamente un vicio del consentimiento; es un vicio objetivo del acto en sí mismo que se produce como consecuencia de la desigualdad de las prestaciones de las partes.

Así se desprende, en primer lugar, de la historia de nuestro Código Civil. En el Proyecto de 1853 se enumeraba, entre los vicios del consentimiento, en el artículo 1629, a la lesión, la que fue suprimida en el Código actual. Esta supresión demuestra la intención del legislador de no considerarla como vicio del consentimiento; de lo contrario, tal supresión habría carecido de sentido.

En segundo lugar, la lesión no es vicio del consentimiento, porque su sanción no es la rescisión únicamente, sino que puede ser distinta y consistir en obligar a la otra parte a reparar el perjuicio causado con la lesión. Esto puede observarse en las reglas sobre la lesión que rigen en la compraventa de inmuebles. En el artículo 1890 del Código Civil se faculta al comprador o vendedor contra quien se pronuncia la rescisión o nulidad relativa del contrato, para hacerlo subsistir mediante la entrega a la otra parte de la cantidad suficiente para que desaparezca la desigualdad que dio a la lesión el carácter de enorme.

Estas razones han determinado a nuestra jurisprudencia a declarar que la acción rescisoria que emana de la lesión es particular y especial a ella, y no se rige por las reglas de la nulidad relativa del Título XX del Libro IV del Código Civil, sino por las que el Código da al referirse a la rescisión de la venta por lesión enorme.¹⁰⁴

La consecuencia más importante que fluye del hecho de que la lesión no esté enumerada entre los vicios del consentimiento, es que ella sólo tiene cabida en los casos especiales en que la ley la contempla especialmente, y sólo en tales casos procede la rescisión por lesión.

§ II. CASOS DE LESIÓN CONTEMPLADOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

847. Contratos. 1) *Compraventa voluntaria de bienes raíces.* Nos referiremos, en primer lugar, a la lesión en la compraventa voluntaria de bienes raíces, respecto de la cual el párrafo 13 del Título XXIII del Libro IV del Código Civil contiene una reglamentación bastante completa. El artículo 1889 del citado Código dispone que “el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y

¹⁰⁴ *Gaceta de los Tribunales*, año 1879, sentencia 1925, p. 1346.

el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella”.

“El justo precio se refiere al tiempo del contrato”; pero según el artículo 1891 del mismo Código, “no habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia”, ni tampoco en los contratos de compraventa y de permuta de una concesión o de una cuota o una parte material de ella, según lo establece el artículo 170 del Código de Minería.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema ha fallado que, tratándose de la cesión del derecho real de herencia, enajenándose por la cedente “una universalidad jurídica que es independiente de las cosas que la componen, la tradición de esta cesión se verifica por el estatuto jurídico que regula los bienes muebles, o sea, por cualquier medio que importe el ejercicio del derecho de dominio por el cesionario, como la provocación del juicio de partición o la intervención en él, la petición de la posesión efectiva, etc., de modo que no puede solicitarse su nulidad alegando lesión enorme, desde que tal vicio del consentimiento se encuentra regulado en los artículos 1888 y siguientes del mencionado Código sólo a propósito del contrato de compraventa de bienes raíces”.¹⁰⁵

Con el mismo fundamento, la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que “la institución de la lesión enorme, que resguarda la conmutatividad del contrato de compraventa, es propia sólo de la venta de bienes raíces, como dispone expresamente el artículo 1891 del Código Civil, el cual establece que no habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia. La circunstancia de que un activo de gran significación, dentro del patrimonio de la sociedad de que se trata, esté constituido por un valioso bien raíz en nada cambia lo dicho, pues la cesión de derechos sociales a cambio de un precio constituye, por la naturaleza del objeto cedido, una compraventa sobre un bien mueble”.¹⁰⁶

Por el contrario, la misma Corte de Apelaciones declaró, en otro fallo, que “la alegación que se formula en la apelación de no ser procedente la acción rescisoria por lesión enorme en los casos en que la venta sólo comprende la nuda propiedad de un inmueble, no es aceptable en razón de que la ley sólo excluye esta acción en la venta de bienes muebles y en la que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia como así se expresa en el artículo 1891 del Código Civil”. En este fallo es también interesante el razonamiento de la Corte para descartar, al menos con los antecedentes del caso particular materia de la litis, que la venta de la nuda propiedad fuese una compraventa de tipo aleatorio, respecto de la cual no tendría aplicación la sanción que aquí se estudia. En efecto, la Corte estimó que este argumento, “de ser aleatoria la compraventa de que se trata, porque se refiere a la nuda propiedad, tampoco

¹⁰⁵ Corte Suprema, Rol N° 607-00, 09/04/2001, disponible en LexisNexis: Jurisprudencia On-line. En el mismo sentido véase *Revista*, tomo 79, 2ª parte, sec. 1ª, p. 2.

¹⁰⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 131-92, 01/08/1992, disponible en LexisNexis: Jurisprudencia On-line.



es admisible atendida la edad de la vendedora, que de acuerdo con el certificado de defunción [...] aparece que había nacido el 7 de abril de 1908, de lo que se desprende que a la fecha de la venta, 20 de marzo de 1992, su edad sobrepasaba los 80 años con una eventual expectativa de vida futura escasísima, como efectivamente ocurrió, pues falleció el día 12 de junio de 1992, según consta del documento señalado anteriormente, de lo que se deduce que la compradora tendría la propiedad plena del inmueble a cortísimo plazo”.¹⁰⁷

El justo precio a que se refiere el citado artículo 1889 es el que la cosa tenía al tiempo del contrato, y será el juez quien lo determinará de acuerdo con el mérito de la prueba que se rinda. Este precio “es el que tiene realmente, es el valor que comercialmente hablando se le asigna, independientemente de todo valor de afección; en una palabra, es el valor intrínseco de la cosa, el valor que tiene en sí misma, atendidas su naturaleza, importancia, etc.”¹⁰⁸ En el mismo sentido se ha pronunciado una sentencia más reciente de la Corte Suprema al declarar que “el justo precio de una cosa y al que se refiere el artículo 1888 del Código Civil, es, pues, aquel valor real que la cosa tiene en el momento del contrato, que no es otro que el que regula la oferta y la demanda en relación con la valorización actual del dinero y con el interés por adquisición en el común de los terceros, excluido como se ha dicho el valor de afección, por lo que su posible valor intrínseco no tiene influencia decisiva”.¹⁰⁹

La sanción de la lesión enorme es la rescisión del contrato, o sea, su nulidad relativa: tanto el comprador como el vendedor lesionados pueden pedir la anulación de la compraventa; pero, una vez declarada judicialmente la nulidad, la otra parte tiene un derecho exclusivo: consentir en la rescisión, con lo cual el contrato desaparece retroactivamente con todos los efectos propios de la nulidad, o bien, tratándose del comprador, completar el justo precio con deducción de una décima parte, y, tratándose del vendedor, restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (artículo 1890 del Código Civil).

En la demanda, la parte lesionada sólo puede pedir la rescisión de la compraventa, y no la rebaja o el aumento del precio, según el caso; el derecho facultativo a que acabamos de aludir compete exclusivamente a la parte contra quien se pronuncia la rescisión.

En relación con esta facultad de enervar los efectos de la nulidad, la Corte Suprema ha precisado que la sentencia “que niega lugar a la nulidad de ejercicio del derecho de opción y mantiene la validez del contrato de compraventa no contradice a la sentencia que lo anuló por lesión enorme, ni contraviene a la cosa juzgada que esa sentencia produce, la cual está condicionada a la aceptación del vencido en el pleito de nulidad del contrato y deja de producir efectos apenas este vencido ejercita su derecho opcional de pagar el valor complementario del precio justo”.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Revista*, tomo 91, 2ª parte, sec. 2ª, p. 81.

¹⁰⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo II, N° 1956, p. 1069.

¹⁰⁹ *Revista*, tomo 78, 2ª parte, sec. 1ª, p. 99.

¹¹⁰ *Revista*, tomo 77, 2ª parte, sec. 1ª, p. 1.

2) *Permuta*. En materia de lesión, se aplican a este contrato las mismas reglas que a la compraventa; el artículo 1900 del Código Civil dice que “las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio”.

3) *El mutuo y la anticresis*. En estos contratos, la lesión reviste la forma de intereses excesivos; pero la sanción no es la rescisión del contrato, sino la rebaja de dichos intereses (artículos 2206 y 2443 del Código Civil y Ley N° 18.010 de 27 de junio de 1981).

848. Actos unilaterales. Hasta ahora nos hemos referido a la lesión en los contratos, que es donde se presenta con mayor claridad, especialmente en los conmutativos, en que la prestación de una parte se mira como equivalente a la que la otra debe dar.

Pero nuestro Código Civil permite también la rescisión de actos unilaterales en que se lesionen los intereses de su autor. En estos casos, se trata igualmente del concepto objetivo de la lesión, que sólo se toma en cuenta cuando es enorme.

Tal es el caso de la aceptación de una asignación por causa de muerte, la cual, según el artículo 1234, “una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de *lesión grave*, a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla (...) Se entiende por *lesión grave* la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad”.

La ley contempla aquí el caso de una persona que acepta una asignación que se le ha deferido ignorando que sobre ella pesan cargas testamentarias que hacen disminuir el valor de la asignación en más de la mitad; ante esta situación, la aceptación que, una vez hecha, es irrevocable, puede ser rescindida si el asignatario prueba que ha sufrido “*lesión grave*”, según los términos de ese artículo.

§ III. LA LESIÓN EN LAS PARTICIONES DE BIENES

849. Las particiones de bienes pueden ser rescindidas por causa de lesión.

El artículo 1348 del Código Civil dispone que “las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos”; y, en su inciso 2º agrega que “la rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota”.

Según vimos en la Parte General de esta obra, las particiones pueden ser verdaderos contratos en que, por la concurrencia de las voluntades de los diversos copartícipes, se generan obligaciones; debido a este carácter, la ley estableció la regla del artículo 1348.

La lesión, dice el citado inciso 2º, se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. He aquí otra aplicación del concepto objeti-

vo de la lesión, la cual entra a actuar automáticamente desde que se produce la desproporción exigida por la ley. Basta, pues, que la lesión consista en más de la mitad de la cuota que corresponde al copartícipe, para que la partición pueda ser rescindida.

“Por consiguiente, una lesión que no excede de la mitad del valor de la cosa, aunque llegue a una suma muy próxima o aun a la mitad, no da lugar a acción rescisoria de la partición de bienes, no obstante el principio de igualdad que rige toda partición. El legislador ha estimado que no debía anularse y dejarse sin efecto una partición por causa de lesión sufrida por alguno de los partícipes, ya que por deseos que todos se manifiesten en mantener la igualdad en la división de los bienes, fácilmente pueden incurrir en errores de apreciación de mayor o menor entidad; y que sólo era admisible dejar una partición de bienes sin efecto y hacerla de nuevo cuando la lesión sufrida por uno o más de los partícipes había llegado a ser enorme, considerando tal la que excedía de la mitad de la cuota del que sufría el perjuicio”.¹¹¹

850. Gravedad de la lesión. El inciso 2º del artículo 1348 del Código Civil autoriza la rescisión de la partición sólo cuando el copartícipe ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Según esto, para determinar si la lesión es enorme, debe tomarse en cuenta la cuota que le corresponde al copartícipe, es decir, el total del valor a que tiene derecho en la comunidad. En consecuencia, no procede la rescisión si a un copartícipe se le entrega un bien que se avalúa en más de la mitad de su verdadero valor; si esta desproporción se le compensa con otros bienes del haber común, no se produce lesión.

Pero si a este interesado le corresponden bienes por un valor total de 100 y se le entrega un conjunto que sólo alcanza a 45, puede pedir que dicha partición sea declarada nula por existir lesión enorme.

En resumen, para decidir si existe lesión enorme, es necesario tomar en cuenta la cuota que corresponde al copartícipe en el haber común y no los diferentes bienes con que se le integre su cuota.

851. Reglas que se aplican a la rescisión de las particiones por lesión. ¿Qué reglas del Código Civil son las que se aplican a la rescisión de las particiones por lesión enorme? ¿Las de la nulidad, en general, o las que ese Código da respecto de la rescisión de la compraventa por lesión enorme?

El problema ha dado lugar a discusiones, y tiene importancia, porque para la compraventa se establecen disposiciones que no existen en el título relativo a la nulidad en general. Es así como el artículo 1895 del Código Civil, que se aplica a la rescisión de la compraventa, dispone que “el comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella”. Esta obligación no rige tratándose de la nulidad en general.

¹¹¹ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XVII, N° 2671, p. 262.

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo deducido en un juicio en que se discutía precisamente la aplicación del citado artículo 1895 a la rescisión de una partición, consagró la siguiente doctrina: “El artículo 1895 del Código Civil, al establecer que el comprador que se halle en el caso de restituir la cosa deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella, se refiere al caso en que se rescinda la compraventa por lesión enorme y no se aplica a aquél en que se ejercita la acción derivada del artículo 1348 del mismo Código, en lo relativo a que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, o sea, con sujeción a las que se da para éstos en general y no a las especiales del párrafo 13, Título XXIII, Libro IV de ese Código”.

“Esta interpretación está autorizada tanto por el tenor claro del inciso 1º del citado artículo 1348, que no hace, por otra parte, referencia al mencionado artículo 1895, como por el inciso 2º, que preceptúa que hay lesión cuando alguno de los partícipes es perjudicado en más de la mitad de su cuota, lo que se habría abstenido de manifestar si fuera aplicable el párrafo expresado, dado que, en su artículo 1889, consigna un precepto semejante”.¹¹²

Igual doctrina volvió a consagrar más tarde la Corte Suprema en estos términos: “Es aplicable a la prescripción de la acción rescisoria por lesión enorme que la ley concede al heredero que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota, el artículo 1352 del Código Civil, que establece que esa acción prescribe según las reglas generales, que no son otras que las contenidas en el Título XX del Libro IV de ese Código, ‘De la nulidad y rescisión’, en cuyo título se encuentra el artículo 1691, que dispone que el plazo para pedir la rescisión dura cuatro años”.

“El artículo 1896 del Código Civil se refiere a la lesión enorme en los contratos de compraventa y permuta y no se aplica a la acción por lesión enorme, que el artículo 1348 establece para las particiones”.

En este fallo, la Corte Suprema sancionó la doctrina que había acogido la sentencia de segunda instancia y que era la siguiente: “Las disposiciones del Título XX del Libro IV del Código Civil sobre la nulidad y rescisión se refieren a todos los contratos y actos jurídicos, y son reglas generales de las cuales son excepciones las que el mismo Código ha cuidado de establecer cuando ha querido separar de estas reglas algún contrato o acto en que se autorice la declaración de nulidad o rescisión del mismo por motivos particulares para tal acto o contrato, como se hace respecto de la compraventa y la permuta en los artículos 1896 y 1900”.

A continuación, la sentencia hace notar las diferencias que existen entre la lesión enorme que autoriza la rescisión de la compraventa y la simple lesión que da lugar a la nulidad relativa de las particiones, y dice: “La lesión enorme, posible sólo en los contratos de compraventa y permuta, prescribe en cuatro años. Por lo que respecta a la lesión en la partición, que la ley lla-

¹¹² *Revista*, tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, p. 430.

ma simplemente así, sin calificativo alguno, el artículo 1352 establece que la acción de nulidad o de rescisión prescribe respecto de las particiones, según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acción, o sea, el plazo para entablar aquélla será de cuatro años conforme al artículo 1691 del Código Civil”.¹¹³

Participamos enteramente de la doctrina sustentada en estas sentencias: no parece razonable sostener que reglas establecidas exclusivamente para la lesión enorme en el contrato de compraventa puedan entrar a regir en caso de lesión en las particiones, que son muy diferentes de aquél, máxime cuando el artículo que autoriza la rescisión de este acto jurídico dice que las particiones siguen en esta materia las reglas generales de los contratos, y tales reglas generales se encuentran establecidas en el Título XX del Libro IV, que trata de la nulidad y rescisión en general.

En consecuencia, las particiones se rescinden por lesión según las reglas generales del Código Civil sobre nulidad relativa, con las modificaciones contenidas en los artículos 1348 y siguientes.

852. La acción rescisoria puede ser atajada. El artículo 1350 del Código Civil establece que “podrán los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numérico”. En este caso, la ley estima innecesario anular la partición, porque la injusticia que ella irrogaba al copartícipe lesionado desaparece al integrarle los demás interesados su cuota hasta completar lo que le corresponde.

El artículo 1350 habla de que los copartícipes pueden “atajar” la acción rescisoria; esto significa que sólo pueden hacer uso de este derecho mientras el juicio esté pendiente. Una vez ejecutoriada la sentencia que en él se dicte, ya no pueden “atajar la acción”. “Una vez dictada la sentencia que da lugar a la rescisión, la acción no habría sido atajada; y, por consiguiente, la sentencia produciría sus efectos, no siendo ya obligatorio para el demandante aceptar el mantenimiento de la partición mediante seguridad del pago del suplemento de su porción. Podría sin duda el demandante, a pesar de la sentencia que, admitiendo la acción, rescinde la partición, ponerse de acuerdo con los otros partícipes para mantener en vigor esa partición, porque la ley no se lo impide y al contrario, ello estaría de acuerdo con el deseo del legislador de evitar una nueva partición; pero no estaría obligada a aceptar tal proposición, porque la sentencia pronunciada le da derecho a dejar sin efecto dicha partición y practicar una nueva partición”.¹¹⁴

En esto difiere la lesión de los otros vicios del consentimiento; éstos sólo dan lugar a la rescisión de la partición, sin que los demás copartícipes puedan atajar la acción en la forma antes indicada, lo que se debe a que una vez viciado el consentimiento, el defecto se incorpora al acto mismo y no desaparece, a menos que éste se ratifique, lo que en el fondo no es sino una repetición de la manifestación de la voluntad de la persona, que vuelve a consentir en la celebración del acto, sea tácita, sea expresamente.

¹¹³ *Revista*, tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, p. 430.

¹¹⁴ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XVII, Nº 2675, p. 264.

En cambio, la lesión, no siendo un vicio del consentimiento, sino una sanción a un acto jurídico injusto y contrario a la equidad, no tiene por qué seguir la regla general en materia de vicios del consentimiento, por lo cual puede desaparecer cuando las personas contra quien se dirige la acción rescisoria deciden remediar la injusticia y hacer desaparecer la lesión, completando, al copartícipe lesionado, su cuota en dinero. Remediada la situación injusta, la ley, que se había preocupado de sancionarla mediante la anulación de la partición, autoriza para que ésta subsista, ya que no contiene nada contrario a la equidad y ninguno de los copartícipes resulta lesionado en sus intereses.

TERCERA CAUSAL

ACTOS DE LOS RELATIVAMENTE INCAPACES

SECCIÓN 1ª

GENERALIDADES

853. Quiénes son relativamente incapaces. El inciso 3º del artículo 1447 del Código Civil señala quiénes son relativamente incapaces, al decir: “Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respetos, determinados por las leyes”.

Estas personas no tienen plena capacidad de ejercicio aún, porque la ley, con el objeto de protegerlos contra sus propios actos, les impide actuar válidamente por sí solos. En realidad, esta incapacidad es más bien una medida de protección en favor de esas personas, porque la ley, para establecerla, no ha tomado en cuenta causas físicas o naturales que disminuyan esa capacidad, como sucede respecto de los absolutamente incapaces, sino que ha creado arbitrariamente una incapacidad limitada, con el objeto ya señalado.

El *menor* es una persona que no tiene el suficiente discernimiento para juzgar por sí solo cuáles actos le son beneficiosos o no, y a fin de evitar que pueda celebrar un contrato que lo perjudique, la ley lo considera incapaz; para poder contratar válidamente requiere ciertas autorizaciones.

El *disipador sometido a interdicción* es relativamente incapaz por otra razón. Debido a la forma en que malgasta su patrimonio, se le declara en interdicción de administrar sus bienes, precisamente para que no pueda celebrar actos jurídicos válidos que contribuyan a disminuir su haber.

854. Los relativamente incapaces pueden intervenir personalmente en la celebración del acto o contrato. A diferencia de los absolutamente inca-



paces, cuya intervención personal en un acto jurídico acarrea la nulidad absoluta del mismo, por disponerlo así el artículo 1682 del Código Civil, los relativamente incapaces pueden celebrar actos jurídicos personalmente, eso sí que con las debidas autorizaciones, porque la ley los considera con discernimiento suficiente para manifestar su voluntad, de modo que si ejecutan un acto por sí solos, prescindiendo de esas autorizaciones, el acto sólo es nulo relativamente.

La incapacidad relativa está incluida en la regla genérica de que “cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

855. La incapacidad relativa y la falta de requisitos exigidos en consideración al estado o calidad de las personas constituyen dos aspectos diversos de una misma causal de nulidad. Son los actos de los relativamente incapaces a los que el Código Civil se refiere al definir lo que es acto “nulo relativamente” y al señalar las causas de nulidad en los artículos 1681 y 1682, que dicen, respectivamente: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”.

Y “la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. *Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa*, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

De aquí resulta que la nulidad relativa puede provenir de la omisión de los requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos en consideración al estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan. Precisamente, la capacidad reducida de que adolecen los dos grupos de personas antes citados constituye el estado o calidad que la ley toma en cuenta para exigir, como requisito de validez, una formalidad especial o “habilitante”, que consiste, por lo general, en la autorización de una persona determinada. Esta autorización produce como efecto la integración de la capacidad del incapaz, lo que le permite celebrar el contrato o ejecutar el acto con plena validez.

La nulidad que proviene de la incapacidad relativa puede tener en el hecho dos causas: que el acto haya sido ejecutado por un relativamente incapaz, y que no se haya cumplido con la formalidad habilitante que complete la capacidad de aquél y lo habilite para celebrar actos jurídicos válidos. Por eso, se acostumbra señalar como causa de nulidad relativa “los actos de los relativamente incapaces” y, por otra parte, “la falta de las formalidades habilitantes”. Estimamos innecesario hacer esta distinción, que no se justifica, porque ambas causas están tan estrechamente unidas que considerarlas separadamente sería entrar en repeticiones inútiles. En efecto, un acto es rescindible cuando lo ejecuta un relativamente incapaz. ¿Por qué? Porque no se ha cumplido con los requisitos que la ley exige para que el acto sea

válido tomando en cuenta “el estado o calidad” de la persona que lo ejecuta, o sea, su incapacidad. Y, a la inversa, un acto jurídico adolece de nulidad relativa cuando se han omitido ciertas formalidades, cuyo objeto es habilitar al incapaz para celebrarlo.

En consecuencia, son dos aspectos de una misma causal de nulidad relativa: la incapacidad relativa de la persona que ejecuta el acto jurídico, que se subsana mediante el cumplimiento de determinadas formalidades.

Aún más. El Código Civil no menciona expresamente la incapacidad relativa como causa de rescisión de los actos y contratos. Sólo es posible considerarla tal en virtud de la regla genérica de que todo vicio que no produce nulidad absoluta, produce nulidad relativa. Es una situación análoga a la de los vicios del consentimiento.

De todo lo dicho se infiere que para el Código Civil, la causal de rescisión es la omisión de las formalidades habilitantes, porque es la única que menciona en forma expresa en los artículos 1681 y 1682. Los demás quedan comprendidos en la regla genérica tantas veces citada (inciso final del artículo 1682).

Esta digresión nos permitirá justificar el método que seguiremos de tratar la incapacidad relativa conjuntamente con la omisión de las formalidades habilitantes.

SECCIÓN 2ª

ACTOS DE LOS MENORES ADULTOS

Título I

CAPACIDAD DEL MENOR ADULTO PARA EJECUTAR ACTOS Y CELEBRAR CONTRATOS

§ I. EL MENOR ADULTO, POR REGLA GENERAL, NO PUEDE ACTUAR POR SÍ SOLO

856. Formas en que pueden actuar los menores adultos. Son menores adultos los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce que no han llegado a los dieciocho.

Estas personas, en razón de su edad, son consideradas incapaces relativamente; para actuar en forma válida en la vida civil, deben hacerlo, por lo general, representados o autorizados por sus representantes legales.

Los menores adultos que están de ordinario sometidos a la patria potestad de su padre o madre, o bajo curaduría general, no carecen de voluntad, como sucede con los impúberes, que son absolutamente incapaces. En consecuencia, pueden celebrar actos jurídicos, sea personalmente, autorizados por su representante legal, sea representados por éste. En el primer caso, es el incapaz quien consiente directamente en el contrato, es él quien manifiesta su propia voluntad, y el representante legal sólo interviene para habilitarlo, a fin de que ejecute un acto jurídico válido, que, de otro modo, adolecería



de nulidad relativa. En el segundo, el incapaz no tiene intervención personal alguna en el acto, ya que éste es ejecutado por su representante legal.

§ II. CASOS EN QUE EL MENOR TIENE CAPACIDAD PARA ACTUAR VÁLIDAMENTE POR SÍ SOLO

857. Otorgamiento de testamento. El menor adulto puede otorgar testamento por sí solo, sin necesidad de la autorización de su representante legal, porque el artículo 1005 del Código Civil no lo enumera entre los inhábiles para testar; las incapacidades son de derecho estricto, y no pueden aplicarse por analogía.

Por lo demás, el artículo 262 del Código Civil dispone expresamente que “el menor adulto no necesita de la autorización de sus padres para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte, ni para reconocer hijos”.

858. Actos de familia. La incapacidad del menor adulto no alcanza, tampoco, a los actos de familia, que también son de índole personalísima; por lo tanto, el menor adulto puede reconocer a un hijo por sí solo, como expresamente lo reconoce el artículo 262 citado en el número anterior.

Sin embargo, si bien los menores adultos pueden reconocer a sus hijos sin autorización de nadie, no pueden aceptar, ni repudiar el reconocimiento de que ellos sean objeto. En efecto, el artículo 191 del Código Civil dispone en su inciso 1º que “El hijo que, al tiempo del reconocimiento, fuere mayor de edad, podrá repudiarlo dentro del término de un año, contado desde que lo conoció. Si fuere menor, nadie podrá repudiarlo sino él y dentro de un año, a contar desde que, llegado a la mayor edad, supo del reconocimiento”.

859. Adquisición de la posesión de cosas muebles. El artículo 723 del Código Civil dispone que “los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprensión, material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que compete”.

El fundamento de esta disposición es evidente: los requisitos que se exigen para adquirir la posesión pueden concurrir en toda persona aunque sea menor, y aun cuando sea impúber, siempre que no sea infante.

Pero otra cosa es el ejercicio de los derechos de poseedores; ello constituye un acto de administración que los menores no pueden ejecutar sin autorización de quien corresponda.

860. El matrimonio. El menor adulto puede contraer matrimonio manifestando su voluntad personalmente. Este contrato reviste también el carácter de personalísimo, porque es el acto jurídico que, como ningún otro, descansa en motivos afectivos de quienes lo celebran.

El artículo 107 del Código Civil dispone que “Los que no hubieren cum-

plido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de sus padres; si faltare uno de ellos, el del otro padre o madre; o a falta de ambos, el del ascendiente o de los ascendientes de grado más próximo”.

A falta del padre, madre o ascendientes, debe dar el consentimiento el curador general, y en defecto de todos los anteriormente llamados, lo dará el oficial del Registro Civil que deba intervenir en la celebración del matrimonio (artículo 111 del Código Civil). Esta misma regla será aplicable “Si se tratare de un hijo cuya filiación aún no ha sido determinada respecto de ninguno de sus padres”.

Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante el hecho que el artículo 26 del Código Civil considere menor al varón mayor de catorce y a la mujer mayor de doce, que no han cumplido los dieciocho años, quienes bajo la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 podían válidamente contraer matrimonio con el asenso o licencia de los llamados a ello, bajo el amparo de la actual legislación no pueden contraer matrimonio ni aún con la autorización de éstos, pues el artículo 5º de la actual Ley de Matrimonio Civil aumentó la incapacidad, al establecer que “no podrán contraer matrimonio: 2º. Los menores de 16 años”, por lo que la norma del artículo 107 del Código Civil habrá de entenderse en el sentido que no podrán casarse sin el asenso o licencia correspondiente, los mayores de dieciséis que no hubieren cumplido los dieciocho años.

Ahora, y aun cuando el Código Civil disponga que el menor *debe* obtener el consentimiento de quien corresponda, la omisión de *este consentimiento no está sancionada con la nulidad del matrimonio*. Tal omisión no está incluida entre las causales de nulidad que señala la Ley de Matrimonio Civil. Por el contrario, el artículo 114 del Código Civil establece otra sanción; dice así: “El que no habiendo cumplido dieciocho años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado, no sólo por aquél o aquéllos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriera sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto”.

En consecuencia, la falta de autorización para el matrimonio del menor no es causa de nulidad del mismo, de donde resulta que el menor adulto puede contraer aquél sin autorización de nadie, porque esta circunstancia no impide que el matrimonio sea plenamente válido. Este es otro de los actos para cuya validez el menor no requiere la autorización de su representante legal o de la justicia.

Manuel Somarriva, al referirse a los “actos en los cuales cesa la representación del padre por tener el hijo capacidad propia”, dice: “El matrimonio y las capitulaciones matrimoniales son los otros actos que el hijo puede celebrar personalmente. En ambos no cabe la representación legal, si bien es posible la representación voluntaria”,¹¹⁵ y esto debido a la naturaleza personalísima de ambas convenciones, que deben ser celebradas directamente

¹¹⁵ SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, N° 506, p. 414.



por el interesado, a menos que éste, voluntariamente, faculte a su representante para que intervenga por él.

Prosigue el autor citado diciendo que “cierto que el hijo necesita del consentimiento de su padre para contraer matrimonio y celebrar las capitulaciones matrimoniales, pero ello no es en virtud de la patria potestad, sino de la autoridad paterna. Tan es así que, a falta del padre y de la madre, el consentimiento para el matrimonio o las capitulaciones que celebre el hijo lo prestan los ascendientes”.

No discutiremos estas aseveraciones, que son exactas; pero objetamos que los dos actos jurídicos nombrados se equiparen en lo tocante a la autorización necesaria para celebrarlos, porque los efectos que su omisión produce en uno y otro caso son muy diferentes. Y esto nos parece más objetable, si se considera que, al tratar de esta materia, se está refiriendo a la capacidad propia del hijo o menor de edad.

Hemos visto que el matrimonio que contrae un menor de edad es válido, aun cuando lo celebre sin el consentimiento de aquellas personas que están llamadas por la ley a prestar su autorización expresa. En cambio, la autorización que exige el artículo 1721 del Código Civil al disponer que “el menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuere mayor”, es una formalidad habilitante, o sea, un requisito que se exige para la validez del acto en consideración al estado y calidad de la persona que lo ejecuta o acuerda, en este caso, un menor adulto, que es relativamente incapaz. En consecuencia, la ausencia de la aprobación mencionada acarrea la nulidad relativa de las capitulaciones.¹¹⁶

Se trata, pues, de efectos distintos, a pesar de ser requisitos idénticos, ya que la autorización que en uno y otro caso ha de prestarse proviene de las mismas personas. Esta diversidad de efectos es perfectamente explicable y ampliamente justificable. En efecto, el matrimonio es algo más que un simple contrato, y de mucho más importancia y trascendencia, ya que dice relación con la constitución de la familia misma; por tal motivo, la ley no puede permitir que se disuelva, por faltar la autorización de un ascendiente, curador u oficial del Registro Civil. Sería una causa demasiado pequeña para un efecto de tanta gravedad como la nulidad.

No sucede lo mismo con las capitulaciones matrimoniales, que sólo están destinadas a regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Además, si se anulan las capitulaciones matrimoniales, en nada queda afectado el matrimonio en sí; sólo cambiaría el régimen matrimonial, pues entonces entrarían a regir las reglas que el Código Civil ha dado para suplir el silencio de los contrayentes y que considera como que constituyen su voluntad presunta.

¹¹⁶ En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, N° 143, p. 110.

861. Administración del peculio profesional o industrial. Nos referiremos, por último, a la facultad que tiene el menor adulto para administrar libremente su peculio profesional o industrial. “El hijo se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 254” (dice el artículo 251 del Código Civil). El artículo 439 del mismo Código hace extensiva esta regla al menor que está bajo curaduría.

Se denomina *peculio profesional o industrial* del hijo de familia el formado por los bienes adquiridos por éste en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico, es decir, por los que provienen del trabajo personal del hijo; por los bienes que adquiera con los dineros provenientes de su trabajo; y por los frutos que provengan de todos esos bienes.¹¹⁷ Según el artículo 25 del Código de Minería, entran también al peculio profesional los derechos que éste adquiera a virtud de un pedimento o manifestación por él efectuado.

En consecuencia, el hijo de familia sometido a patria potestad y el menor bajo curaduría general no necesitan, de ordinario, de ninguna autorización para la administración de su peculio industrial o profesional, puesto que respecto de él, se les mira como mayores de edad. Podrán, por lo tanto, hacer objeto a esos bienes de cualquier acto jurídico, sea éste extrajudicial o judicial. La Corte Suprema ha declarado, en forma expresa, que el menor puede parecer en juicio por sí, para defender bienes que formen parte de su peculio profesional, porque respecto de ellos se considera mayor de edad.

De acuerdo con estos principios, se ha fallado que “no es nulo relativamente un contrato de venta de carburo de calcio celebrado por un menor de edad, si se trata de comerciantes que celebran un acto de comercio y si el menor lo hace administrando su peculio profesional y afianzado por su padre”;¹¹⁸ y que celebrada la compraventa, cuya rescisión se solicita, mientras el menor adulto comprador ejercía una profesión u oficio, con entera independencia de su padre, obligándose a pagar el precio de la compra con el trabajo de su profesión y no con dinero, no procede acoger la nulidad de ese contrato que el demandante funda en su menor edad”.¹¹⁹

Excepción. Existe, sin embargo, una limitación a la facultad del menor para administrar libremente su peculio profesional o industrial. Es la señalada en el artículo 254 del Código Civil, que dice: “No se podrán enajenar ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo, *aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, ni sus derechos hereditarios*, sin autorización del juez con conocimiento de causa”.

Si esta autorización se omite, el acto es rescindible.

862. Caso especial del mandato civil. El artículo 2128 del Código Civil dispone que “si se constituye mandatario a un menor adulto, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros en cuanto obliguen a

¹¹⁷ SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, N° 483, p. 400.

¹¹⁸ *Revista*, tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, p. 581.

¹¹⁹ *Revista*, tomo 24, 2ª parte, sec. 2ª, p. 1.



éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores”.

De este precepto resulta que los relativamente incapaces, sean menores o personas sometidas a interdicción por prodigalidad, pueden ser mandatarios de otros y ejecutar en nombre de sus mandantes todos los actos que éstos les encarguen. Es natural que así sea, porque estas personas no son incapaces por estar impedidos de manifestar su voluntad, sino por otras razones. Además, son incapaces para ejecutar actos que digan relación con sus propios bienes, y son éstos los que la ley quiere proteger al declararlos relativamente incapaces; nada obsta, por tanto, para que puedan celebrar toda clase de actos a nombre de sus mandantes, ya que de los efectos de tales actos responderá el mandante y no el mandatario.

Pero entre mandante y mandatario las relaciones jurídicas quedan sujetas a la regla general de los relativamente incapaces, de modo que el incapaz quedará válidamente obligado para con su mandante si, al celebrar el mandato, fue autorizado por su representante legal u obró dentro de los límites de la capacidad que la ley le reconoce.

863. Caso especial del mandato judicial. Una de las formas del mandato es el mandato judicial, por el cual una persona representa a otra en juicio. Esta especie de mandato se rige por las reglas del mandato civil y se le aplica, por lo mismo, el artículo 2128 anteriormente transcrito.

Pero el mandato judicial envuelve una responsabilidad mayor para el mandatario, porque el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil dispone que “los procuradores judiciales responderán personalmente del pago de las costas que sean de cargo de sus mandantes, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. En otras palabras, la responsabilidad por el pago de las costas, que recae sobre la parte litigante, afecte en igual forma al procurador o mandatario, ya que éste responde “personalmente” de ellas, o sea, con sus propios bienes; se trata aquí, por consiguiente, de un acto que es exigible directamente del mandatario y no del mandante únicamente.

Ahora bien, si el procurador o mandatario judicial es un menor adulto, que ha aceptado el mandato sin la autorización de su representante legal, ¿responde personalmente de las costas o puede asilarse en su incapacidad para liberarse de responsabilidad por ellas?

La Corte Suprema casó dicha sentencia y ha resuelto, en cambio, que “es inaceptable la excepción de nulidad de la obligación opuesta por el mandatario judicial menor de edad, en el juicio ejecutivo seguido en su contra y en el cual se le exige personalmente el pago de las costas en que fue condenado su mandante. El artículo 28 del Código de Procedimiento Civil ha derogado, en lo relativo a la procuraduría judicial, el efecto de las obligaciones de los mandatarios menores de edad (artículo 2128 del Código Civil), y prevalece sobre esta disposición”.¹²⁰

¹²⁰ *Revista*, tomo 13, 2ª parte, sec. 1ª, p. 103.

Esta doctrina es, en nuestro sentir, la verdaderamente ajustada a Derecho, porque el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, al no distinguir, ha modificado en esta materia al Código Civil, y debe regir con preferencia a éste, por tratarse de una disposición especial.

Por consiguiente, el relativamente incapaz que actúa como mandatario judicial queda obligado a responder personalmente de las costas en que sea condenada la parte que representa, y no puede alegar la nulidad relativa del acto, basada en su incapacidad, para liberarse de esa responsabilidad.

§ III. EFECTOS QUE PRODUCEN LA AUTORIZACIÓN DEL PADRE O LA MADRE, O DEL CURADOR EN SU CASO, Y LA AUSENCIA DE ESTA AUTORIZACIÓN

A) *Situación del hijo*

864. El hijo actúa representado. En este caso, no hay problema, porque es el representante legal quien ejecuta el acto o celebra el contrato con plenas facultades. Sin embargo, hay ciertos negocios, a los cuales nos referiremos más adelante, que deben ser autorizados por la justicia para que sean válidos.

865. El hijo actúa personalmente, autorizado por su representante legal. El Código Civil no ha señalado la forma en que debe prestarse la autorización, de modo que no existe limitación al respecto: puede el padre o la madre que ejerza la patria potestad, concurrir a la celebración del acto o contrato, o bien, autorizar al hijo para proceder a dicha celebración. En general, la autorización puede prestarse en cualquiera forma que demuestre claramente que el padre o madre, según el caso, tiene la intención de autorizar al hijo para contratar; así se desprende del artículo 260 del Código Civil, que no señala una forma especial.

866. Efectos que produce la autorización. El artículo 261 del Código Civil contempla el caso de que el hijo celebre un contrato o ejecute un acto fuera de su peculio profesional o industrial, y que el padre autorice o ratifique por escrito lo ejecutado por el hijo. En tal caso, dichos actos son plenamente válidos, y “obligan directamente al padre o madre que ejerce la patria potestad, y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiera reportado de dichos actos o contratos”.

René Ramos Pazos señala al respecto que “para el estudio de esta materia se debe distinguir según que los que ejercen la patria potestad se encuentren o no casados en régimen de sociedad conyugal”, pues de ser así, el padre o madre se obligan directamente en conformidad a las disposiciones de ese régimen, y en caso contrario, sólo se obliga el padre o madre que haya intervenido, sin perjuicio de poder repetir contra el otro padre, en la parte que de derecho haya debido proveer a las necesidades del hijo.¹²¹

¹²¹ Obra citada, tomo II, N° 604, p. 449.



Es ésta una situación curiosa, en que el acto ejecutado con las formalidades legales por una persona incapaz afecta el patrimonio de su representante, no obstante haber sido celebrado en beneficio de aquélla. “El legislador nuevamente deroga el principio de que quien autoriza no se obliga, tal como lo hace en el caso de la mujer casada que obra autorizada por el marido”.¹²²

867. Efectos de la falta de autorización. Si el hijo actúa sin autorización del padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad, o por el curador adjunto, según el caso, los actos y contratos que así ejecute o celebre “lo obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial”. Así lo dispone el artículo 260 del Código Civil.

Manuel Somarriva estima que este precepto se aplica a cualquier caso en que el hijo actúa sin la debida autorización, y su opinión aparece apoyada por la jurisprudencia.¹²³

Claro Solar, en cambio, sostiene que dicho artículo sólo se aplica al caso en que el hijo actúe dentro de su peculio profesional o industrial.

Esta regla constituye una excepción al principio general en materia de nulidad relativa, porque, de acuerdo con este principio, el acto o contrato celebrado por el hijo sin la correspondiente autorización debería ser nulo por carecer de un requisito exigido para el valor del mismo acto o contrato en consideración al estado y calidad de la persona que lo ejecuta o acuerda. En cambio, en este caso, el contrato o el acto es válido, y obliga al menor que lo celebró.

Concuerda con nuestra opinión René Ramos Pazos, quien sostiene que “de aplicarse las reglas generales, los actos celebrados por el hijo en estas condiciones deberían ser nulos relativamente, pudiendo llegar a generar una obligación natural (arts. 1470 N° 2, 1682, 1691). Sin embargo, la ley se ha puesto en el caso de que el hijo tenga peculio profesional, lo que podría inducir a los terceros a contratar con él creyendo que lo está haciendo dentro de ese peculio, y por ello, como manera de proteger a esos terceros, establece que tales actos obligan al hijo en su peculio profesional o industrial. Si no tiene peculio profesional o industrial, se vuelve a la sanción normal (nulidad relativa)”.¹²⁴

El inciso 2° del artículo 260 citado contempla otro caso excepcional, al disponer que el hijo “no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario del peculio profesional o industrial), sin autorización escrita de las personas mencionadas. Y si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos”.

Se trata, pues, de una situación análoga a la del inciso 1° del mismo artículo, aun cuando en este caso la regla es más estricta, porque la ley exige autorización escrita del padre o madre que ejerce la patria potestad, o el

¹²² SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, N° 510, p. 416.

¹²³ SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, N° 511, pp. 416 y 417.

¹²⁴ Obra citada, tomo II, N° 606, p. 450.

curador adjunto. Pero el efecto es igual: el acto o contrato no es nulo, sino que el menor responde de las obligaciones contraídas “hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellas”.

“¿Cómo explicarse, se pregunta Somarriva, que el acto ejecutado por el hijo de familia que es incapaz y que por no haber actuado con la autorización de su padre o representado por éste deba ser nulo, sin embargo, resultan obligados los bienes de su peculio profesional o industrial? La razón creemos encontrarla en el resguardo de los intereses de los terceros, quienes pueden ser inducidos a engaño por la circunstancia de tener el hijo una capacidad diferente según se trate de su peculio adventicio o de su peculio profesional o industrial.”¹²⁵

Pero si el hijo carece de peculio profesional o industrial, todas estas reglas excepcionales no tienen aplicación: los actos y contratos que ejecute sin la debida autorización serán nulos relativamente, de acuerdo con los principios generales, por carecer de un requisito exigido en atención a la incapacidad de su autor.

B) Situación del menor emancipado

868. Su situación es idéntica a la del hijo sujeto a patria potestad. Todo lo dicho hasta ahora respecto del hijo sujeto a patria potestad es aplicable, igualmente, al menor emancipado que se halla bajo curaduría general, porque el artículo 439 del Código Civil dispone que “el menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo sujeto a patria potestad, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria.

Lo dispuesto en el artículo 260 se aplica al menor y al curador”.

Por consiguiente, la situación del menor sometido a curatela general es la misma que si estuviera sometida a la potestad del padre o madre.

Sin embargo, el curador no queda obligado personalmente por los actos y contratos ejecutados por el pupilo con su autorización, pues el Código Civil no ha hecho extensivos al curador los preceptos del artículo 261.

Título II

ACTOS Y CONTRATOS PARA LOS CUALES ES NECESARIA LA APROBACIÓN DE LA JUSTICIA

869. Razón de esta exigencia. La ley, no contenta con considerar a los menores adultos relativamente incapaces y obligarlos a actuar representados o autorizados por sus respectivos representantes legales, exige, en ciertos casos, otro requisito adicional: que la justicia ordinaria autorice el acto o contrato. Esta exigencia procede cuando el acto jurídico afecta de un modo

¹²⁵ SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, N° 511, p. 417.



grave los intereses del menor. Es, pues, una medida de protección de su patrimonio.

Como la aprobación judicial del acto o contrato es un requisito exigido en consideración al estado o calidad del menor, su omisión producirá la nulidad relativa del acto.

§ I. ENAJENACIÓN Y GRAVAMEN DE BIENES RAÍCES Y DERECHOS HEREDITARIOS DEL MENOR ADULTO

870. Bienes del hijo sujeto a patria potestad. Según el artículo 254 del Código Civil, no se podrán enajenar ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa. En consecuencia, cualquiera que sea el peculio a que pertenezcan los inmuebles del hijo de familia, para que puedan ser enajenados o gravados, es indispensable que la enajenación o hipoteca sea autorizada por el juez con conocimiento de causa; de lo contrario, el acto será nulo de nulidad relativa. La misma regla se aplica a los derechos hereditarios del hijo sujeto a patria potestad, que naturalmente no estarán comprendidos en su peculio profesional.

Según Somarriva, a este caso es aplicable lo dispuesto en el artículo 395 del Código Civil, que dice: “No obstante la disposición del artículo 393, si hubiera precedido decreto de ejecución y embargo sobre los bienes raíces del pupilo, no será necesario nuevo decreto para su enajenación.

Tampoco será necesario decreto judicial para la constitución de una hipoteca, censo o servidumbre, sobre bienes raíces que se han transferido al pupilo con la carga de constituir dicha hipoteca, censo o servidumbre”.¹²⁶

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia de 25 de septiembre de 1934, falló que “el artículo 255 del Código Civil que dispone que no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez con conocimiento de causa, o sea, que la enajenación o hipoteca de los bienes del hijo podrán efectuarse cumpliendo los requisitos que se indican, contiene una disposición prohibitiva, cuyo quebrantamiento produce la nulidad absoluta, conforme al artículo 10 del Código Civil, que declara nulos y sin valor alguno los actos que la ley prohíbe, como es ese de enajenar o hipotecar sin autorización del juez con conocimiento de causa, en caso alguno, los bienes raíces del hijo de familia”.¹²⁷

Esta sentencia incurre en una lamentable confusión de conceptos fundamentales al considerar prohibitiva a una disposición como la del artículo 255 –actual artículo 254–, que es simplemente imperativa, puesto que se limita a permitir la celebración de esos actos siempre que se cumpla en ellos con el requisito de la autorización judicial.

¹²⁶ SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, N° 495, p. 407.

¹²⁷ *Revista*, tomo 33, 2ª parte, sec. 2ª, p. 8.

Es con fundamento que Gonzalo Barriga critica la doctrina de esa sentencia en un artículo publicado a su pie, en que analiza el contenido del antiguo artículo 255, y concluye diciendo que no se trata de un precepto prohibitivo, cuya infracción estaría sancionada con la nulidad absoluta, sino de una norma imperativa, que condiciona la celebración de los contratos a ciertos requisitos, cuya omisión acarrea la nulidad relativa de los mismos, porque dichos requisitos han sido establecidos en consideración al estado o calidad de la persona que interviene en el acto o contrato.

En apoyo de su tesis, Gonzalo Barriga cita la opinión de Arturo Alessandri Rodríguez, quien, en un estudio anterior, había manifestado que “una ley es prohibitiva cuando prohíbe o impide, en absoluto, la celebración de un contrato o la ejecución de un acto en cualesquiera condiciones y bajo cualquier respecto, de modo que quien o quienes se hallen en las circunstancias previstas por la ley no pueden realizarlo, ni aunque llenen tales o cuales requisitos o cumplan con tales o cuales formalidades. El acto prohibido no puede realizarse en forma alguna bajo ningún respecto”.

“En cambio, las leyes que, aunque bajo las apariencias de una prohibición, permiten el acto y se limitan a señalar los requisitos o condiciones con arreglo a los cuales es válido y puede ejecutarse, no son ni pueden ser prohibitivas, desde que lo permiten y autorizan. Estas leyes, en cuanto ordenan que en su celebración se llenen ciertos requisitos, son imperativas”.

Concluye diciendo Gonzalo Barriga que, “dado que aquel requisito o formalidad (autorización del juez con conocimiento de causa) no se exige como una solemnidad para la existencia del acto o contrato, en consideración a su naturaleza, sino como un simple medio de protección respecto del hijo de familia, en consideración a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, su omisión produce nulidad relativa y no absoluta, como erradamente se sostiene en la sentencia”.

Concordamos ampliamente con esta opinión, que, a nuestro juicio, es la única exacta.

871. Bienes del menor adulto sometido a curaduría. Respecto del menor adulto sometido a curatela, el artículo 393 del Código Civil dispone: “No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta”.

Cabe observar que, en este caso, a diferencia de lo que ocurre tratándose de los bienes raíces del hijo de familia, al juez no le basta proceder con simple conocimiento de causa, sino que debe determinar si existe utilidad o necesidad manifiesta.

El artículo 394 agrega que “la venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta”, lo que constituye otra garantía de conservación del patrimonio del pupilo.

La jurisprudencia ha resuelto que “la enajenación a terceros de bienes raíces que pertenecen a menores sólo puede hacerse con autorización ju-

dicial y en pública subasta y es nula si falta alguno de estos requisitos”.¹²⁸ Se ha fallado asimismo que “es nula la sentencia que declara válida una transacción celebrada por el representante legal de un hijo de familia y unos menores habilitados de edad, y en la cual se transfieren inmuebles que pertenecían al hijo de familia y a dichos menores, sin cumplirse con los preceptos que reglan la mutación del dominio de bienes raíces pertenecientes a menores, y que declara válida la autorización que, para celebrar ese contrato, concedió un juez que era el del lugar en que estaban situados los inmuebles, pues infringe los artículos 255 y 302 de la Ley Orgánica de Tribunales, que disponen que en la enajenación de bienes raíces del hijo de familia debe procederse previa autorización judicial, siendo además necesaria la pública subasta en el caso de tratarse de bienes pertenecientes a menores habilitados de edad, autorización que debe darle el juez del lugar en que están situados los inmuebles. Dicho contrato es nulo relativamente por haberse celebrado con omisión de requisitos o formalidades exigidas por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que concurrieron a su otorgamiento”.¹²⁹

§ II. DONACIÓN DE BIENES DEL MENOR

872. Reglas aplicables. En esta materia, el artículo 255 del Código Civil, que es uno de los preceptos relativos a la patria potestad, se remite, en cuanto a las limitaciones a que está sometida la donación de bienes del hijo de familia, a las reglas dadas para la administración de los tutores y curadores, especialmente a lo dispuesto en el artículo 402 del citado Código.

El inciso 1º de este último artículo establece una prohibición, cuyo quebrantamiento está sancionado con la nulidad absoluta: “Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto de juez”.

En el inciso 2º, en cambio, ese artículo autoriza algunas donaciones, sometiéndolas, eso sí, a diversos requisitos, que sirven para proteger al máximo el patrimonio del menor. Dice así: “Sólo con previo decreto de juez podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo; y no las autorizará el juez, sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otro semejante, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, y que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos”.

En consecuencia, la autorización del juez debe ser fundada, para lo cual deberá tomar en cuenta las diversas circunstancias que ese artículo indica.

La falta de la autorización del juez, como requisito de validez que es, acarrea la nulidad relativa del acto, porque ha sido exigida en consideración a la incapacidad del menor cuyos bienes se donan. Igualmente, si no se cumple con los demás requisitos a que ese precepto subordina la donación de los bienes del pupilo, el acto es también nulo relativamente por idéntica razón.

¹²⁸ *Revista*, tomo 6, 2ª parte, sec. 2ª, p. 100.

¹²⁹ *Revista*, tomo 9, 2ª parte, sec. 1ª, p. 139.

§ III. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE UNA ASIGNACIÓN HECHA AL MENOR

873. El menor sujeto a patria potestad. Con relación a las herencias asignadas al hijo sujeto a patria potestad, el artículo 255 del Código Civil se remite nuevamente a las limitaciones impuestas a los tutores y curadores, respecto de quienes el artículo 397 del mismo Código dispone que “el tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo sin decreto del juez con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario”.

Diversa es la situación de los legados. Respecto de ellos rige el precepto general del artículo 1236 del citado Código, que dice: “Los que no tienen la libre administración de sus bienes no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de un centavo, sin autorización judicial con conocimiento de causa”. Este precepto, que, en lo que toca a las herencias, repite la regla de los artículos 256 y 397 ya citados, hace extensiva esta misma regla a los legados que se asignan a incapaces cuando recaen sobre bienes raíces, o sobre bienes muebles que valgan más de un centavo.

874. El menor sometido a curatela. En lo tocante a las herencias, rige el artículo 397 que ya señalamos. En lo que se refiere a los legados, la Ley N° 10.271 hizo extensiva la aplicación del artículo 1236 antes mencionado. En efecto, en la actualidad, el artículo 398 dispone que “las donaciones o legados no podrán tampoco repudiarse sino con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1236; y si impusieren obligaciones o gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas o legadas”. Superando la disparidad de reglas existente en el pasado, en la actualidad existe entonces una regla única para la repudiación de legados deferidos a menores, estén bajo patria potestad o bajo guarda.

875. Sanción. La falta de autorización judicial en los casos en que es necesaria, acarrea, según la regla general, la nulidad relativa de la repudiación de la asignación deferida al menor.

En cambio, la aceptación de una herencia sin beneficio de inventario, en los casos en que esta formalidad es obligatoria, no produce la nulidad relativa del acto.

La sanción es otra. En efecto, el inciso 3° del artículo 1250 del Código Civil, cuyo inciso 2° repite la exigencia de este beneficio establecida en el artículo 397, dice: “No cumpliéndose con lo dispuesto en este artículo, las personas naturales o jurídicas representadas, no serán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas”. De aquí resulta que es más beneficioso para el menor aceptar sin beneficio de inventario, porque su responsabilidad es menor en este caso que si acepta con dicho beneficio.



§ IV. LA PARTICIÓN DE BIENES

876. La autorización judicial se exige cuando el menor o su representante es quien provoca la partición. Para *provocar* la partición en que tenga interés un menor adulto, debe pedirse la correspondiente autorización judicial. Así lo dispone el artículo 1322 del Código Civil, cuyo inciso 1º dice: “Los tutores y curadores, y en general los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial”. Regla análoga contiene el artículo 396 del mismo Código respecto de los tutores y curadores en especial.

Si esa autorización se omite, la partición es nula relativamente, de acuerdo con el artículo 1348 del Código Civil. Se ha fallado, por eso, que “la infracción a los artículos 396, 1322 y 412 del Código Civil fundada en faltar la autorización judicial o la de otros curadores para proceder a la división de los bienes raíces o hereditarios que el pupilo posee con otros proindiviso o para celebrar un acto o contrato en que directa o indirectamente tiene interés el pupilo, importa la omisión de requisitos establecidos en atención a la calidad de las personas y no a la naturaleza misma del acto y sólo produce nulidad relativa”.¹³⁰

Pero si el menor se hace parte en una partición ya iniciada, por haber sido provocada por otro interesado, dicha autorización no es necesaria. Tampoco lo es si el juez, a petición de un comunero o coheredero, ha decretado la división (artículo 396, inciso 2º, del Código Civil).

877. Partición hecha de común acuerdo. Esta materia, como bien se sostiene en la obra de Manuel Somarriva, “ha experimentado una interesante evolución”,¹³¹ pues hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley Nº 10.271, de 1952, el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil hacía excepción al artículo 1325 del Código Civil, al señalar que los comuneros podían “hacer por sí solos la división de las cosas comunes, aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes”, debido a que el primitivo artículo 1325 autorizaba a los comuneros a efectuar la partición por sí mismos, únicamente si todos tenían la libre administración de sus bienes y concurrían al acto particional.

Actualmente, esta materia se encuentra regulada en forma más sistemática en el artículo 1325, conforme al cual “los coasignatarios podrán hacer la partición por sí mismos si todos concurren al acto, aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre administración de sus bienes, siempre que no se presenten cuestiones que resolver y todos estén de acuerdo sobre la manera de hacer la división”. Agrega el inciso segundo que “serán, sin embargo, necesarias en este caso la tasación de los bienes por peritos y la aprobación de la partición por la justicia ordinaria del mismo modo que lo serían si se procediere ante un partidor”.

¹³⁰ *Revista*, tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, p. 241.

¹³¹ SOMARRIVA, MANUEL, *Indivisión y Partición*, obra citada, Nº 318, p. 277.

Ahora bien, no obstante lo señalado en el inciso segundo recién citado, y la exigencia de la aprobación judicial de la tasación de los bienes, ello debe ser complementado con el artículo 657 del Código de Procedimiento Civil, el cual permite la omisión de la tasación pericial, “si el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes, o de sus representantes, aun cuando haya entre aquéllas incapaces, con tal que existan en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, o que se trate de bienes inmuebles, o de fijar un *mínimum* para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños”. Esta norma es enteramente aplicable a la presente materia, aun cuando en la partición efectuada de común acuerdo no hay propiamente “autos”. En efecto, siguiendo en esto la obra de Somarriva, “se cumplirá con este requisito haciendo constar en la escritura de partición –que es la forma que se emplea de ordinario, aunque la ley no lo exige– los antecedentes tenidos en vista por las partes para hacer la evaluación”.¹³²

El mismo autor hace notar que entre los requisitos para proceder a la partición convencional no figura la autorización judicial. A mayor abundamiento fundamenta esta conclusión en que “en el caso de la partición de común acuerdo no puede decirse que ella sea provocada por las personas que vimos quedan comprendidas en el artículo 1322 –para lo cual requieren autorización judicial–, ya que ha existido acuerdo unánime para proceder a ella”.¹³³

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al artículo 1342 del Código Civil, ha de ser necesaria la aprobación judicial de la partición, en aquellos casos en que tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría.

Conforme apunta Somarriva, “es inexacto afirmar que la partición necesita aprobación judicial cuando haya incapaces, por cuanto el artículo 1342 es limitativo; sólo se refiere a los ausentes y a los pupilos. Por eso con razón se ha fallado que no es necesaria la aprobación judicial si en la partición interviene un hijo representado por su padre o madre que tenga la patria potestad, respectivamente.

Apunta el autor citado que “no se alcanza a comprender por qué el legislador excluyó al hijo sujeto a patria potestad en el artículo 1342. Hemos visto que a éstos los toma en cuenta para lo menos, como es provocar la partición y nombrar partidor, y no los considera para lo más, como es aprobar en total la partición. Y lo curioso es que ello no puede atribuirse a un posible olvido, porque el precepto del artículo 1342 figura en la misma forma en los Proyectos del Código de 1853 e Inédito”.¹³⁴

878. Partición hecha por un partidor. a) *Nombramiento del partidor.* El inciso 1º del artículo 1326 del Código Civil dispone lo siguiente: “Si alguno de los coasignatarios no tuviere la libre disposición de sus bienes, el nombramiento de partidor, que no haya sido hecho por el juez, deberá ser

¹³² Misma cita anterior, N° 318, pp. 277 y 278.

¹³³ Misma cita anterior, N° 271, p. 248.

¹³⁴ Misma cita anterior, N° 516, p. 431.

aprobado por éste”, de donde resulta que el nombramiento de partidor hecho por el testador, o por los comuneros de común acuerdo, si entre los copartícipes hay un menor, debe ser aprobado por la justicia. “La omisión de la aprobación judicial del nombramiento de árbitro vicia de nulidad ese nombramiento, que no se subsana más tarde con la aprobación posterior al prorrogarse la jurisdicción del árbitro, pues aunque esa aprobación es procesal, su omisión afecta de nulidad relativa al acto, ya que se ha establecido en favor de los menores”; así se ha fallado.¹³⁵

b) *Aprobación de la partición. Diferencia entre hijos sujetos a patria potestad y pupilos.* De acuerdo con el artículo 1342 del Código Civil, “siempre que en la partición de la masa de bienes, o de una porción de la masa, tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría, será necesario someterla, terminada que sea, a la aprobación judicial”.

En consecuencia, “si hay menores de edad bajo patria potestad de su padre o de su madre, no es necesaria la aprobación judicial del Laudo y Ordenata de la partición. No teniendo intereses encontrados el padre o madre con el hijo de familia, estima la ley que los intereses de éste se hallan bien garantidos con la representación del padre o madre que ejercen sobre él su patria potestad, no teniendo intereses en los bienes de que su hijo es comunero con otras personas”.

“Hay a este respecto diferencia entre el hijo de familia y el menor bajo tutela o curaduría. El padre de familia necesita ser autorizado por el juez para iniciar la partición y para nombrar partidor, pero para que la partición produzca sus efectos no es necesaria dicha aprobación; mientras que si el menor se halla bajo tutela o curaduría, su tutor o curador necesita ser autorizado por el juez para iniciar la partición, necesita que el juez apruebe la designación del partidor que el tutor o curador ha hecho con los demás interesados; y es indispensable que la justicia ordinaria apruebe también la partición que ha hecho el partidor en el Laudo y Ordenata de esta operación”.

“Tiene así la justicia que intervenir tres veces en protección de los intereses de los menores que se hallan bajo tutela o curaduría; mientras que cuando se trata de un hijo de familia representado por su padre, la justicia no tiene intervención en la partición misma, porque el hijo de familia tiene en su padre, o a falta de éste, en su madre, quien le preste la debida protección”.¹³⁶

Pero si el hijo tiene intereses encontrados con los de su padre, por ser ambos comuneros en los bienes de cuya partición se trata, será necesario nombrar al hijo un curador especial para que lo represente en la partición, y, terminada ésta, deberá someterse a la aprobación de la justicia ordinaria, porque se trata de una partición en que tiene interés una persona bajo curaduría. Así se ha fallado.¹³⁷

¹³⁵ *Revista*, tomo 38, 2ª parte, sec. 1ª, p. 396.

¹³⁶ CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XVII, Nº 2550, pp. 171 y 172.

¹³⁷ *Revista*, tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, p. 417.

Se ha fallado asimismo que “no es nulo el nombramiento de partidador para liquidar una comunidad, hecha por una madre por sí y como guardadora de sus hijos menores, habiendo entre ella y ellos oposición de intereses, si esta designación fue aprobada por la justicia ordinaria y ratificada por el curador *ad litem* que posteriormente se nombró a los menores, debido al artículo 412 del Código Civil; además, el acto inválido por falta de consentimiento se valida por la ratificación de ese tutor o curador”.¹³⁸

La falta de aprobación judicial de la partición acarrea su nulidad relativa. A este respecto, se ha fallado que “la omisión de requisitos, como la autorización judicial para proceder a la partición, no es vicio procesal, sino causa de nulidad civil del compromiso y de los actos o contratos celebrados en él”.¹³⁹

Si bien la falta de aprobación judicial de la partición produce la nulidad relativa de ella, “la desaprobación por la justicia ordinaria del Laudo y Ordenata dictados en una partición, no acarrea por sí sola la nulidad de la adjudicación de la hijuela pagadora que se hizo en remate verificado en la partición del fundo”.¹⁴⁰

§ V. ESTIPULACIONES CONTENIDAS EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

879. Casos en que es necesaria la autorización judicial. El artículo 1721 del Código Civil dispone en sus incisos 1º y 2º: “El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; *menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o censos o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases, será siempre necesario que la justicia autorice al menor*”.

“El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor”.

La renuncia de los gananciales hecha con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal por la mujer menor o por sus herederos menores, también requiere aprobación judicial (artículo 1781 del Código Civil).

§ VI. AUTORIZACIÓN JUDICIAL EXIGIDA RESPECTO DE ACTOS QUE INTERESAN AL MENOR SOMETIDO A CURADURÍA GENERAL

880. Se trata de exigencias adicionales para una mayor protección del menor. Hay algunos actos respecto de los cuales la ley requiere la autorización

¹³⁸ *Revista*, tomo 5, 2ª parte, sec. 1ª, p. 63.

¹³⁹ *Revista*, tomo 35, 2ª parte, sec. 1ª, p. 66.

¹⁴⁰ *Revista*, tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, p. 51.

judicial, sólo cuando el menor, a quien interesan, está sometido a curaduría general, de modo que si el menor está bajo patria potestad, ella es innecesaria. Tales son los contemplados en los artículos 393, 400, 401, 404, 410 y 412 del Código Civil. Según estos preceptos, el tutor o curador necesita autorización judicial para los siguientes actos:

a) *Enajenar y empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección*, que el juez sólo puede autorizar por causa de utilidad o necesidad manifiesta, y si se trata de vender tales bienes, será necesario hacerlo en pública subasta (artículos 393 y 394 del Código Civil).

b) *Proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del menor que se valúen en más de un centavo o sobre bienes raíces*; esta autorización no sólo es necesaria para llevar a efecto la transacción o el compromiso, sino que la transacción, una vez efectuada, o el fallo arbitral, una vez dictado, deben ser aprobados por la justicia. Tanto la omisión de la autorización previa como de la aprobación posterior acarrean la nulidad relativa de la transacción o del compromiso (artículo 400 del Código Civil).

c) *Destinación de los dineros asignados al pupilo o donados para la adquisición de bienes raíces a un objeto distinto de esa adquisición*, en cuyo caso la autorización judicial debe darse con conocimiento de causa (artículo 401 del Código Civil).

d) *Obligar al pupilo como fiador*; el juez sólo autorizará la fianza del menor en favor de un cónyuge, de un ascendiente o descendiente, y por causa urgente y grave (artículo 404 del Código Civil).

En esta materia hay que distinguir dos casos: si al menor se le obliga como fiador de una persona que no es alguna de las enumeradas en el artículo citado, el contrato es nulo absolutamente, aunque el juez lo haya autorizado, porque la ley prohíbe en forma terminante que se obligue al menor como fiador de cualquiera persona que no esté señalada en ese artículo, y tratándose de un contrato prohibido, éste es nulo, de acuerdo con el artículo 10 del Código Civil, nulidad que, por provenir de objeto ilícito, es absoluta (artículos 1466 y 1682 del Código Civil).

En cambio, si el juez autoriza al menor para que se obligue como fiador de cualquiera de las personas señaladas en el citado artículo 404, pero la causa que motiva la fianza no es urgente o grave, o si se prescinde en el mismo caso de la autorización judicial, el contrato adolece de nulidad relativa, porque se habría omitido un requisito que la ley exige para la validez del acto en consideración al estado o calidad del menor.¹⁴¹

e) *Celebrar actos en que tenga interés el guardador, sus parientes o socios*. El juez debe autorizar la celebración de cualquier acto o contrato del pupilo en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de sus hermanos, o de sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o de alguno de sus socios de comercio, a menos que los otros tutores o curadores generales, si los hay, que no estén implicados de la misma manera, o el juez en subsidio,

¹⁴¹ En este sentido, SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, obra citada, N° 715, p. 558.

hayan autorizado la celebración de ese acto o contrato (artículo 412 del Código Civil). La falta de autorización judicial produce nulidad relativa.

f) *Emplear los dineros del pupilo para pagar créditos del guardador en contra de aquél.* Finalmente, el artículo 410 dispone que “el tutor o curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho a beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza; mas para ello deberá ser autorizado por los otros tutores o curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, o por el juez en subsidio”.

“Si el pupilo le fuere deudor de alguna especie, raíz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores generales, o por el juez en subsidio”.

La autorización judicial es, pues, imperativa cuando no hay otros tutores o curadores generales.

Título III

FORMALIDADES O LIMITACIONES ADICIONALES RESPECTO DE ACTOS EJECUTADOS POR MENORES

881. Principio. Los actos o contratos en que intervengan o sean partes los menores de edad, pueden ser ejecutados o celebrados por sus representantes legales o por ellos mismos, pero con la debida autorización del padre, madre o curador. En ciertos casos, que ya señalamos, es necesario, además, la autorización judicial.

Aparte de estos requisitos generales, hay determinados actos respecto de los cuales es menester la concurrencia de otros requisitos que la ley exige como protección adicional en favor del patrimonio de los menores.

882. Pública subasta. Es así como hemos visto que el Código Civil, en el artículo 394, dispone que la venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en el artículo 393, debe hacerse en *pública subasta*; tales bienes son los inmuebles, y los muebles preciosos o que tengan valor de afección.

883. Causa o utilidad manifiesta. Además, para que el juez pueda autorizar la enajenación de tales bienes o la constitución de un gravamen sobre ellos, debe existir una causa de utilidad o necesidad manifiesta. Si falta esta circunstancia, o si la venta no se hace en pública subasta, el acto o contrato adolecería de nulidad relativa, porque se habrían omitido requisitos que la ley exige en consideración a la persona del menor, a su estado de incapaz relativamente.

884. Tasación de bienes. Para aceptar donaciones o legados hechos al pupilo que le impongan obligaciones o gravámenes, es necesario tasar previamente las cosas donadas o legadas; de otro modo, la aceptación sería nula relativamente.



885. Concurrencia de determinadas circunstancias. a) Según el inciso 2º del artículo 402 del Código Civil, “sólo con previo decreto de juez podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo, y no las autorizará el juez, sino por causa grave como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otro semejante, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, y que por ellas no sufran menoscabo notable los capitales productivos”. Por consiguiente, además del decreto judicial, se requiere la concurrencia de los otros requisitos o condiciones que dicho precepto señala: causa grave, considerándose tal la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, etc.; que la donación sea proporcionada a las facultades del pupilo, y que por ella no sufran menoscabo notable los capitales productivos.

Si falta cualquiera de estos requisitos, la donación adolece de nulidad relativa.

b) Para que el pupilo pueda ser obligado como fiador, según vimos, es necesario que exista una causa urgente y grave; en caso contrario, la fianza no puede otorgarse, y si se da, es nula de nulidad relativa. Recordemos que la fianza del pupilo procede únicamente en favor del cónyuge, y de sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales. En favor de cualquiera otra persona, la fianza es nula absolutamente, porque se trataría de un acto prohibido por la ley.

SECCIÓN 3ª

ACTOS DE LOS DISIPADORES SOMETIDOS A INTERDICCIÓN

886. Noción de la disipación o prodigalidad. El segundo grupo de relativamente incapaces lo constituyen los pródigos o disipadores sometidos a interdicción de administrar lo suyo.

No es fácil dar una noción de lo que debe entenderse por pródigo o disipador; se trata de un concepto esencialmente relativo, que, para establecerlo, será necesario tomar en cuenta las condiciones económicas y obligaciones que tenga el presunto disipador. Sin embargo, dentro de la inevitable falta de precisión, si se quiere formular una regla general, puede decirse que son rasgos distintivos de la prodigalidad: el gastar dinero sin tasa, medida ni control, y el efectuar estos gastos sin fines de lucro; si ellos se hicieren con miras a obtener una utilidad o ganancia, aun cuando los gastos fueren cuantiosos, no significaría disipación.

El Código Civil ha procurado dar, en el artículo 445, un concepto aproximado de lo que es disipación. Dice ese precepto: “La disipación deberá probarse por hechos repetidos que manifiesten una falta total de prudencia”. Y en el inciso 2º agrega, a modo de ejemplo: “El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos, autorizan la interdicción”. Para usar términos vulgares, disipador es el que está “botando el dinero”.

Como decíamos, el concepto de disipación es esencialmente relativo. Depende, por sobre todo, de la relación existente entre las cantidades que malgasta el presunto pródigo y su patrimonio; porque es evidente que lo que constituye disipación o despilfarro para una persona de medianos recursos, no lo es para un individuo muy rico, para quien esas cantidades constituyen sus gastos ordinarios.

Será el juez el que en cada caso deberá decidir si los gastos de una persona constituyen o no disipación, atendidas, como decíamos, las facultades económicas de ella, y decretar o denegar la interdicción por prodigalidad, conforme al criterio que se forme.

887. Naturaleza de la incapacidad proveniente de la prodigalidad. La incapacidad que afecta al pródigo declarado en interdicción se funda, pues, en un propósito de protección. No se trata de una incapacidad física, como en el caso del demente o del impúber, sino de una incapacidad creada arbitrariamente, a fin de proteger el patrimonio de una persona normal, pero que se ve amagado por los despilfarros de su dueño. Es ésta otra de las creaciones arbitrarias de la ley, destinadas proteger intereses pecuniarios.

Como consecuencia de lo dicho y de ser la persona sometida a interdicción un relativamente incapaz, puede actuar en la vida jurídica personalmente, con la correspondiente autorización, o representado por su curador. Puede actuar personalmente porque tiene plena capacidad volitiva, y no hay causa física que disminuya sus facultades mentales: lo único que ocurre es que la ley la priva de la administración de sus bienes como un medio de evitar que los siga despilfarrando. De ahí que en todo cuanto no diga relación con la administración de su patrimonio, sea plenamente capaz.

888. La incapacidad proviene exclusivamente de la interdicción del disipador. Para que un disipador sea relativamente incapaz y esté privado de la administración de sus bienes, es indispensable que esté declarado en interdicción. De lo contrario, no le afecta ninguna incapacidad. Según el artículo 1447 del Código Civil, es relativamente incapaz el disipador que se halla bajo interdicción de administrar lo suyo.

Para declararlo en interdicción se seguirá un juicio ordinario, pues no existe un procedimiento especial. Este juicio terminará con una sentencia, en la cual el juez, en mérito de las pruebas rendidas, decretará o denegará la interdicción.

Pero como el juicio es de lato conocimiento, y puede demorar algún tiempo, durante el cual el disipador continuará malgastando sus haberes, el juez puede declarar la interdicción provisoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 446 del Código Civil.

889. Publicidad. Una vez decretada judicialmente la interdicción, sea definitiva o provisoria, debe dársele la debida publicidad, a fin de que llegue a conocimiento de terceros.

“Los decretos de interdicción provisoria o definitiva”, dice el artículo 447 del Código Civil, “deberán inscribirse en el Registro del Conservador y no-

tificarse al público por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna, o de la capital de provincia o de la capital de la región, si en aquella no lo hubiere. La inscripción y notificación deberán reducirse a expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes”.

La inscripción en el Registro Conservatorio, según el artículo 53 del Reglamento, es de aquellas que la ley considera obligatorias, y se efectúa en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar.

Además, el artículo 4º, Nº 4º, de la Ley Nº 4.808 sobre Registro Civil, exige que el decreto de interdicción *del marido* sea inscrito en el Libro de Matrimonios, al pie de la correspondiente partida.

Respecto de las sanciones que acarrea la inobservancia de estas medidas de publicidad, nos remitimos a lo que hemos dicho al hablar de las inscripciones en los diferentes registros como un requisito cuya omisión puede producir nulidad absoluta.¹⁴²

890. Formas en que puede actuar el pródigo sometido a interdicción. Al disipador declarado en interdicción debe dársele un curador general para que actúe por él o para que lo autorice para actuar por sí mismo.

Por consiguiente, al disipador sometido a interdicción le son aplicables todas las reglas que el Código Civil da para la administración de los tutores y curadores y acerca de las facultades del pupilo para actuar por sí solo a las cuales nos hemos referido extensamente.

Es por ello que el interdicto por disipación puede testar libremente y ejecutar todos los actos de familia, como reconocer a sus hijos, autorizar a un menor para contraer matrimonio, etc.

Respecto de su patrimonio, el incapaz debe actuar representado por su curador, o autorizado por él en los actos y contratos en que intervenga personalmente.

En la administración de los bienes del interdicto, el curador tiene las mismas limitaciones que señalamos respecto del menor adulto sometido a curaduría y que dicen relación con la enajenación y gravamen de sus bienes raíces o de sus muebles preciosos o que tengan valor de afección (artículos 393 y 394), con la división de bienes raíces o hereditarios que el pródigo posea con otros proindivisos (artículos 396 y 399), con la aceptación o repudiación de herencias, legados y donaciones (artículos 397 y 398), con la transacción o compromiso sobre derechos del interdicto que se valúen en más de un centavo o sobre bienes raíces (artículo 400), con la destinación del dinero que se ha donado o dejado al disipador para la adquisición de bienes raíces a otro objeto que el señalado (artículo 401), con las donaciones de dinero u otros bienes muebles (artículo 402), con la fianza (artículo 404), con el arrendamiento de los predios rústicos y urbanos del disipador (artículo 407), con los contratos en que directa o indirectamente tenga interés el curador o sus parientes y socios (artículo 412), con el nombramiento de partidor (artículo 1326, inciso 1º, todos del Código Civil).

¹⁴² Véase Nº 324.

Sin embargo, como el pródigo no es un individuo privado de discernimiento, ya que la ley no puede prescindir de la realidad, el artículo 453 dispone que el disipador sometido a interdicción conservará, además de su libertad personal, la libre disposición de una suma de dinero, proporcionada a sus facultades, para sus gastos personales: esta cantidad deberá ser señalada por el juez.

891. Rehabilitación del disipador. El disipador sometido a interdicción puede ser rehabilitado por decreto judicial, que debe ser objeto de las mismas medidas de publicidad que la resolución que declaró la interdicción. Así lo dispone el artículo 455 del Código Civil.

La rehabilitación se concederá si se juzgare que el interdicto puede ejercer la administración de sus bienes sin inconvenientes; y, una vez rehabilitado, puede ser declarado nuevamente en interdicción si persiste en sus hábitos de despilfarro y prodigalidad (artículo 454). Y esta nueva interdicción se ajustará en todo a las reglas generales sobre la materia, como si se tratara de la primera.

SECCIÓN 4ª

ACTOS DE LOS CURADORES DE BIENES

892. Naturaleza y objeto de las curadurías de bienes. Las guardas pueden recaer sobre la persona misma y sus bienes, o sobre sus bienes únicamente.

En este último caso, la guarda se denomina “curaduría de bienes” y se contrapone a las “curadurías generales”, que comprenden tanto la persona como los bienes del incapaz, según lo expresa el artículo 340 del Código Civil.

Las curadurías de bienes tienen por objeto proteger determinados patrimonios, por lo cual las facultades de que están investidos quienes las ejercen son más restringidas que las de los tutores y curadores generales. “Por eso se explica”, dice Manuel Somarriva, “que las facultades de estos curadores sean de mera administración; en realidad, ellas no van más allá que las correspondientes al mandatario provisto de un mandato general (artículo 2132)”.¹⁴³

893. Casos en que proceden estas guardas. Según el artículo 487 del Código Civil, corresponde designar curador a los bienes de una persona ausente, a una herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer, con el objeto de resguardar los diversos patrimonios que, de otro modo quedarían abandonados. Además, mediante la designación de un curador, la ley protege los derechos de los acreedores, quienes sin ello no tendrían en contra de quien dirigir sus acciones.

¹⁴³ SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, N° 776, p. 599.



894. Reglas aplicables a los curadores de bienes. Por regla general, el “curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente y el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores”. En consecuencia, en principio, se les aplica cuanto hemos dicho respecto de las facultades y trabas establecidas para esos tutores y curadores (artículos 390 a 427 del Código Civil).

895. Limitaciones adicionales establecidas para la administración de los curadores de bienes. Sin embargo, y dada su calidad, las facultades administrativas de los curadores de bienes son mucho más limitadas que las de aquéllos. Según el artículo 487 del Código Civil, “se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados”. En consecuencia, las únicas facultades que se les conceden son las de conservación del patrimonio a su cargo.

En cuanto a las facultades de disposición, están restringidas al máximo, lo mismo que las de simple administración. Respecto de ellas, el artículo 488 del Código Civil dispone que “se les prohíbe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos, y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas la requiera”. El único acto de disposición que les está permitido es, pues, enajenar los muebles corruptibles y los no corruptibles, siempre que su enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios.

896. Autorización de la justicia. Para subsanar la imposibilidad en que se hallan los curadores de bienes de ejecutar los actos que salgan de los límites de sus facultades ordinarias, el artículo 489 del Código Civil dispone que “los actos prohibidos en los artículos anteriores a los curadores de bienes serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autorizare el juez previamente”.

897. Casos en que se entiende faltar la autorización del juez. La autorización judicial falta, y en consecuencia el acto es nulo relativamente: 1º. Cuando no se ha obtenido; 2º. Cuando se concede con posterioridad a la celebración del acto o contrato, puesto que debe ser previa, y 3º. Cuando se otorga sin haberse justificado la necesidad o utilidad que exige el artículo 489 ya citado.

En estos dos últimos casos, la autorización judicial es ineficaz por no haberse otorgado legalmente; en consecuencia, no produce efecto, y se considera que falta por completo.

CUARTA CAUSAL
**LIMITACIONES EN LA ADMINISTRACIÓN
 DE BIENES ASOCIADA AL RÉGIMEN
 DE BIENES DE LA FAMILIA**

SECCIÓN 1ª
ASPECTOS GENERALES

898. División de la materia. Bajo esta cuarta causal hemos agrupado un conjunto de causales de nulidad relativa a través de las cuales el legislador sanciona la transgresión de determinadas limitaciones aplicables a la administración y disposición de ciertos bienes de interés para la familia.

Lo anterior implica estudiar, en primer lugar, el caso de una parte importante de las limitaciones que afectan al marido, como administrador ordinario de la sociedad conyugal y de los bienes de su mujer, y a esta última, como administradora extraordinaria de la referida sociedad, en la gestión de los bienes respectivos. En ello, revisamos una parte de las materias que en la edición original de esta obra eran tratadas bajo la causal referida a la antigua incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal.

En segundo término, se analizará la limitación que puntualmente prevé el legislador, tratándose de la constitución de garantías personales por obligaciones de terceros en el régimen de participación en los gananciales.

Por último, se analizará también la protección análoga establecida por el legislador al limitar la disposición y administración de los denominados “bienes familiares”.

A modo de advertencia, es preciso reconocer que la nulidad relativa no es la única sanción utilizada por el legislador para resguardar las limitaciones tratadas aquí, de modo que, según los casos, será preciso distinguir situaciones que dan origen a supuestos de inoponibilidad y hasta de nulidad absoluta. (Véanse también los números 468, 469, 470 y 536 bis de esta obra).

SECCIÓN 2ª
*LIMITACIONES RELATIVAS A LA ADMINISTRACIÓN
 DE LA SOCIEDAD CONYUGAL*

Título I

EL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

899. La administración de la sociedad conyugal y la derogada incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Según lo dispuesto en el artículo 135 del Código Civil, “por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los



de la mujer, según las reglas que se expondrán en el Título De la sociedad conyugal”.

Como dice Arturo Alessandri Rodríguez, “salvo en caso de pactarse separación total de bienes, el matrimonio crea entre los cónyuges una sociedad de bienes. La necesidad de asegurar la unidad en su gestión y de evitar choques entre marido y mujer, como ocurriría si ambos la administraran, ha obligado a confiar su administración a uno de ellos, el marido, y puesto que todo acto de la mujer, aun relativo a sus bienes propios, repercute necesariamente en los intereses comunes, toda vez que su administración y goce compete a aquél, es lógico que no pueda ejecutarlo sin su intervención”.¹⁴⁴ En el pasado la administración exclusiva que se confiaba al marido se encontraba asegurada por la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal. Con la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802 se puso fin a dicha incapacidad, que suponía para la mujer una limitación que llegaba mucho más allá del objetivo antes expuesto y que no podía justificarse en la realidad social de los albores del siglo XXI.

900. Efectos del régimen de sociedad conyugal en la actualidad en cuanto a la administración de bienes. En la actualidad, de conformidad al artículo 1749 del Código Civil, “el marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales”. Por consiguiente, corresponde al marido tanto la administración de los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad conyugal como la de los bienes propios de su mujer.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1750 establece que “el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio”.

Como contrapartida, el artículo 1752 dispone que “la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145”, referencia que cabe entender al recientemente reformado artículo 138, debido a un error del legislador, según se ha hecho constar en las notas a la edición oficial del Código Civil.

En lo tocante a los bienes propios de la mujer, las reglas antes enunciadas son confirmadas por el inciso final del artículo 1754, conforme al cual “la mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis”.

Lo anterior ha llevado a la doctrina a estimar que “no obstante que la Ley N° 18.802 otorgó plena capacidad a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, mantuvo la administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer en el marido. En este aspecto –como ya lo hemos dicho– poco o nada varió la situación de la mujer con la Ley N° 18.802”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Tratado Práctico de la Capacidad de la...*, obra citada, N° 3, p. 18.

¹⁴⁵ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 235, p. 192.

Como corolario de las normas transcritas, la mujer, en principio, no tiene participación en la administración de los bienes sociales y sus actos no obligan dichos bienes. De hecho, esta conclusión ha sido expresada por el legislador en el inciso primero del artículo 137 del Código Civil, que dispone que “los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal, sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167”. Como se sabe, las disposiciones a las que se hace referencia regulan el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal y las distintas alternativas de separación parcial de bienes.

No obstante lo dicho, en la jurisprudencia que hemos podido consultar al respecto, los tribunales no han reconocido siempre con claridad la inoponibilidad que atribuimos a la actuación de la mujer sobre los bienes que integran la sociedad conyugal. Así, la Corte de Valdivia, en fallo confirmado por la Corte Suprema, ha acertado en declarar que “la celebración de actos o contratos por parte de la cónyuge respecto de bienes comprendidos en el haber de la sociedad conyugal, cuya administración ordinaria se encuentra entregada al marido, no son actos prohibidos por la ley, de modo que no hay objeto ilícito y en consecuencia no existe nulidad absoluta que declarar”, guardando silencio acerca del efecto –si es que hay alguno– de tal actuación, aspecto que no había sido sometido a su pronunciamiento por cierto.¹⁴⁶ De hecho, este fallo mejora la doctrina sostenida en un fallo anterior de la misma Corte, confirmado también por la Corte Suprema, en el cual se había sostenido que un contrato de compraventa adolecía de “nulidad relativa, puesto que en él no intervino el marido de la vendedora, encontrándose los cónyuges casados en régimen de sociedad conyugal, y se trata además de un bien del patrimonio de esta sociedad, que requería en todo caso la presencia de ambos cónyuges o en su defecto de la autorización judicial correspondiente, para la válida celebración del contrato”. El mismo fallo argumentaba que, adicionalmente, cabía declarar la nulidad relativa por “la interpretación analógica que se hace del artículo 1757 del Código Civil que sanciona con nulidad relativa los actos o contratos que celebra el marido sin la concurrencia de su cónyuge o en su defecto de la respectiva autorización judicial”. Más adelante, rozando la noción de la inoponibilidad, la sentencia citada tuvo presente que “el vendedor, en este caso la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal, no ha podido transferir el dominio de la cosa vendida, porque, según el artículo 670 del Código Civil, sólo puede efectuar la tradición el dueño de la cosa que se entrega. Los únicos derechos que transfiere al comprador una vez que entrega la cosa son los derechos transmisibles que tiene sobre ella, o sea, la posesión que habilitará a aquel para adquirir por prescripción el dominio”.¹⁴⁷ En definitiva, revocando la sentencia de primera instancia que había rechazado la acción de nulidad (precisamente por estimar que se estaba en presencia de una enajenación

¹⁴⁶ Corte Suprema, Rol N° 3715-00, 30/10/2000, disponible en LexisNexis: Jurisprudencia On-line.

¹⁴⁷ Corte Suprema, Rol N° 292-99, 23/03/2000, disponible en LexisNexis: Jurisprudencia On-line.



válida pero inoponible al marido como dueño de los bienes sociales), esta sentencia declaró la nulidad relativa; en circunstancias de que, nos parece, no se trataba de una actuación sujeta a requisitos de validez infringidos, sino simplemente de una enajenación por parte de quien no era dueña ni tenía el poder de disponer de los bienes enajenados. Por el contrario, es al marido a quien el artículo 1757 le impone requisitos en su gestión de los bienes sociales.

901. Situaciones de excepción en cuanto a la administración de los bienes sociales o de los bienes propios de la mujer. Enumeración. Por excepción, en ciertos casos la mujer casada puede actuar personalmente, autorizada por su marido, o por la justicia en subsidio; y también cuando es ella quien administra extraordinariamente la sociedad conyugal como curadora del marido o sus bienes.

1º. Casos en que la mujer casada actúa personalmente

902. Respecto de ciertos bienes muebles. De conformidad al inciso segundo del artículo 137 del Código Civil, las compras *al fiado* que haga la mujer de “objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, obligan al marido en sus bienes y en los de la sociedad conyugal; y obligan además los bienes propios de la mujer, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto, comprendiendo en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya ella debido proveer a las necesidades de ésta”.

Adicionalmente, el artículo 1739 del Código Civil establece una presunción de derecho que, en buenas cuentas, determina que sea plenamente eficaz la enajenación efectuada por la mujer respecto de bienes muebles, en virtud de un título traslativo a título oneroso, cuando se ha hecho la tradición de la cosa a un tercero de buena fe. En efecto, conforme a esta disposición, “tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieren intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo”. A pesar de que la buena fe se presume, cabe hacer presente que, según la norma citada, dicha buena fe no se presume “cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público, como en el caso de automóviles, acciones de sociedades anónimas, naves, aeronaves, etc.”.

2º. Casos en que la mujer casada actúa autorizada por el marido

903. Se trata de casos en que la mujer actúa con poder del marido. De acuerdo con el artículo 1751, “toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial del marido es, respecto de terceros, deuda del marido y por consiguiente de la sociedad”.

Por consiguiente, conforme a esta norma, si la mujer actúa representando al marido, “el acreedor no podrá perseguir el pago de esta deuda sobre

los bienes propios de la mujer, sino sólo sobre los bienes de la sociedad y sobre los bienes propios del marido; sin perjuicio de lo prevenido en el inciso segundo del artículo precedente” (conforme al cual pueden perseguirse los bienes propios si el acto cedió en utilidad personal de la mujer).

Por el contrario, “si la mujer mandataria contrata a su propio nombre, registrará lo dispuesto en el artículo 2151”, esto es, el acto es inoponible al mandante. En todo caso, como apunta Ramos, la norma podría aplicarse también al caso en que la autorización del marido comprenda el poder de gestionar bienes propios de la mujer, caso en el cual la actuación de ésta a nombre propio no obligará los bienes sociales ni los propios del marido, pero sí los bienes propios de ella.¹⁴⁸ Sin embargo, nos parece que, a falta de poder del marido para celebrar un acto o contrato respecto de un bien propio de la mujer, la actuación de ésta a nombre propio sólo la obligará en los bienes que administre conforme a los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil (art. 137); y si dicha actuación ha recaído en bienes propios, la misma será sancionada con la nulidad absoluta o relativa, dependiendo del partido que se tome en la discusión que se analizó en el N° 536 bis de esta obra.

3°. Casos en que la mujer casada actúa con autorización de la justicia

904. Casos en que procede. Puede suceder que el marido no pueda o no quiera dar su autorización a la mujer para la celebración de un acto y esta circunstancia sea perjudicial para los intereses de aquélla. Para subsanar este inconveniente, se ha permitido que la justicia supla esa autorización.

La autorización judicial procede respecto de cualquier acto para cuya celebración se requería la del marido, sea judicial o extrajudicial.

La autorización judicial procede: 1°. “Si el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer, el juez podrá autorizarla para actuar por sí misma, previa audiencia a la que será citado el marido” (artículo 138 bis del Código Civil). 2°. Cuando el marido estuviera impedido de darla, y el impedimento no fuese de larga o indefinida duración, la mujer podrá actuar respecto de los bienes del marido, de los de la sociedad conyugal y de los suyos que administre el marido, con autorización del juez, el que la otorgará, con conocimiento de causa, y cuando de la demora en la realización del acto o celebración del contrato, se siguiere perjuicio (artículo 138, inciso 2°, del Código Civil). La ley habla de impedimento del marido, sin precisar las causas del impedimento, con tal que no sea de larga o indefinida duración (caso en que tiene lugar la administración extraordinaria de la sociedad conyugal); de modo que, en cualquier caso en que el marido no pueda prestar su autorización, el juez puede suplirla. Entre estas causas basta la ausencia en su sentido corriente, o sea, de no encontrarse presente el marido en el lugar de su domicilio o de estar oculto. Pero no basta que el marido esté impedido, para consentir en el acto que celebra la mujer; es necesario, además, que de la demora en celebrar el acto se siga perjuicio para la mujer. Sin este perjuicio

¹⁴⁸ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 266, p. 213.

probable, el juez no estaría facultado para otorgar la autorización que se le solicita. 3º. Cuando el marido ha sido apremiado por dos veces por no pago de alimentos decretados, de conformidad al artículo 19 de la Ley N° 14.908, en virtud del cual el alimentario puede solicitar que se autorice a la mujer para actuar conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 138 del Código Civil, sin que sea necesario acreditar el perjuicio a que se refiere dicho inciso.

905. Requisito fundamental para que haya lugar a esta autorización. La autorización judicial que contemplan el inciso 2º del artículo 138 y el artículo 138 bis del Código Civil sólo procede cuando es el marido quien administra la sociedad conyugal, o sea, cuando el impedimento que lo imposibilita para prestar su consentimiento no es de tal naturaleza que haya dado lugar a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal; o bien, cuando la sociedad conyugal es administrada por un curador, y la mujer no ha hecho uso del derecho que le confiere el artículo 1762 del Código Civil de solicitar la separación de bienes. Por el contrario, en los casos en que la mujer detenta la administración extraordinaria de la sociedad conyugal estas autorizaciones son evidentemente innecesarias.

906. Carácter de la autorización. La autorización del juez es siempre especial y relativa a un acto o contrato determinado, porque debe proceder en el caso del artículo 138 inciso 2º del Código Civil y debe acreditarse la negativa injustificada del marido, con citación de éste, en el caso del artículo 138 bis; no puede, como el marido, autorizar en forma general a la mujer para que celebre actos y contratos. La autorización del juez deberá solicitarse para cada caso particular en que se necesite. Lo mismo cabría entender respecto de la situación prevista en el artículo 19 de la Ley N° 14.908, pues una autorización general para gestionar los bienes sociales o los bienes propios, no acotada a la actuación sobre ciertos bienes y determinados términos de contratación, dislocaría el funcionamiento de la sociedad conyugal. Para la solución de estos casos extremos existe tanto la administración extraordinaria de la sociedad conyugal como las causales para provocar la separación total de bienes, sea legal o judicial.

Por lo tanto, el decreto judicial señalará las condiciones en que debe celebrarse el contrato o ejecutarse el acto, y la mujer deberá respetar esas condiciones. De lo contrario, obraría fuera de la autorización, o sea, sin ella. Así lo han declarado los Tribunales de Justicia al fallar que “autorizada una mujer casada por la justicia en ausencia del marido, para celebrar una transacción en ciertas condiciones, es nula, por falta de autorización, la otorgada apartándose de esas condiciones”.¹⁴⁹

907. Efectos de la autorización marital o judicial. Tanto la autorización marital como la que da el juez en los casos y con los requisitos que hemos señala-

¹⁴⁹ *Revista*, tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, p. 172.

do, tienen como efecto fundamental evitar que los actos o contratos celebrados por la mujer casada sean nulos o al menos inoponibles al marido.

En efecto, si bien la mujer casada en sociedad conyugal es actualmente plenamente capaz ante la ley, su actuación sería inoponible frente al marido respecto de los bienes sociales (sin perjuicio de los efectos que puedan perseguirse en los bienes de que tratan los artículos 150, 166 y 167); y tales actos serían nulos si la mujer actúa sin ninguna autorización respecto de sus bienes propios, según hemos visto con anterioridad (véase el N° 536 bis de esta obra). Por otro lado, si la mujer actúa fuera de los límites de la autorización especial otorgada por el juez, o con una autorización judicial concedida sin que se reúnan los requisitos que la ley exige para que el juez pueda otorgarla, como estos requisitos se exigen en consideración al estado y calidad de mujer casada de la persona que celebra el acto o contrato, éste adolecería de nulidad relativa, cuya declaración debería ser provocada por el marido en su calidad de administrador de la sociedad conyugal. En este sentido cabe apelar a las reglas generales (artículos 1682 y 1684), en lugar de la regla especial de legitimación pasiva establecida en el artículo 1757, prevista para el caso de infracciones a los requisitos aplicables al marido.

4º. Caso en que la mujer ejerce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal

908. Planteamiento de la materia. Conforme al inciso 1º del artículo 138 del Código Civil, “si por impedimento de larga o indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia, o desaparecimiento, se suspende la administración del marido, se observará lo dispuesto en el párrafo 4º del Título De la sociedad conyugal”. La referencia debe entenderse a los artículos 1758 y siguientes del Código, que regulan la administración extraordinaria, que corresponde a la mujer o a un curador y que estudiaremos con mayor detención en los N°s 928 y siguientes de esta obra, con motivo de las limitaciones que recaen sobre la mujer en esta administración.

Título II

ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

§ I. FACULTADES DEL MARIDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES Y DE LOS BIENES PROPIOS DE LA MUJER

909. Principios generales en cuanto a las facultades del marido en la administración ordinaria de la sociedad conyugal. De acuerdo con las normas que se han venido citando, el marido es el jefe de la sociedad conyugal y en este carácter administra libremente, a más de sus propios bienes, los de su mujer, y los bienes sociales, respecto de los cuales se le considera dueño ante terceros. Sin perjuicio de la clara tendencia del legislador a limitar las facultades del marido en este ámbito, no debe desconocerse que la habilitación del marido para administrar los referidos bienes sigue

siendo la regla general, debiendo por ende interpretarse las limitaciones en forma restrictiva.

910. Facultades del marido en la administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer. Pero las facultades con que el marido administra unos y otros bienes son distintas.

a) *Bienes sociales.* El marido es considerado ante terceros dueño de los bienes sociales. Respecto de éstos, tiene, pues, amplias facultades de administración y de disposición, sin embargo, en su administración debe someterse a las obligaciones y limitaciones que la ley le impone y que estudiaremos en los numerales siguientes, derivadas de las modificaciones introducidas por las Leyes N^{os} 10.271, 18.802 y 19.335.

Para Arturo Alessandri Rodríguez, “el marido no es un simple administrador de los bienes sociales, es su dueño. Así lo demuestran los artículos 1750 y 1752, los antecedentes que les sirvieron de fuente y la circunstancia de que la ley no haya especificado sus facultades, limitándose a decir que los administra libremente. Durante la sociedad, la mujer no tiene ningún derecho sobre esos bienes (artículo 1752), sino la expectativa de adquirir la mitad de los que existan a su disolución: sólo entonces se forma una comunidad entre ambos cónyuges y la mujer se convierte en copropietaria del marido”.¹⁵⁰ En todo caso, estas afirmaciones deben hoy en día matizarse luego de las reformas introducidas por las Leyes N^{os} 10.271, 18.802 y 19.335. A juicio de Pablo Rodríguez, “no puede ya estimarse que es verdadero aquello de que durante la sociedad el marido administra los bienes ‘libremente’, puesto que son tantas las restricciones que se han ido configurando que dicha declaración no pasa de ser eso: una mera declaración. Es cierto que el marido en cuanto administrador no está regido por las normas generales que regulan esta materia, pero nadie puede desconocer que la mujer, gradualmente, se ha ido transformando en una ‘coadministradora’ de los bienes sociales, al extremo de que ella tiene injerencia, en este momento, en la mayor parte de los actos relevantes de administración”.¹⁵¹

Sin embargo, los juicios de la doctrina reciente citada en el párrafo anterior no deben hacer perder de vista ciertos aspectos en los que la situación del marido, como administrador de la sociedad conyugal, se aparta en grado muy notorio de la posición de un administrador de bienes ajenos. En efecto, en la primera edición de esta obra citábamos a Manuel Somarriva, quien sostenía que “en la administración de los bienes sociales, el marido no tiene otra responsabilidad que la derivada del fraude con que administre, es decir, de la intención dolosa que tenga de perjudicar a la mujer”.¹⁵² Estas palabras conservan su valor en la actualidad, y es así como Pablo Rodríguez hace notar que “el marido no está obligado a rendir cuenta de su administración, ni respecto de los bienes sociales ni respecto de los bienes propios

¹⁵⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Tratado Práctico de las Capitulaciones...*, obra citada, N^o 553, pp. 369 y 370.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, p. 109.

¹⁵² SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, obra citada, N^o 254, p. 245.

de la mujer”; y que éste “responde de los delitos y cuasidelitos que cometa en esta administración. En otras palabras, responde de culpa grave y dolo (artículos 1748 y 1771)”.¹⁵³

b) *Bienes propios de la mujer*. En cambio, el marido tiene facultades menos extensas en lo que se refiere a la administración de los bienes propios de la mujer, porque respecto de ellos no es dueño, sino administrador solamente.

En general, el marido puede, por sí solo, administrar libremente los bienes pertenecientes a la mujer y ejecutar todos los actos de conservación que tal administración exija.

Entre los actos que puede realizar el marido sobre los bienes de la mujer, pueden mencionarse los siguientes, siguiendo en parte a Alessandri, dadas las restricciones impuestas por las leyes mencionadas más arriba:

1º. El marido puede cobrar todo cuanto se adeude a la mujer;

2º. Puede reconocer por sí solo las deudas contraídas por la mujer durante la sociedad;

3º. Puede igualmente dar en arrendamiento los bienes muebles de la mujer por el tiempo y en la forma que crea conveniente,¹⁵⁴ sin perjuicio de las limitaciones que actualmente le impone el artículo 1756.

4º. En general, puede hacer por sí solo todos los demás actos jurídicos concernientes a los bienes de la mujer para los cuales la ley o las capitulaciones matrimoniales no exijan el consentimiento de ésta.

§ II. ACTOS JURÍDICOS PARA LOS CUALES EL MARIDO NECESITA EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER O EL DE LA JUSTICIA EN SUBSIDIO, TRATÁNDOSE DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES

911. Enajenación y gravamen o promesa de enajenación o gravamen respecto de ciertos bienes. De acuerdo con el artículo 1749 del Código Civil, el marido no puede ejecutar los siguientes actos sin autorización de la mujer:

1º. *Enajenar o gravar voluntariamente bienes raíces sociales*. A partir de la doctrina de Arturo Alessandri Rodríguez, se ha entendido ampliamente en nuestro país que al imponerse el requisito en estudio a la enajenación, se incluye tanto la tradición como el título traslaticio que se sirve de causa,¹⁵⁵ en términos que la autorización de la mujer debe darse respecto de este último, sea que se trate de una compraventa o de cualquier otro. En efecto, según el profesor Alessandri, “la autorización de la mujer se requiere para el acto jurídico en virtud del cual se haga la tradición y no para ésta, es decir, para el contrato traslaticio de dominio, ya que, para que valga la tradición, se requiere un título de esta especie (artículo 675). La tradición

¹⁵³ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, p. 110.

¹⁵⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Tratado Práctico de las Capitulaciones...*, obra citada, N°s 615 a 619, pp. 405 y 406.

¹⁵⁵ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 250, p. 203. Véase también CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares*, obra citada, p. 64, y MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, p. 282.

no es sino la consecuencia necesaria de él, la forma de hacer el pago de la obligación contraída por el marido, y como todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, celebrado el contrato, el marido no podría eludir la tradición de la cosa sobre que versa. Es, pues, el contrato que tal efecto produce el que debe celebrarse con autorización de la mujer”.¹⁵⁶

Por otro lado, la jurisprudencia ha entendido que la resciliación de una compraventa de inmuebles sociales debe también ser autorizada por la mujer, puesto que se requiere capacidad de disposición (1567). En este sentido, pueden consultarse los fallos citados por el profesor Ramos Pazos.¹⁵⁷ Adicionalmente, la Corte de Santiago ha declarado que no puede “resciliarse el contrato de compraventa del bien raíz, celebrado durante la vigencia de la sociedad conyugal, sin obtenerse el consentimiento de la mujer, por lo que al prescindirse de esta formalidad, la resciliación así celebrada adolece de nulidad relativa y es inepta para privar de eficacia a la inscripción del inmueble efectuada por la mujer en el Conservador de Bienes Raíces antes de que el vendedor se hubiera desprendido de su dominio, el que, en estas condiciones, ha de entenderse que ingresó a la sociedad conyugal”.¹⁵⁸

Sin embargo, estamos de acuerdo con la opinión del profesor Hernán Corral en cuanto a que esta norma –como las demás referidas a la enajenación de ciertos bienes comentadas respecto de esta cuarta causal de nulidad relativa– no debe aplicarse respecto de actos que no implican enajenación, como es el caso de las adjudicaciones o transacciones de efectos meramente declarativos.¹⁵⁹ Es clara en este sentido una sentencia de la Corte de Santiago que declaró que “al no existir enajenación en la adjudicación entre comuneros, el marido no necesita autorización de su cónyuge, cuando están casados en régimen de sociedad conyugal, para efectuar la liquidación de una comunidad sobre un bien raíz, con un tercero”.¹⁶⁰

Como la norma se refiere a los inmuebles, el marido puede enajenar o gravar libremente cualquier bien mueble social, sin importar su valor. Evidentemente, la restricción tampoco se extiende a los inmuebles que pertenezcan a sociedades de las que el marido sea socio.

Por otro lado, la norma citada, al referirse expresamente a la enajenación o gravamen voluntario, excluye la enajenación o gravamen forzado, como serían aquellos impuestos por la ley o una sentencia judicial (servidumbre legal, usufructo para pagar pensión alimenticia, etc.).

2º. *Prometer enajenar o gravar bienes raíces sociales.* Esta expresa mención a la promesa –que dicho sea de paso claramente se referirá a lo que se dice en el contrato que sirva de título para la enajenación o gravamen y no a la

¹⁵⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Reformas introducidas al Código Civil y a otras Leyes por la Ley N° 10.271*, EDIAR Editores Limitada, Santiago, 1955, p. 97.

¹⁵⁷ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 251, p. 204.

¹⁵⁸ *Revista*, tomo 86, 2ª parte, sec. 2ª, p. 76.

¹⁵⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares*, obra citada, p. 64.

¹⁶⁰ *Revista*, tomo 91, 2ª parte, sec. 2ª, p. 109.

enajenación o gravamen en sí mismos— zanja la disputa que siguió a la entrada en vigencia de la Ley N° 10.271.¹⁶¹

3°. *Enajenar, gravar, o prometer enajenar o gravar, derechos hereditarios de la mujer.* En el contexto de la doctrina que considera a los derechos hereditarios como cosas muebles, por recaer sobre una universalidad con independencia de que la misma pueda comprender bienes raíces, se entiende que estos derechos hereditarios adquiridos por la mujer son en realidad bienes sociales del llamado haber relativo de la sociedad conyugal.

912. Disposición entre vivos a título gratuito de bienes sociales. De acuerdo con el inciso cuarto del artículo 1749, el marido requiere de autorización de la mujer para “disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735”. Esta última disposición autoriza a efectuar donaciones de poca monta considerando las fuerzas del haber social.

913. Arriendo o cesión de la tenencia de bienes raíces sociales por largo tiempo. También este mismo inciso cuarto finaliza precisando que el marido no puede sin autorización de su mujer “dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido”.

Conforme señala Ramos, la actual redacción zanja problemas de interpretación que en el pasado se presentaron respecto de las prórrogas, “de manera que si el contrato se celebra por 5 u 8 años o por plazos inferiores, no se puede prorrogar sin la autorización de la mujer”.¹⁶²

914. Constitución de avales, codeudas solidarias, fianzas y otras cauciones respecto de obligaciones contraídas por terceros. Conforme a los incisos quinto y sexto del artículo 1749, para obligar los bienes sociales con avales, codeudas solidarias, fianzas u otras cauciones respecto de obligaciones contraídas por terceros el marido requiere de autorización de la mujer.

A este respecto, se ha planteado la cuestión acerca de si quedan sujetos a esta limitación otros actos asociados a una responsabilidad solidaria, como podría ser el endoso de un pagaré o letra de cambio —a no ser que se haga con el ánimo de garantizar la obligación del tercero—, o la contratación de una sociedad colectiva comercial. El profesor Pablo Rodríguez piensa que “la situación descrita en el artículo 1749 incisos quinto y sexto se refiere a los actos mediante los cuales, directamente y en forma gratuita, el marido se constituye en avalista, codeudor solidario, fiador u otorga cualquier otra caución respecto de obligaciones contraídas por un tercero. Por consiguiente, esta regla no afecta aquellas situaciones en que la responsabilidad solidaria o subsidiaria del marido resulta de otro acto jurídico”. Añade que “en estos casos, la responsabilidad solidaria del marido ‘deriva’ de un acto jurídico que no requiere de la autorización de la mujer para ejecutarlo.

¹⁶¹ Véase RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 253, p. 205, y la doctrina y jurisprudencia a la que éste se remite.

¹⁶² RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 256, p. 206.

Nuestro Código, en el inciso quinto del artículo 1749, dice: ‘si el marido se constituye...’ dando a entender claramente que el acto se ejecuta a favor de un tercero directamente”. Y, citando al profesor Fernando Rozas Vial en sus comentarios a la reforma de la Ley N° 18.802, coincide con éste en que “lo que se quiso fue que la familia no se viera privada de su patrimonio por los ‘servicios’ a que son tan aficionados los chilenos. Por eso lo que se protege es el patrimonio familiar, es decir, el social, respecto del cual las mujeres son más conservadoras”. En conclusión, para el autor que se viene citando “la intención del legislador, creemos nosotros, coincide con la letra de la ley. Nuestro Código se limita a sancionar con la inoponibilidad aquellos actos en que el marido decide, por sí y ante sí, constituirse en garante de una obligación ‘contraída’ por un tercero, lo cual da clara evidencia de que en ello no quedan comprendidas aquellas situaciones en que la responsabilidad solidaria o subsidiaria del marido emana de un acto jurídico que éste ha podido legítimamente ejecutar por sí solo sin la autorización de su mujer”.¹⁶³ Coincidimos con esta opinión, considerando también lo señalado más arriba en cuanto a que las limitaciones aplicables a la gestión del marido en los bienes sociales deben interpretarse restrictivamente. Por lo demás, como apunta Ramos, en los casos mencionados en que la responsabilidad solidaria no se pacta en forma expresa, la misma emana de la ley y no de la convención.¹⁶⁴

915. Autorización de la mujer o de la justicia en subsidio. Estudiaremos por separado los casos en que la autorización la da la mujer y los casos en que la emite en forma subsidiaria la justicia.

1º. Autorización dada por la mujer:

a) **Forma de la autorización:** La mujer puede autorizar a su marido a celebrar alguno de los actos a que se refieren los números precedentes, sea en forma expresa o tácita, de conformidad al inciso séptimo del artículo 1749.

A su vez, la autorización expresa puede darse directa y personalmente, exigiendo la ley que ésta sea otorgada por escrito o escritura pública si el acto que se autoriza exige esta solemnidad.

Alternativamente, la autorización expresa puede darse por medio de un mandatario; y en este caso la norma citada exige que se trate de un mandato especial que conste por escrito o escritura pública, en su caso (dependiendo de si el acto que se pretende autorizar exige esta solemnidad).

En cuanto a la autorización tácita, ésta tiene lugar en los casos en que la mujer interviene expresa y directamente de cualquier modo en el acto que se trata de autorizar.

Como se puede apreciar, la autorización expresa es siempre solemne, no así la autorización tácita.

Para Ramos Pazos, la expresión “de cualquier modo”, en el caso de la autorización tácita, agregada por la Ley N° 18.802, aclara definitivamente

¹⁶³ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, pp. 116 y 117.

¹⁶⁴ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 257, p. 208.

que “la mujer puede comparecer como parte o de otra manera en el acto (como testigo, por ejemplo)”.¹⁶⁵ Pablo Rodríguez, en tanto, le da un alcance más restringido a estas expresiones, estimando que la mujer debe intervenir en el acto mediante una “manifestación inequívoca”. “Así, por ejemplo, si ella y el marido comparecen como vendedores, no existe la menor duda que se autoriza el acto, aun cuando ello no se señala en términos explícitos. No sucederá lo mismo si la mujer comparece en el acto sin formular declaración o expresión de voluntad ninguna. Discrepamos en esta materia, afirma Rodríguez, con quienes creen que por el hecho de que la ley diga que la intervención de la mujer puede hacerse interviniendo de ‘cualquier modo’, basta con su presencia para entender que existe una autorización tácita. Estimamos que estos autores están equivocados, dice Rodríguez, ya que nos resulta evidente que si la ley exige intervención expresa y directa, no puede referirse al instrumento en que consta el contrato, sino a una manifestación de voluntad, cualquiera que sea la forma en que se interviene en el acto”.¹⁶⁶

b) “**La autorización de la mujer deberá ser específica**” (artículo 1749, inciso séptimo). La Ley N° 18.802 zanjó así otra de las discusiones surgidas con motivo de la Ley N° 10.271.¹⁶⁷ Para Ramos Pazos se trata de una autorización dada “para celebrar un acto jurídico determinado en condiciones también determinadas”.¹⁶⁸ Para Rodríguez, la autorización “no puede ser genérica ni manifestarse la voluntad sin describir e individualizar el acto que se ejecutará”.¹⁶⁹

Se ha planteado sin embargo en la actualidad la duda acerca de la validez de una autorización para constituir hipoteca con cláusula de garantía general sobre bienes sociales. Ramos Pazos defiende la validez de tal autorización apelando a la distinción necesaria entre los contratos principales que podrán engendrar las obligaciones garantizadas por el contrato accesorio, y la constitución de la hipoteca misma. En efecto, para este autor, “sostener que como la ley exige autorización específica, no se puede constituir hipoteca con garantía general, es confundir el contrato principal (mutuo, por ejemplo) con el contrato accesorio (hipoteca). La autorización de la mujer se requiere para constituir la hipoteca, y tiene que ser específica en ese sentido; no se necesita para contraer la obligación principal. Por consiguiente, en nuestro concepto, la autorización es específica si la mujer la da para constituir una hipoteca garantía general, sobre un bien raíz social determinado. No lo sería si la mujer autoriza al marido para hipotecar, pero sin precisar el bien raíz sobre el que la hipoteca recae”.¹⁷⁰ Por su parte, Pablo Rodríguez sostiene el mismo planteamiento con argumentos similares y, adicionalmente, proporciona una convincente razón, comparando los efectos de la constitución de

¹⁶⁵ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 245, p. 199.

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, pp. 113 y 114.

¹⁶⁷ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 243, p. 195.

¹⁶⁸ Misma cita anterior, p. 196.

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, p. 113.

¹⁷⁰ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 243, p. 196.



la hipoteca con los de la constitución de garantías personales para garantizar obligaciones de terceros. Afirma este autor que “si bien es cierto que una hipoteca con cláusula de garantía general es inobjetablemente válida si ella se ha constituido sobre bienes raíces sociales con autorización de la mujer, no ocurre lo mismo si el marido se constituye fiador o codeudor solidario de obligaciones futuras e indeterminadas. La indeterminación de la obligación caucionada obsta, en este caso, para darle validez. Una razón aclara toda duda al respecto. En la hipoteca el dueño de la cosa (cuando es diverso del deudor personal) no asume obligación personal, de modo que siempre el riesgo estará limitado al valor de la finca hipotecada. La mujer, al autorizar una hipoteca con cláusula de garantía general, conoce desde un comienzo las limitaciones que tiene esta garantía. No sucede lo mismo en caso de que se trate de una fianza o codeuda solidaria, porque en ambos casos, si ella es general o indeterminada, afectará el derecho de prenda general del marido y con ello comprometerá todos los bienes de la sociedad conyugal, burlándose el espíritu de la ley. A contrario sensu, fuerza reconocer que estas cauciones serían válidas si ellas están limitadas a una suma determinada, pues en tal caso no existiría el riesgo antes señalado”.¹⁷¹

En el mismo sentido, Fernando Rozas Vial concluye que mediante la expresión ‘específica’ utilizada por la ley, no se puede inferir que se pretendió terminar con las cláusulas de garantía general hipotecaria. Así expresa que “lo que quiso evitar fue que la mujer, presionada por su marido, diera autorizaciones genéricas en que no se supiera hasta dónde se comprometía el patrimonio familiar [...] No debemos olvidar, además, que la ley en estudio da plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, por lo que toda interpretación que se haga sobre este punto debe ser en este sentido, no en el contrario. No se trata de limitar a la mujer”.¹⁷²

c) **La autorización debe ser previa o coetánea con el acto.** Se mantiene vigente la doctrina de Arturo Alessandri Rodríguez en cuanto a que “la autorización de la mujer debe ser anterior al acto que el marido pretende celebrar o coetánea o simultánea con su celebración. Lo segundo ocurre cuando esa autorización resulta de la intervención expresa o directa de la mujer en él. En ningún caso puede ser posterior. No cabe autorizar la realización de un acto ya celebrado. La autorización de la mujer, otorgada con posterioridad, constituiría una ratificación, a que nos referiremos más adelante”.¹⁷³

2º. **Autorización judicial supletoria:** De acuerdo con el inciso final del artículo 1749 del Código Civil esta autorización puede tener lugar cuando la mujer niega su autorización injustificadamente; o cuando está imposibilitada para prestarla, como en los casos de menor edad, demencia, ausencia real

¹⁷¹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, p. 117.

¹⁷² ROZAS VIAL, FERNANDO, *Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de menores fuera del país*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 52-53.

¹⁷³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Reformas introducidas al Código Civil*, obra citada, p. 95.

o aparente u otro, y de la demora se siguiere perjuicio. No cabe esta posibilidad “si la mujer se opusiere a la donación de los bienes sociales”.

Naturalmente, esta autorización judicial, dado su carácter supletorio a la de la mujer, debe también ser específica. Por eso nos parece que mantiene su valor el fallo, anterior a los términos ahora más explícitos de los artículos 1749 y 1754, que estableció que “es causal de nulidad relativa la que se funda en que el juez no pudo autorizar la enajenación del inmueble sin determinar precio, cabida ni deslindes, o sea, individualizarlo”.¹⁷⁴

En caso de negativa injustificada de la mujer debe procederse previa audiencia a la que será citada la mujer.

En cambio, en caso de impedimento de la mujer, deberá probarse tanto dicho impedimento como el hecho de seguirse perjuicio para la sociedad conyugal producto de la demora. Creemos con Ramos que en esta situación no se exige la citación de la mujer,¹⁷⁵ aunque, como veremos, existe jurisprudencia en contra.

No obstante la aparente diferencia que se advierte en el texto legal tratándose de los dos casos de autorización, parece claro que en ambos casos debe procederse con conocimiento de causa o actualmente con previa audiencia. En este sentido, no puede dejar de citarse un fallo de la Corte de Santiago, en el cual se declaró que “en los casos en que la mujer no otorgare tal autorización en razón de algún impedimento que le afectare o en caso de ausencia real o aparente u otra razón de la que se ‘siguiere perjuicio’, esa autorización podrá suplirse por el juez en resolución dada ‘con conocimiento de causa’, que es lo mismo que decir en términos fundados, circunstancia esta última que se echa de menos en la resolución aludida, pues ni siquiera se demuestra haberse hecho un cotejo entre el precio de venta sugerido para materializar la venta y el valor de la tasación fiscal del inmueble, como es obligación legal hacerlo. De ello se sigue que en la especie no hubo una resolución librada por el juez de esa gestión, ‘con conocimiento de causa’”.¹⁷⁶ Este fallo, de hecho, profundiza en otros aspectos que demuestran la ligereza con que en la especie se habría concedido la autorización al marido.

Por otra parte, en el caso citado la Corte fue más lejos aún y, adhiriendo a la doctrina del profesor Rodríguez Grez, en cuanto a que “la citación de la mujer procede en caso de negativa injustificada y ausencia real o aparente”, caso –este último– en el cual estima que “la mujer deberá ser citada, ya sea por exhorto o por medio de avisos, si no se conoce su paradero en el territorio nacional”,¹⁷⁷ estimó que dicha citación era exigida “con el objeto de dar a la resolución judicial la debida fundamentación que ha exigido el legislador”.¹⁷⁸

¹⁷⁴ *Revista*, tomo 29, 2ª parte, sec. 2ª, p. 17.

¹⁷⁵ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 248, p. 202.

¹⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5880-94, 29/11/1996, disponible en Lexis-Nexis: Jurisprudencia On-line.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, p. 115.

¹⁷⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5880-94, 29/11/1996, disponible en Lexis-Nexis: Jurisprudencia On-line.



Sin duda, este fallo constituye uno de los tantos casos donde converge el ámbito de la nulidad civil con la nulidad procesal. Tal como lo sosteníamos en el N° 63 de esta obra, si la nulidad es procesal, sólo puede reclamarse por los medios y recursos que sirven para impetrar dicha nulidad. A la inversa, “si se han omitido o son irregulares los elementos o requisitos necesarios al acto en cuanto contrato o acto jurídico civil, se producirá su nulidad ‘civil’, de la que sólo podrá reclamarse en un juicio independiente por medio de una acción o excepción ordinaria”.¹⁷⁹ Por ello, es interesante hacer notar cómo la Corte se hizo cargo de precaver un eventual cuestionamiento por haber invadido –vía declaración de nulidad civil o sustantiva– el ámbito de la nulidad procesal, apelando al efecto de cosa juzgada formal de los procesos no contenciosos y a la exigencia de la aprobación judicial como requisito externo del acto jurídico civil. En efecto, sostuvo la Corte “que, no obstante lo que viene de consignarse, no es esa resolución [judicial] la que se ataca por la demanda de autos; lo es, en cambio, el contrato de compraventa celebrado por el causante señor NN, con trasgresión a la norma legal que se ha citado. La resolución librada por el Primer Juzgado de San Miguel en su oportunidad, constituyó el elemento externo indispensable para llevar a cabo la venta celebrada entre dicho vendedor y su conviviente como compradora, confiriéndole a ese acto una apariencia de validez, pero, como es sabido, los actos de jurisdicción voluntaria generan una cosa juzgada formal, que por válido que sea el acto en su externalidad, no impide impugnarlo a quien le afecte, como ocurre, precisamente, en la situación de la actora”.¹⁸⁰

916. Sanción por la falta de autorización. De conformidad al artículo 1757 del Código Civil, “los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755 adolecerán de nulidad relativa”.

Sin embargo, la misma disposición citada establece una excepción a esta regla en el caso de los contratos de arrendamiento o cesión de la tenencia celebrados por largo tiempo, los que sólo regirán por el tiempo máximo dispuesto por la ley; lo que equivale a establecer que son inoponibles a la mujer por el exceso. Cabe destacar que la sanción de inoponibilidad que consagra en forma expresa el inciso segundo del artículo 1757 determina que el contrato sea plenamente válido entre las partes, pudiendo generarse las responsabilidades contractuales pertinentes, lo que eventualmente no hubiese ocurrido si la infracción se hubiese sancionado con la nulidad parcial del contrato.

Otra excepción a la nulidad relativa como sanción deriva del mismo artículo 1749, pues cuando el marido constituye cauciones para garantizar obligaciones de terceros sin autorización de rigor, obliga sólo sus bienes propios.

¹⁷⁹ SANTA CRUZ SERRANO, VÍCTOR, obra citada, N° 62, p. 106.

¹⁸⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5880-94, 29/11/1996, disponible en Lexis-Nexis: Jurisprudencia On-line.

Según el inciso segundo del artículo 1757, la acción de nulidad o de inoponibilidad corresponde a la mujer, sus herederos o cesionarios.

Añade la norma citada que el cuadrienio para demandar la nulidad se cuenta desde la disolución de la sociedad conyugal o desde que cesa la incapacidad de la mujer o de sus herederos; y que en ningún caso se puede pedir pasados 10 años desde la fecha del acto o contrato.

No estamos de acuerdo con la opinión de Pablo Rodríguez, en cuanto a que con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal la mujer carece de legitimación activa para demandar la rescisión de los actos ejecutados por su marido, en razón de que para este autor, “la acción de nulidad surge desde el momento en que se disuelve la sociedad conyugal o desde que cesa la incapacidad de la mujer o de sus herederos, como establece expresamente el artículo 1757, inciso tercero”; de modo que con anterioridad y también con posterioridad al antedicho plazo de 10 años, “la mujer no puede reclamar la nulidad, de lo cual se sigue que sólo podrá demandar, si corresponde, la separación judicial de bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal, o bien, al extinguirse, exigir la responsabilidad del marido, siempre que el acto le haya causado perjuicio y pueda imputarse al administrador de la sociedad conyugal culpa grave o dolo (artículo 1748)”.¹⁸¹

En nuestro concepto, la mujer puede perfectamente demandar la rescisión de un acto o contrato realizado por el marido que no cumple con las formalidades prescritas por la ley, aun antes de la disolución de la sociedad conyugal; pues al referirse el artículo 1757 del Código Civil a que “el cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde (...)”, no se busca impedir que la mujer accione de nulidad relativa con anterioridad a la disolución del régimen matrimonial, más todavía en la actualidad, en que la mujer es plenamente capaz.

Asimismo, apoya nuestra conclusión la interpretación que Arturo Alessandri Rodríguez, dentro del contexto histórico legislativo de la reforma introducida al Código Civil por la Ley N° 10.271, daba a la hipótesis en que el marido actuara sin contar con las autorizaciones establecidas en la ley. En efecto, con el advenimiento de la Ley N° 10.271, se estableció que el cuadrienio para impetrar la nulidad debía contarse desde que cesa la incapacidad de la mujer. Precisamente comentando este artículo, Arturo Alessandri Rodríguez señalaba que “la nulidad no puede ser demandada sino por la mujer o por sus herederos o cesionarios; sólo en beneficio de ella la establece la ley (art. 1684). Y este beneficio le compete no sólo durante el matrimonio, sino aun después de disuelta la sociedad conyugal; la ley no distingue y la mujer y sus herederos o cesionarios tienen interés en esa nulidad en toda época”.¹⁸²

Ahora, si bien es cierto que la Ley N° 18.802 agregó al artículo recién comentado que el cuadrienio para impetrar la nulidad relativa se cuenta desde *la disolución de la sociedad conyugal*, ello no se opone mayormente a

¹⁸¹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, pp. 122 y 123.

¹⁸² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Reformas introducidas al Código Civil*, obra citada, pp. 118-119.



la interpretación que damos. En efecto, se debe volver a resaltar en primer lugar el hecho de que, tal como lo sostiene Rozas, “si la mujer es incapaz, naturalmente que no por ser casada, ya que por ello no lo es según la Ley N° 18.802, sino que por otro motivo, el cuadrienio respecto de ella se cuenta desde que cesa la incapacidad”.¹⁸³ Por otro lado, la introducción de un punto de inicio opcional para el cómputo del plazo de prescripción no tiene otro objeto que proteger a la mujer que, bien se encuentra impedida, bien se encuentra en una situación de dificultad objetiva para accionar. Por el contrario, sería sumamente injusto que la mujer se viese imposibilitada de accionar, en los casos en que la sociedad conyugal subsista más allá de los diez años desde la celebración del acto o contrato, que constituye el plazo máximo para impugnar el acto.

De este modo, adherimos a la doctrina de la Corte de Apelaciones de Santiago al desechar una excepción fundada en que la mujer “estaría impedida de accionar en tanto no se disuelva dicha sociedad o recupere su capacidad”, en base a que “el mismo artículo 1757 del Código Civil –que es aquel que señala que los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en el artículo 1749 adolecerán de nulidad relativa– contempla expresamente y hace titular de la respectiva acción a la mujer, señalando que el cuadrienio para impetrar esa nulidad se contará desde la disolución de la sociedad conyugal o desde que cese la incapacidad de la mujer. A este último respecto, es útil recordar –añade el fallo que se cita– que a partir de la dictación de la Ley N° 18.802, que comenzó a regir el 7 de septiembre de 1989, la actora pasó a ser capaz y pudo por lo mismo, con toda propiedad, impetrar la respectiva nulidad”.¹⁸⁴ Igualmente, sin pronunciarse en forma expresa a este respecto, la Corte Suprema confirmó un fallo fundado en el supuesto ejercicio de la acción de nulidad que el profesor Rodríguez precisamente descarta. En efecto, en el caso citado la Corte Suprema tuvo presente que “el inmueble en cuestión, a que se refiere la compraventa cuya nulidad relativa se demanda en autos, corresponde a un bien perteneciente a la sociedad conyugal, no disuelta, existente entre la demandante señora NN y el demandado señor XX, por tratarse de uno de aquellos a que se refiere el N° 5 del artículo 1725 del Código Civil”, e interpretó el artículo 1757 del Código Civil en el sentido de que “el cuadrienio para impetrar la nulidad relativa del contrato, debe contarse desde la disolución de la sociedad conyugal, como se desprende de su claro tenor literal, que, ciertamente, no deja margen para una opción diferente a la que emana de su propio texto”. De esta manera, estimó que los jueces del fondo habían rechazado correctamente la excepción de prescripción opuesta bajo el argumento de que el cuadrienio había empezado a correr al entrar en vigencia la Ley N° 18.802, que reconoció la plena capacidad de la mujer; y declaró que “al no estar disuelta la sociedad conyugal existente entre la

¹⁸³ ROZAS VIAL, FERNANDO, *Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802*, obra citada, p. 57.

¹⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6069-93, 04/03/1996, disponible en Lexis-Nexis: Jurisprudencia On-line.

demandante señora NN y el demandado señor XX, el término en cuestión ni siquiera ha empezado a correr”.¹⁸⁵

916 bis. Casos en que se entiende faltar la autorización judicial de rigor. De acuerdo con los principios señalados más arriba, debe entenderse que falta la autorización judicial no sólo cuando se omite totalmente, sino cuando ésta no determina las condiciones bajo las cuales ha de celebrarse el acto o contrato, al menos en lo relativo a sus elementos esenciales.

El decreto judicial se omite también cuando ha caducado, es decir, cuando ha transcurrido el plazo fijado en él para la celebración del contrato sin que éste se lleve a efecto. Según el artículo 891, inciso 3º, del Código de Procedimiento Civil, “si se concede la autorización, fijará el tribunal un plazo para que se haga uso de ella”, y en el inciso siguiente dice: “En caso de no fijar plazo alguno, se entenderá caducada la autorización en el término de seis meses”. Transcurrido el plazo judicial o legal, la autorización caduca, y si el contrato se celebra a pesar de ello, el contrato sería nulo de nulidad relativa. Así lo declaró expresamente la Corte de Valparaíso.¹⁸⁶

Falta, por último, la autorización judicial cuando el contrato se celebra en condiciones diferentes de las indicadas en ella, como si el inmueble se vendiese por un precio menor que el señalado por el juez,¹⁸⁷ o la hipoteca se contrata por una cantidad mayor que la autorizada.¹⁸⁸

§ III. ACTOS JURÍDICOS PARA LOS CUALES EL MARIDO NECESITA EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER O EL DE LA JUSTICIA EN SUBSIDIO, TRATÁNDOSE DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DE LA MUJER

917. Aceptación y repudiación de asignaciones y donaciones que se hagan a la mujer. El inciso final del artículo 1225 del Código Civil dispone que “el marido requerirá el consentimiento de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella. Esta autorización se sujetará a lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 1749”. En consecuencia, el marido no puede aceptar o repudiar una asignación deferida a su mujer, sino con el consentimiento de ésta, si fuere capaz de prestarlo, o con autorización de la justicia en subsidio. Las asignaciones comprenden tanto las herencias como los legados. Por su parte, el inciso final del artículo 1411 dispone que “las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones”.

¿Qué sanción lleva consigo la aceptación o repudiación hecha por el marido sin el consentimiento de la mujer o sin la autorización de la justicia en subsidio? Dos opiniones se han formulado:

¹⁸⁵ Corte Suprema, Rol Nº 4361-97, 15/10/1998, disponible en LexisNexis: Jurisprudencia On-line.

¹⁸⁶ *Revista*, tomo 29, 2ª parte, sec. 2ª, p. 17.

¹⁸⁷ *Gaceta de los Tribunales*, año 1912, 2º semestre, sentencia 1064, p. 585.

¹⁸⁸ *Gaceta de los Tribunales*, año 1932, 2º semestre, sentencia 128, p. 491.



En base a un texto legislativo ligeramente diverso al actual, Arturo Alessandri Rodríguez sostenía que la sanción era la nulidad absoluta, puesto que faltaba el consentimiento de la mujer.¹⁸⁹ En cambio, Manuel Somarriva opinaba que se trataba de una nulidad relativa, sin dar mayores razones.¹⁹⁰

En la primera edición de esta obra adherimos al partido de la nulidad absoluta y, conforme al derecho vigente a la sazón –especialmente en cuanto a la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal–, no nos parecía razonable considerar el consentimiento que prestaba la mujer para la repudiación de la asignación como un requisito exigido en atención a su estado o calidad de incapaz, porque no podía suponerse que el legislador, que consideraba a la mujer relativamente incapaz, haya establecido como formalidad habilitante de dicha incapacidad esa misma voluntad semieficaz de la mujer; sería exigir un consentimiento para subsanar la insuficiencia de ese mismo consentimiento.

Sin embargo, en el actual contexto legislativo coincidimos con Ramos Pazos en que la sanción aplicable ha de ser la nulidad relativa, por tratarse de la omisión de un requisito establecido en función del estado y calidad de las partes –actuación del marido como jefe de la sociedad conyugal– y a favor de la propia mujer o sus sucesores.¹⁹¹ A la misma conclusión conduce la referencia expresa que se hace a los incisos finales del artículo 1749 y a la sanción de nulidad relativa que más adelante impone el artículo 1757 del mismo Código Civil.

Con relación a esta materia es interesante apuntar la discusión habida y el planteamiento favorable del profesor Pablo Rodríguez, en cuanto a la posibilidad de que sea la mujer quien acepte o repudie por sí sola la asignación o donación, como corolario de la capacidad que le fue reconocida a partir de la Ley N° 18.802.¹⁹²

918. Partición de bienes en que tiene interés la mujer. El inciso 2° del artículo 1322 del Código Civil dispone que el marido no necesitará de autorización judicial “para provocar la partición de los bienes en que tenga parte su mujer: le bastará el consentimiento de su mujer, si ésta fuere mayor de edad y no estuviera imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia en subsidio”.

Por las mismas razones comentadas en el N° 877, esta exigencia no tendría aplicación en el caso de las particiones efectuadas de común acuerdo por los comuneros o si la partición la ha pedido otro comunero.

Al igual que en el caso comentado en el número que precede, nos parece que hoy en día la sanción ante la infracción del requisito previsto en el artículo 1322 es la nulidad relativa.¹⁹³

¹⁸⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Tratado Práctico de las Capitulaciones...*, obra citada, N°s 615 a 619, pp. 405 y 406.

¹⁹⁰ *Derecho de familia*, N° 258, p. 247.

¹⁹¹ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 275, p. 220.

¹⁹² Véase RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, pp. 140 y ss.

¹⁹³ En el mismo sentido, RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 281, p. 222.

919. Nombramiento de partidor. Los incisos 1º y 2º del artículo 1326 del mismo Código contienen una disposición semejante a la del caso anterior, al decir que “si alguno de los coasignatarios no tuviere la libre disposición de sus bienes, el nombramiento de partidor, que no haya sido hecho por el juez, deberá ser aprobado por éste”.

“Se exceptúa de esta disposición la mujer casada cuyos bienes administra el marido; bastará en tal caso el consentimiento de la mujer, o el de la justicia en subsidio”.

Luego, si entre los copartícipes hay una mujer casada, el nombramiento de partidor que no haya sido hecho por el juez deberá contar con el consentimiento de la mujer, lo que vale decir que el marido, para designar partidor de acuerdo con los demás interesados, requiere el consentimiento de la mujer o el de la justicia en subsidio.

En cuanto a la sanción que lleva consigo la falta de consentimiento de la mujer, nos remitimos a lo dicho en el número anterior.

En la doctrina reciente, Ramos Pazos sostiene que la regla comentada no obsta a que la mujer, hoy en día plenamente capaz, pueda ejercer por sí misma la acción de partición solicitando el nombramiento de partidor.¹⁹⁴

920. Subrogación de bienes a bienes propios o valores de la mujer. La subrogación de que aquí se trata es la real, porque se refiere a los bienes. Puede definirse como “la substitución de una cosa a otra, en términos que la nueva pasa a ocupar jurídicamente el mismo lugar de la antigua”.¹⁹⁵

La utilidad de la subrogación consiste en que, mediante ella, valores o inmuebles propios de cada cónyuge pueden ser substituidos por otros inmuebles sin que por ello pasen a incrementar el haber social. De este modo, cada cónyuge conserva lo propio a pesar del cambio operado en sus bienes, porque, de no existir la subrogación, como la adquisición del nuevo inmueble se haría a título oneroso, pasaría a ser bien social.

Hay casos en que, para la validez de la subrogación, se exige autorización especial. En efecto, el artículo 1733 dice que “la subrogación que se haga en *bienes de la mujer*, exige además la autorización de ésta”. Como la ley no distingue, la autorización se exige sea que se trate de subrogar un inmueble a otro, o un inmueble a valores.

La sanción por la omisión de esta autorización sería también en este caso la nulidad relativa, y la ley no prevé en este caso la posibilidad de autorización judicial supletoria.

921. Arrendamiento o cesión de la tenencia de bienes raíces pertenecientes a la mujer. Según el artículo 1756 del Código Civil, el marido no puede dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes raíces de la mujer por un plazo superior a ocho años, si son predios rústicos, ni a cinco, si son urbanos, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido. Para darlos en arrendamiento por un plazo que exceda de los indicados, el marido re-

¹⁹⁴ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 279, p. 221.

¹⁹⁵ SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de familia*, N° 751, p. 582.



quiere el consentimiento de la mujer. De lo contrario, el contrato no obliga a la mujer ni a sus herederos o cesionarios por un plazo superior al de ocho o cinco años, según el caso. Es decir, se aplica la misma sanción de inoponibilidad comentada en el N° 916 (artículo 1757 del Código Civil).

Respecto de la autorización de la mujer se aplica lo dicho en el N° 915 anterior (artículo 1756, inciso 2°, con relación al artículo 1757, inciso 7°). El consentimiento de la mujer puede ser suplido por el juez si la mujer se halla imposibilitada de prestarlo o si lo niega injustificadamente, conforme a las mismas reglas comentadas en el N° 915 anterior (artículo 1756, inciso 2°, en relación con el artículo 1749, inciso 8°).

922. Enajenación y gravamen de bienes muebles. El artículo 1755 del Código Civil dispone que “para enajenar o gravar otros bienes de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, bastará el consentimiento de la mujer, que podrá ser suplido por el juez cuando la mujer estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad”.

Los bienes a que se refiere este artículo son los bienes muebles que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, como los muebles que han sido excluidos de la comunión con arreglo al N° 4°, inciso 2°, del artículo 1725 del Código Civil, los aportados por la mujer al matrimonio y apreciados para que la sociedad los restituya en especie o en dinero a elección de la misma mujer (lo que resulta perfectamente admisible al tenor del artículo 1717 del Código Civil).

Si la mujer está imposibilitada para manifestar su voluntad, el juez puede suplir su consentimiento. Mas esto sólo es posible cuando la mujer no está en situación de prestar su consentimiento por causas físicas o legales; pero no cuando niega su consentimiento, porque en tal caso la mujer ha expresado su voluntad adversa al acto.

La sanción a la falta de autorización de la mujer es la nulidad relativa con arreglo a los términos del artículo 1757, razón por la cual cabe dar por reproducidas aquí las explicaciones dadas en el N° 916 anterior.

923. Enajenación o gravamen de bienes raíces de la mujer. De todos los casos, éste es el que ofrece más interés, mayor aplicación práctica y el que origina mayores problemas jurídicos.

El precepto que regula la enajenación y gravamen de los bienes inmuebles pertenecientes a la mujer es el artículo 1754 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: “No se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces de la mujer, sino con su voluntad. La voluntad de la mujer deberá ser específica y otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto. Podrá prestarse, en todo caso, por medio de mandato especial que conste de escritura pública. Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad. La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis”.

924. Bienes a que se refiere el artículo 1754 del Código Civil. Son los llamados bienes propios de la mujer, esto es, los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio; los que adquiere a título gratuito durante él (donación, herencia o legado), y los que adquiere por subrogación a valores o a inmuebles propios.

Cabe reiterar aquí lo dicho más arriba en el N° 911, en cuanto a que también sería necesaria la autorización de la mujer para resciliar una compraventa de un inmueble de la mujer; que la autorización debe darse respecto del acto que sirve de título a la enajenación; y que la norma no se aplica respecto de actos que no constituyan enajenación, como las adjudicaciones o transacciones de efectos meramente declarativos.

Por lo anterior, y aun cuando fue pronunciada bajo el imperio del artículo 1754 en su anterior redacción, mantiene su autoridad la sentencia que declara que “solicitada la nulidad de una transacción, basándose en que por ella se operó la venta de un bien raíz perteneciente a una mujer casada sin llenarse los requisitos que la ley prescribe para su validez, es correcta la sentencia que rechaza la acción fundándose sustancialmente en que la transacción se llevó a efecto interviniendo en ella directamente el marido de la demandante como tal y en su calidad de representante legal de ésta, en que se aprobó judicialmente, previo dictamen favorable del respectivo defensor, y muy especialmente en que el contrato cuya nulidad se pide no importa en manera alguna enajenación de un bien raíz o de un derecho real constituido en él, sino sólo la renuncia a continuar una acción deducida en juicio, si al hacer esta apreciación se ajusta a los hechos por ella establecidos que le sirven de antecedentes y al carácter legal que le corresponde al contrato de transacción”.¹⁹⁶ Razón de más tuvo la Corte Suprema para sustentar esta doctrina, pues la transacción, en este caso, no importaba enajenación, sino únicamente renuncia a una acción hecha valer en juicio y que versaba sobre un inmueble.

Además y aunque la norma no es en este sentido tan explícita como el artículo 1749, el artículo 1754 se refiere a las enajenaciones y gravámenes voluntarios únicamente; las enajenaciones y gravámenes forzados, cualquiera que sea su origen, no han menester de estos requisitos.

Respecto de la actuación de la mujer sobre estos bienes, a la que se refiere el inciso final del artículo 1754, cabe remitirse al análisis efectuado en el N° 536 bis de esta obra, en torno a la sanción de nulidad absoluta, prevaleciente en la doctrina actual, o de nulidad relativa.

925. Requisitos para la enajenación o gravamen de los bienes raíces. Al igual que en el caso del artículo 1749, de conformidad al artículo 1754 la mujer puede autorizar a su marido a enajenar o gravar un inmueble en forma expresa o tácita. La autorización expresa puede darse directa y personalmente, exigiendo la ley que ésta sea otorgada por escritura pública. Si se da por medio de mandatario, debe tratarse de un mandato especial que conste por escritura pública.

¹⁹⁶ *Revista*, tomo 17, 2ª parte, sec. 1ª, p. 41.



En el caso de la autorización tácita, ésta tiene lugar cuando la mujer interviene expresa y directamente “de cualquier modo” en el acto. Nos remitimos al N° 915 de esta obra en lo que respecta a la discusión en torno a la extensión de la expresión “de cualquier modo”.

En todo caso, y al igual que en la hipótesis del artículo 1749, la autorización de la mujer debe ser específica, a cuyo respecto también nos remitimos a las explicaciones dadas en el N° 915.

El consentimiento de la mujer puede ser suplido por el juez cuando ella se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad (artículo 1754, inciso 3°). El juez puede suplir ese consentimiento sólo en caso de que la mujer no esté en condiciones de consentir por causas físicas o legales, mas no si se opone en forma expresa a la enajenación o gravamen, pues entonces ha manifestado su voluntad, aunque negativamente.

926. Sanción de la falta de consentimiento de la mujer en el caso de enajenación o gravamen de bienes raíces. En el pasado, las consecuencias jurídicas que producía la omisión del consentimiento de la mujer eran materia de ardua discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, según se deja testimonio en la primera edición de esta obra. Sin embargo, hoy en día el artículo 1757 dispone en claros términos que los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en el artículo 1754, entre otros, adolecerán de nulidad relativa. La nulidad puede hacerla valer la mujer, sus herederos o cesionarios. “El cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad de la mujer o de sus herederos. En ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato”.

A pesar de estos claros términos y del parecer casi unánime de la doctrina en el mismo sentido,¹⁹⁷ Pablo Rodríguez Grez sostiene a este respecto una tesis divergente. En efecto, para este autor, apelando al tenor literal del artículo 1754, “si falta ‘voluntad’ de la mujer, o no hay acto jurídico (inexistencia) o el contrato es inoponible a la mujer. La concurrencia de la ‘voluntad’ o ‘consentimiento’ de la mujer, única dueña del inmueble, no es un requisito, sino un elemento esencial del acto jurídico, puesto que el marido no es ni mandatario ni propietario del respectivo inmueble. Por lo mismo, si no ocurre al acto la mujer, el contrato carece de consentimiento y será, por consiguiente, jurídicamente inexistente. Podría pensarse que la sanción es la inoponibilidad, ya que el marido enajena o grava una cosa ajena. Nosotros –prosigue Rodríguez– nos inclinamos por la inexistencia, ya que el marido aparece manifestando una voluntad jurídicamente insuficiente para formar consentimiento (la voluntad de la mujer unida a la voluntad del marido es lo que integra, en este caso, el elemento capaz de formar el consentimiento). Nótese que la ley no habla en el artículo 1754 de ‘autorización’ (formalidad habilitante), sino de ‘voluntad’ en los incisos primero y segundo, y de ‘consentimiento’ en el inciso tercero. La voluntad

¹⁹⁷ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo I, N° 290, p. 227.

y el consentimiento no son requisitos establecidos en atención a la calidad o estado de las partes, sino en atención a la existencia misma del acto o contrato. De lo dicho se sigue que cuando el artículo 1757 alude a los ‘requisitos’ prescritos en los artículos 1754 y 1755, se refiere a que la voluntad se haya expresado por medio de escritura pública (la cual podría ser nula) o mediante la intervención expresa o directa de cualquier modo de la mujer en el acto o contrato, o por mandato especial conferido por la mujer para expresar su voluntad, el cual también debe constar por escritura pública. Nos parece inaceptable otra interpretación, atendido el hecho de que el marido no es dueño del bien que grava o enajena sin consentimiento de su mujer, tampoco ostenta la representación de la mujer, y sus facultades tienen como único fundamento un derecho legal de goce que está concebido en función de los intereses de la sociedad conyugal”.

Añade Rodríguez que “resulta indudable que los redactores de la Ley N° 18.802, que modificó el artículo 1754 (no así el artículo 1755), estimaron que la sanción para el caso de que el marido gravara o enajenara sin consentimiento de la mujer sus bienes raíces propios, sería la nulidad relativa. Pero, como tantas veces lo hemos manifestado, la ley tiene una voluntad propia que se independiza de sus autores”.¹⁹⁸ El mismo autor cita luego a Fernando Rozas Vial –quien participó en la redacción de la Ley N° 18.802– entre quienes han sostenido la interpretación a favor de la nulidad relativa.¹⁹⁹

Por nuestra parte, nos parece que la interpretación del profesor Rodríguez lleva demasiado lejos las cosas. Aparte de la historia del establecimiento de la norma que él mismo cita, el sentido natural y obvio del mismo artículo 1754, interpretado en conjunto y sistemáticamente con el artículo 1757, nos lleva claramente a concluir que el legislador ha establecido la sanción de la nulidad relativa. Con ello, se quiso zanjar también las arduas discusiones existentes en el pasado, en torno a sanciones que iban desde la nulidad absoluta hasta la relativa, pasando por la inoponibilidad. La verdad es que si se atiende al rigor literal con que el profesor Rodríguez interpreta la expresión “voluntad” como opuesta a “autorización”, la interpretación de muchos otros pasajes del Código Civil se oscurecería o induciría a contradicciones, pues es conocida la libertad con que el texto legal ha utilizado términos como “tradición”, “entrega”, “nulidad” o “rescisión”, prescindiendo del rigor con que los estudiosos han pretendido confinarlos a un sentido siempre unívoco. Sin ir más lejos, los artículos 142 a 144 del Código Civil utilizan indistintamente las expresiones “autorización” y “voluntad” para referirse a un caso de clara autorización de parte del cónyuge no propietario de un bien familiar. También el artículo 1792-3 del Código Civil emplea la expresión “consentimiento” para referirse a la formalidad habilitante consistente en la autorización de uno de los cónyuges para que su consorte, en el régimen de participación en los gananciales, pueda otorgar válidamente cauciones personales a obligaciones de terceros. Por lo demás, si bien por reverente

¹⁹⁸ Véase RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes Patrimoniales*, obra citada, p. 133.

¹⁹⁹ ROZAS VIAL, FERNANDO, *Análisis de la reformas que introdujo la Ley N° 18.802*, obra citada, p. 57.



respeto a la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal la doctrina moderna evita denominar al marido como representante legal de su mujer, no puede desconocerse que éste actúa sobre los bienes propios de la mujer como administrador de los mismos (artículo 1749). La mujer no tiene la administración de estos bienes y menos puede disponer de ellos a no ser en los casos de los artículos 138 y 138 bis; y considerando, por otro lado, que ciertamente se trata de bienes que están en el patrimonio de la mujer –a diferencia de los sociales–, el marido no puede sino administrarlos en calidad de representante –legal– de la mujer para estos efectos. La voluntad de la mujer no es en este caso voluntad de vendedor o tradente, sino simple y especial formalidad habilitante de la actuación de su propio representante, lo que no debe extrañar en el contexto en que la mujer tiene plena capacidad de ejercicio. Por otro lado, nos parece también forzada la distinción que el profesor Rodríguez quiere encontrar en el texto del artículo 1757, entre los elementos esenciales del acto a celebrar –dentro de los cuales considera a la voluntad de la mujer en el caso del artículo 1754– y los requisitos externos a los cuales sería aplicable la sanción de nulidad relativa. Tal distinción no fluye del texto, el cual se refiere ampliamente a los requisitos prescritos en el artículo 1754, sin distinguir si son internos o externos, y dentro de los cuales aparece con meridiana claridad la necesidad de autorización de la mujer.

Si la intervención de la mujer se requiriera para formar el consentimiento en el acto que sirve de título a la enajenación o gravamen, sería claramente contradictoria la redacción del inciso final del artículo 1754, que, con la sola excepción de las situaciones de los artículos 138 y 138 bis, inhabilita a la mujer para enajenar o gravar sus bienes propios. Por lo demás, si se tratase de una sanción a la falta de consentimiento –en concepto de Rodríguez, una situación de inexistencia y en el nuestro, merecedora de nulidad absoluta–, nos encontraríamos en presencia de una actuación que no sería susceptible de sanearse por la simple confirmación y que probablemente no sería amparada sino por los plazos de prescripción máximos (prescripción adquisitiva extraordinaria o prescripción de la nulidad absoluta), lo que contraría el buen sentido.

927. Situación de la promesa de enajenación o gravamen de bienes raíces. Con relación a la promesa de enajenación de los bienes propios de la mujer, surge la duda respecto a si el marido puede celebrar validamente contratos de promesa de enajenación o gravamen de estos bienes, sin contar con la autorización de la mujer. Como la Ley N° 18.802 sólo reformó en este punto el artículo 1749 del Código Civil, en relación con la promesa de enajenación de los bienes sociales –*cfr.* N° 911 de nuestra obra–, pero no el 1754, se considera que en esta materia se dejó la puerta abierta para sostener que no sería necesaria la referida autorización.

Sin embargo, estimamos que no es válida la promesa de enajenación o gravamen de un bien propio de la mujer que no cuenta con la autorización de ella. Hernán Corral señala en sus apuntes de clases que –en su concepto– la promesa constituye un principio de enajenación, y como tal debe existir la autorización de la mujer, al igual como sucede en los casos de enajenación

o gravamen de sus bienes propios, de conformidad a lo establecido en el artículo 1757. Más allá de dicho argumento, coincidimos con el autor en que si al marido se le prohíbe celebrar contratos de promesa de enajenación o gravamen respecto de los bienes sociales, con mayor razón se debe entender que también se le prohíbe respecto de los bienes propios de la mujer.

Cabe también tener en cuenta los argumentos que se dieron en su minuto por Arturo Alessandri Rodríguez para estimar nula la promesa de bienes sociales, al comentar las reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271. Al efecto, Alessandri señalaba que “si bien la promesa y el contrato prometido son actos diferentes que no pueden confundirse entre sí, y la promesa de compraventa no importa enajenación, no puede desconocerse que el contrato prometido es la consecuencia necesaria y forzosa de aquélla [...] Pensamos, por consiguiente, que aun en este caso –la promesa o enajenación de bienes sociales– es necesaria la autorización de la mujer para que pueda llevarse a efecto la venta prometida por el marido. De ahí que, para ponerse a cubierto de toda duda o cuestión, lo mejor será que la promesa celebrada por el marido cuente con la autorización de la mujer, y si después aquél rehúsa celebrar el contrato prometido, que la demanda para obtener su ejecución se dirija contra ambos cónyuges”.²⁰⁰

Título III

ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

928. Requisitos para que la mujer asuma la administración de la sociedad conyugal. Cuando el marido ha sido declarado en interdicción, cuando está ausente y concurren los requisitos del artículo 473 del Código Civil, debe nombrársele un curador, y si la mujer es quien ha sido nombrada curadora del marido o de sus bienes, “tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal” (artículo 1758, inciso 1°, del Código Civil). El nombramiento de curador es indispensable para que la mujer tenga esa administración.

929. La mujer administra con iguales facultades que el marido. “La mujer que tenga la administración de la sociedad, administrará con iguales facultades que el marido” (artículo 1759 del Código Civil).

En efecto, la mujer administra los bienes sociales como si fuera el marido, con las mismas facultades que éste tenía, por lo cual puede ejecutar por sí sola todos los actos de administración, conservación o disposición que creyere convenientes, sean judiciales o extrajudiciales, sin necesidad de ninguna autorización; no tiene más límites que los análogos a los aplicables al marido, establecidos en los artículos 1759 a 1761, y debe recompensas a

²⁰⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Reformas introducidas al Código Civil*, obra citada, pp. 118-119.



la sociedad en los mismos casos en que la habría debido el marido. La mujer recobra en este caso la administración de sus bienes propios con plenas facultades, y no tiene limitaciones a este respecto.

930. Administración de los bienes propios del marido. Sin embargo, tratándose de la administración de los bienes propios del marido, de acuerdo con el inciso final del artículo 1759, se aplican las normas de las curadurías. Por consiguiente, conforme a dichas normas se determinan las facultades, limitaciones y prohibiciones a que está sujeta la mujer como administradora de dichos bienes.

931. Limitaciones impuestas a la mujer respecto de la administración de los bienes sociales. Respecto de los bienes sociales la mujer puede ejecutar por sí sola todos los actos de conservación y administración y, en general, celebrar toda clase de actos y contratos a excepción de los señalados expresamente por la ley.

Pero para la celebración de ciertos actos la ley ha puesto ciertas limitaciones; así, el inciso 4º del artículo 1749, que indica el plazo máximo por el cual el marido puede dar en arrendamiento los bienes raíces sociales sin el consentimiento de la mujer, es aplicable también a los inmuebles sociales administrados por la mujer por expresa disposición del inciso 1º del artículo 1761 del Código Civil, si bien conforme al inciso segundo de la misma norma, el arrendamiento o cesión puede durar más tiempo si para estipularlo la mujer contó con autorización judicial, previa información de utilidad.

Por otro lado, si la mujer que ejerce esta administración se constituye en aval, codeudora solidaria, fiadora u otorga cualquiera otra caución respecto de terceros, sólo obligará sus bienes propios y los que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil. Al igual que en el caso anterior ésta inoponibilidad –aquí referida a los bienes sociales– no rige si la mujer ha actuado en virtud de autorización judicial, dada con conocimiento de causa (artículo 1759, inciso 6º).

Además, la actuación de la mujer está sujeta a las limitaciones que se comentan especialmente en el número siguiente, bajo la sanción de nulidad relativa.

Por último, fuera de los anteriores casos, todos los actos y contratos de la mujer administradora “se mirarán como actos y contratos del marido, y obligarán en consecuencia a la sociedad y al marido; salvo en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer” (artículo 1760). A contrario sensu, la disposición citada viene a establecer la inoponibilidad frente a los bienes sociales –y con mayor razón a los bienes propios del marido– de los actos y contratos celebrados en exclusivo negocio personal de la mujer.

932. Actos para los cuales la mujer necesita autorización judicial, so pena de nulidad relativa. Según los incisos 2º y 3º del artículo 1759 del Código Civil, la mujer necesita autorización judicial, con conocimiento de causa, para

enajenar o gravar o prometer gravar o enajenar los bienes raíces sociales. No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735.

Conforme al inciso 4º del artículo que se viene citando, “todo acto en contravención a este artículo será nulo relativamente. La acción corresponderá al marido, sus herederos o cesionarios y el cuadrienio para pedir la declaración de nulidad se contará desde que cese el hecho que motivó la curaduría”.

De acuerdo con el inciso siguiente, “en ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato”.

SECCIÓN 3ª

LIMITACIÓN AL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS PERSONALES POR OBLIGACIONES DE TERCEROS EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

933. Regla general y excepción en materia de administración de bienes en el régimen de participación en los gananciales. De conformidad al artículo 1792-2 del Código Civil, “en el régimen de participación en los gananciales los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo...”. La misma norma reconoce luego la existencia de posibles limitaciones, la principal de las cuales dice relación con la eventual existencia de bienes declarados familiares, aunque la referencia al párrafo respectivo del Título VI del Libro Primero del Código es incorrecta.²⁰¹

Por otro lado, en lo que aquí interesa el artículo 1792-3 del Código Civil dispone que “ninguno de los cónyuges podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge. Dicha autorización se sujetará a lo establecido en los artículos 142, inciso segundo, y 144”.

934. Sanción a la constitución no autorizada de cauciones personales por obligaciones de terceros. El artículo 1792-4 del Código Civil sanciona la contravención a la norma copiada en el número anterior con nulidad relativa, agregando que el cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde el día en que el cónyuge que la alega tuvo conocimiento del acto, con el límite máximo de diez años contados desde la celebración del acto o contrato.

Estas disposiciones ameritan los siguientes comentarios:

1º. La constitución no autorizada de garantías personales se sanciona en este caso con nulidad relativa, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de sociedad conyugal, según lo visto en los N°s 914, 916 y 930 de esta obra, en el cual la protección vía inoponibilidad tiene por objeto el patrimonio

²⁰¹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 107.



de la sociedad conyugal, y no el del propio cónyuge garante, como ocurre en este caso. En el régimen de participación en los gananciales existe un interés en proteger el patrimonio personal de cada cónyuge, pues de éste depende la ulterior participación en los gananciales –tanto en cuanto a la existencia de gananciales como en cuanto a la solvencia del cónyuge que deba pagar el crédito respectivo– y de ahí que se imponga la ineficacia –vía nulidad relativa– respecto del propio cónyuge garante.

A diferencia de los artículos 1749 y 1759, en este caso la limitación se aplica exclusivamente a garantías personales.

2º. La autorización se sujeta a las reglas de los artículos 142 y 144 del Código Civil, que estudiaremos en la sección siguiente, esto es, la autorización se exige en los mismos términos previstos para los actos de gestión de bienes familiares sujetos a la autorización del cónyuge no propietario; y puede ser suplida por el juez en caso de “imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia”.

3º. Se aplica aquí todo lo dicho en el N° 914 de esta obra, en cuanto a que la autorización del otro cónyuge no sería necesaria para la realización de actos jurídicos que indirecta y eventualmente pueden dar lugar a una responsabilidad solidaria; como, por ejemplo, la celebración de una sociedad comercial o el endoso en dominio de una letra de cambio o pagaré, en que la responsabilidad solidaria no resulta de la convención, sino de la disposición de la ley.

A este respecto, el profesor Hernán Corral sostiene que “al señalar el art. 3º de la Ley N° 19.335 que lo que se prohíbe es ‘otorgar cauciones’, queda más claro que la autorización del otro cónyuge no es necesaria para la realización de actos jurídicos que indirecta y eventualmente pueden dar lugar a una responsabilidad solidaria; como, por ejemplo, la celebración de una sociedad colectiva comercial o el endoso en dominio de una letra de cambio o pagaré; lo cual ha sido discutido sobre el texto del art. 1749, inc. 5º, del Código Civil establecido por la Ley N° 18.802”.

Por otro lado, de conformidad al mismo autor que se viene citando, “el endoso en prenda de una letra o pagaré tampoco lo requeriría [la autorización], aunque aquí el fin directamente perseguido es el de caucionar, ya que, como se trata de una caución real, no resulta comprendido por la letra del art. 3º de la Ley N° 19.335”.²⁰²

4º. Por lo tocante al plazo para impetrar la acción de nulidad, compartimos los juicios de Hernán Corral en cuanto a que “el cómputo del cuadrienio desde que el cónyuge demandante tomó conocimiento de la caución otorgada sin su voluntad, introduce un factor de incertidumbre en la materia que resulta disonante con el sistema general de la nulidad de los actos jurídicos establecido en nuestro derecho”. El mismo autor estima que, ante el silencio del legislador acerca de la suspensión de la acción de nulidad, procedería aplicar las reglas generales, tanto en materia de suspensión como de saneamiento por confirmación (arts. 1692 y 1693 del Código Civil).²⁰³

²⁰² CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares y...*, obra citada, p. 108.

²⁰³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares y...*, obra citada, p. 109.

En el mismo sentido, en cuanto a la aplicación de las reglas generales en materia de nulidad relativa, se pronuncia Leslie Tomasello.²⁰⁴

SECCIÓN 4ª

*LIMITACIONES A LA ADMINISTRACIÓN
DE LOS BIENES FAMILIARES*

935. La institución de los bienes familiares. Esta institución fue introducida por la Ley N° 19.335, de 1994, conjuntamente con el régimen de participación en los gananciales, con la finalidad de que sirviera de complemento tanto a dicho régimen como al de separación total de bienes, e inclusive a la sociedad conyugal.

Las disposiciones correspondientes se incorporaron como nuevos artículos 141 a 149 del Código Civil, como párrafo segundo dentro del Título VI del Libro Primero, que se refiere a las obligaciones y derechos entre los cónyuges.

Se trata de una institución que, como su nombre lo indica, gira en torno al concepto de “bien familiar”, término que el profesor Hernán Corral define como “ciertas cosas inmuebles o muebles que cumplen una función familiar directa al permitir y favorecer la convivencia de la familia, y a las que, por ello, la ley las somete a un estatuto normativo especial, con independencia del régimen económico elegido por los cónyuges”.²⁰⁵ La justificación de esta especial normativa residiría en el deber general de los cónyuges de subvenir a las necesidades de la familia. Conforme apunta Ramos Pazos, “se trata de una fuerte garantía para el cónyuge que tenga el cuidado de los hijos, en casos de separación de hecho o de disolución del matrimonio, y para el cónyuge sobreviviente, en caso de muerte” (*cfr.* 1337).²⁰⁶

936. Bienes que pueden afectarse. Sin perjuicio de que no corresponde aquí adentrarse en el estudio del régimen mismo, acerca del cual puede consultarse a los autores que se han venido citando, conviene señalar que pueden quedar afectos al régimen de bien familiar los siguientes bienes:

a) El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia (artículo 141, inciso 1°).

b) Los muebles que guarnecen al inmueble indicado en la letra anterior (artículo 141, inciso 1°).

c) Los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia (artículo 146).

²⁰⁴ TOMASELLO H., LESLIE, *El régimen de participación en los gananciales*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1994, p. 131.

²⁰⁵ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares* y..., obra citada, p. 107.

²⁰⁶ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo II, N° 457, p. 352.



937. Forma de afectación de los bienes. La afectación se produce por resolución judicial en los casos de los bienes corporales, sea el inmueble o los muebles, en tanto que basta una declaración unilateral de cualquiera de los cónyuges contenida por escritura pública en el caso de los derechos sociales o acciones. Tal disparidad de criterios no tiene otro origen que una falta de coordinación legislativa al cambiar el criterio acerca del procedimiento de afectación de los inmuebles y omitir ajustar la norma que rige la tercera hipótesis mencionada.²⁰⁷

938. Efectos de la afectación. Los efectos de la afectación dicen relación con limitaciones a la gestión del bien familiar –que son las que a nosotros nos interesan aquí–, la constitución de derechos legales de goce y la existencia de un especial beneficio de excusión que busca priorizar la ejecución de los pasivos en bienes que no sean los declarados familiares.

939. Limitaciones a la gestión de los bienes familiares. La declaración de bien familiar no afecta el dominio del cónyuge propietario del mismo, pero da lugar a una serie de restricciones a las facultades de administración y disposición.

En efecto, conforme al artículo 142 del Código Civil, el cónyuge propietario no puede realizar por sí solo ninguno de los siguientes actos:

- Enajenar o gravar voluntariamente el bien familiar.
- Prometer enajenar o gravar el bien familiar.
- Celebrar contratos de arrendamiento, comodato “o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar”.

– Tratándose de los derechos sociales o acciones, el titular no puede realizar por sí mismo ningún “acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar” (artículo 146). La norma es a este respecto sumamente vaga, pues debe tenerse en cuenta que, en rigor, el bien familiar son los mismos derechos y acciones, de modo que bien puede entenderse que se estarían afectando, en realidad, todos los actos del cónyuge como socio o accionista. En cambio, si la referencia el legislador ha querido hacerla –en una interpretación finalista de la norma y menos apegada a su inadecuado tenor literal– al bien inmueble o muebles que lo guarnecen indicados más arriba, el alcance de la protección sería bastante más restringido. Así, comprendería la adopción de acuerdos de socios o accionistas que tengan por objeto aprobar un acto de disposición o administración del bien; aunque por lo general buena parte de tales decisiones se encuentran confiadas a órganos de administración que no necesariamente condicionan su actuar a “actos de los socios o accionistas”. Por esa razón, nos parece que la actuación del cónyuge propietario como órgano administrador, representante legal o simple apoderado de la sociedad, aunque se refiera a los bienes que interesan al estatuto que comentamos, no estaría

²⁰⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares* y..., obra citada, p. 61.

sujeta a estas limitaciones; con la excepción, clara a nuestro entender, en que la función de administrador de la sociedad –de personas a este efecto– le correspondiese precisamente en virtud de su calidad de socio. Por otro lado, también cabría entender que los actos de disposición sobre los derechos sociales o acciones mismas estarían afectos a la limitación que comentamos,²⁰⁸ pues mediante su enajenación se compromete el destino no sólo de los derechos como socio o accionista –que en estricto rigor son los bienes familiares en estos supuestos– sino de la relación patrimonial que –al menos indirectamente– existe en estos casos con el inmueble que sirve de residencia principal de la familia o los muebles que lo guarnecen y que pertenecen a la sociedad respectiva.

Acerca del problema expuesto en el párrafo anterior, y en armonía con lo que hemos sostenido, Corral plantea que “la única posibilidad de salvar la norma del absurdo es suponer que cuando ella se refiere al ‘bien familiar’ no lo hace en sentido propio, sino que se refiere, con expresión no técnica, al inmueble que sirve de residencia de la familia. Aun así la disposición dará lugar a muchas dificultades a la hora de precisar qué actos que se refieren al inmueble son realizados por uno de los cónyuges ‘como socio o accionista’. ¿Qué sucederá, por ejemplo, si el cónyuge es socio administrador de una sociedad de responsabilidad limitada y en uso de sus facultades enajena o da en arrendamiento el inmueble que sirve de residencia principal de la familia? Parece que en este caso no se actúa como socio y por tanto procedería que actuara sin el consentimiento de su consorte. En cambio, lo contrario debe decirse respecto al accionista de una sociedad anónima que vota en una asamblea a favor de hipotecar los inmuebles de la sociedad, incluyendo el que sirve de residencia familiar; aquí actúa como accionista y se requerirá el consentimiento del cónyuge no propietario”.²⁰⁹

940. Autorización del cónyuge no propietario. De acuerdo con el artículo 142 del Código Civil, la autorización del cónyuge no propietario debe ser específica y, al igual que en el caso del artículo 1749, puede prestarse:

a) En forma expresa, mediante una autorización específica y otorgada por escrito o por escritura pública si el acto exigiera esa solemnidad. Se hace notar que la exigencia de que la autorización sea “específica”, con lo que la norma se homologa a la disposición del artículo 1749 del Código, fue omitida por el legislador al dictar la Ley N° 19.335, y fue incorporada posteriormente al texto del Código Civil por el DFL N° 1 de 1996.

b) En forma tácita, interviniendo el cónyuge no propietario expresa y directamente de cualquier modo en el acto. También en este caso el DFL N° 1 de 1996 incorporó la expresión de “cualquier modo” omitida por el legislador.

c) Por medio de mandato especial, por escrito o escritura pública, según el caso.

²⁰⁸ Este autor aporta antecedentes de la historia legislativa en este sentido, en RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo II, N° 468, p. 365.

²⁰⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares* y..., obra citada, p. 65.

941. Autorización judicial supletoria. Según el artículo 144 del Código Civil, “en los casos del artículo 142, la voluntad del cónyuge no propietario de un bien familiar podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia”.

De conformidad a la reforma introducida en la Ley sobre Tribunales de Familia, el juez resolverá previa audiencia a la que será citado el cónyuge, en caso de negativa de éste.

En base al tenor literal de la norma transcrita más arriba –en concreto, su referencia expresa al artículo 142–, el profesor Ramos Pazos sugiere que la autorización judicial subsidiaria no procede cuando se trata de los actos como socio o accionista a que se refiere el artículo 146, sin perjuicio de apuntar la opinión aparentemente divergente de Tomasello. En esta cuestión se pone nuevamente de manifiesto la falta de concordancia de las disposiciones aprobadas en el trámite legislativo.²¹⁰

942. Sanción en caso de falta de autorización. La realización de un acto en infracción de las normas precedentes se encuentra sancionada con la nulidad relativa, establecida en beneficio del cónyuge no propietario, conforme lo establece el artículo 143 del Código Civil.

Al igual que Corral, Tomasello estima que en lo demás se aplican las normas generales en materia de nulidad relativa.²¹¹

A la misma conclusión de la sanción de nulidad relativa ha de llegarse en caso de contravención al requisito impuesto por el artículo 146 –caso de los derechos o acciones en sociedades– por aplicación de las reglas generales de este instituto conforme apunta Ramos.²¹²

943. Cómputo del cuadrienio. Respecto del cómputo del cuadrienio para pedir la nulidad existe divergencia entre los autores. Así, René Ramos, Hernán Corral y Claudia Schmidt, por aplicación de reglas generales, consideran que éste debiera contarse desde la fecha de la celebración del acto.²¹³ En cambio, para Eduardo Court el plazo correría desde la fecha en que el cónyuge que tiene derecho a alegar la nulidad tomó conocimiento del acto respectivo, aplicando por analogía la norma del artículo 4º de la misma Ley Nº 19.335 –hoy día artículo 1792-4 del Código Civil– que nosotros comentamos en el Nº 934 precedente.²¹⁴ Por nuestra parte y considerando el carácter claramente excepcional de la solución dada por el actual artículo 1792-4 –según se comentó en su oportunidad– y que de alguna manera puede explicarse en el contexto del régimen de participación en los gananciales,

²¹⁰ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo II, Nº 471, p. 367.

²¹¹ TOMASELLO H., LESLIE, obra citada, p. 155. Véase CORRAL, TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares*, obra citada, p. 67.

²¹² RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo II, Nº 471, p. 369.

²¹³ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo II, Nº 472, p. 368, CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares y...*, obra citada, p. 68.

²¹⁴ COURT MURASSO, EDUARDO, “Los Bienes Familiares en el Código Civil”, en *Cuadernos Jurídicos*, Universidad Adolfo Ibáñez, Nº 2, Viña del Mar, p. 28.

adherimos a la doctrina de la mayoría. A diferencia de los actos cubiertos por el artículo 142, que afectan de manera más o menos directa al bien familiar –usualmente un bien raíz inscrito–, con el cual es presumible que el cónyuge no propietario mantiene una estrecha relación, en el caso de constitución de garantías personales en el régimen de participación en los gananciales es fácilmente presumible que los actos puedan pasar inadvertidos al titular de la acción de nulidad, y de ahí que –en esa situación y no en la que interesa acá– cobre algún grado de justificación la subordinación del transcurso del plazo al conocimiento del acto o contrato respectivo.

944. Situación de los terceros adquirentes frente a la restitución del bien.

En lo relativo a los efectos de la rescisión frente a terceros adquirentes, el artículo 143 del Código Civil previene en su inciso segundo que “los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine”. El profesor Hernán Corral hace notar la precaria situación en que quedan los intereses de estos terceros adquirentes, de no interpretarse la ley en el sentido que aquéllos estarían de mala fe desde el momento en que la afectación conste en el Registro Conservatorio;²¹⁵ interpretación con la cual concordamos en base a la adecuada interpretación sistemática, tanto de las normas sobre bienes familiares como en general todas las que rigen la oponibilidad frente a terceros de gravámenes y prohibiciones sobre bienes raíces, sin perjuicio de excepciones notables como la de las servidumbres, merecedora de una expresa mención en el Mensaje del Código.

En cuanto al caso de los bienes muebles, coincidimos con el autor citado y con Ramos en cuanto a que mantiene su plena aplicación la presunción legal de buena fe, que es la regla general.²¹⁶

945. Los bienes familiares y el régimen patrimonial del matrimonio. Como es fácil apreciar, la institución de los bienes familiares puede operar como un útil y perfectamente armónico complemento de los regímenes matrimoniales de participación en los gananciales y separación total de bienes. Sin embargo, esta institución puede también operar como complemento del régimen de sociedad conyugal. En este último caso, no se presentan problemas en las situaciones en que el bien afectado sea un bien propio del marido o incluso un bien del patrimonio reservado o separado de la mujer, casos en los cuales el estatuto de los bienes familiares operará como única limitación a la gestión de tales bienes. Sin embargo, en los demás casos, en que se declare familiar un bien social o incluso un bien propio de la mujer (para mencionar los supuestos previsibles en caso de administración ordinaria ejercida por el marido), se pueden plantear diversas hipótesis de concurrencia de normas restrictivas no necesariamente homólogas, derivadas, por un lado, de la institución de los bienes familiares, y por el otro, de

²¹⁵ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares* y..., obra citada, pp. 68 y ss.

²¹⁶ RAMOS PAZOS, RENÉ, obra citada, tomo II, N° 473, p. 368, CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares* y..., obra citada, p. 69.

las restricciones vistas más atrás en materia de gestión de bienes sociales y bienes propios de la mujer.

Es lo que ocurre en los casos de donación de bienes sociales, en que la voluntad negativa de la mujer no puede ser suplida desde la perspectiva de las normas que rigen a la sociedad conyugal; el arrendamiento no autorizado, que el artículo 143 sanciona con nulidad, en contraste con la inoponibilidad del arrendamiento por largo tiempo de bienes sociales o propios de la mujer; o con los fundamentos exigidos según los casos para la procedencia de la autorización judicial supletoria.

En opinión de Hernán Corral, “el principio de especialidad debería llevarnos a optar por la interpretación que considera la aplicación de las normas que deben ser consideradas especiales, esto es, aquellas propias del régimen de sociedad conyugal, por sobre aquellas relativas a los bienes familiares, que se aplican a todos los matrimonios, y que por lo mismo han de ser calificadas de generales”.²¹⁷

Por nuestra parte, no compartimos la doctrina expuesta en el párrafo anterior. Propugnamos más bien una interpretación finalista y sistemática, que satisfaga la aplicación de ambos órdenes de normas, las que tienen un evidente sentido protector que es fácil armonizar. Por lo demás, privilegiar la aplicación de las normas de la sociedad conyugal conduciría a dejar a este respecto sin aplicación las normas en ciertos casos más rigurosas asociadas a la protección de determinados bienes familiares, a las cuales los cónyuges legítimamente han podido optar en un momento que –casi sin excepciones– será posterior al inicio de la sociedad conyugal. Por consiguiente, concurriendo ambos órdenes de limitaciones, deberá primar el efecto de la más restrictiva. Así, jamás podrá en forma válida autorizar judicialmente la donación de bienes sociales en caso de negativa de la mujer; y el arrendamiento no autorizado de un bien familiar estará siempre expuesto a ser rescindido, de conformidad al artículo 143.

§ V. ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN POR LA MUJER DE ASIGNACIONES Y DONACIONES DEFERIDAS AL MARIDO (SUPRIMIDO)

946. Aceptación de asignaciones y donaciones. (Suprimido.)

947. Repudiaciones y distinciones al respecto. (Suprimido.)

§ VI. ACTOS RELATIVOS A LA PARTICIÓN DE BIENES EN QUE INTERVIENE LA MUJER COMO CURADORA DE SU MARIDO O DE SUS BIENES. (SUPRIMIDO.)

948. Provocación al juicio de partición. (Suprimido.)

949. Nombramiento del partidor. (Suprimido.)

950. Aprobación de la partición. (Suprimido.)

²¹⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Bienes Familiares y...*, obra citada, p. 72.

§ VII. CASOS EN QUE LA OMISIÓN DE LA AUTORIZACIÓN
DE LA JUSITICIA NO ACARREA LA NULIDAD RELATIVA DEL ACTO
(SUPRIMIDO)

951. Enumeración. (Suprimido.)

952. Situación excepcional de la enajenación o gravamen de bienes raíces de la mujer. (Suprimido.)

SECCIÓN 4ª

*ACTOS DE LOS DISIPADORES SOMETIDOS
A INTERDICCIÓN (SUPRIMIDO)*

953. Noción de la disipación o prodigalidad. Véase N° 886.

954. Naturaleza de la incapacidad proveniente de la prodigalidad. Véase N° 887.

955. La incapacidad proviene exclusivamente de la interdicción del disipador. Véase N° 888.

956. Publicidad. Véase N° 889.

957. Formas en que puede actuar el pródigo sometido a interdicción. Véase N° 890.

958. Rehabilitación del disipador. Véase N° 891.

SECCIÓN 5ª

*ACTOS DE LOS CURADORES DE BIENES
(SUPRIMIDO)*

959. Naturaleza y objeto de las curadurías de bienes. Véase N° 892.

960. Casos en que proceden estas guardas. Véase N° 893.

961. Reglas aplicables a los curadores de bienes. Véase N° 894.

962. Limitaciones adicionales establecidas para la administración de los curadores de bienes. Véase N° 895.

963. Autorización de la justicia. Véase N° 896.

964. Casos en que se entiende faltar la autorización del juez. Véase N° 897.



QUINTA CAUSAL

INCAPACIDADES ESPECIALES PARA EJECUTAR CIERTOS ACTOS

965. Son aquellas cuya inobservancia produce nulidad relativa. Según vimos al tratar de las incapacidades especiales a que se refiere el inciso final del artículo 1447 del Código Civil (N^{os} 510 y ss.), hay algunas de ellas que no constituyen una prohibición absoluta de ejecutar el acto, sino que condicionan su celebración al cumplimiento de determinados requisitos o formalidades, establecidas, por lo general, en consideración al estado o calidad de la persona que interviene en él, o en cuyo nombre se lleva a efecto.

Por consiguiente, la omisión de tales requisitos, es decir, la ejecución del acto sin el cumplimiento de las formalidades que la ley establece, produce la nulidad relativa del mismo, de acuerdo con las reglas generales.

Esta clase de incapacidad particular dice relación, por lo general, con actos que una persona ejecuta a nombre de otra, o que van a afectar a una persona que no intervino en la celebración del acto o contrato, y que, para que sean eficaces, la ley exige la concurrencia de la voluntad de ésta, como medio de evitar la nulidad. La voluntad de esta persona es, pues, un verdadero requisito de validez.

966. Incapacidad especial que, a pesar de ser subsanable mediante el cumplimiento de cierta formalidad, produce nulidad absoluta. El Código Civil, en el artículo 1797, contempla una incapacidad especial para vender, la cual, no obstante ser subsanable mediante la autorización competente, por cuyo motivo debiera dar origen a una nulidad relativa, produce, sin embargo, nulidad absoluta.

Se trata de la venta, por parte de los administradores de establecimientos públicos, de los bienes que administran y cuya enajenación no está comprendida en sus facultades administrativas ordinarias.

Este caso es, en realidad, el de un mandatario que excede sus facultades; pero como tales actos dicen relación con funcionarios públicos, cuyas atribuciones están regidas por el Derecho Público, es menester aplicar otros principios. De aquí resulta que la venta efectuada en las condiciones señaladas es nula absolutamente, porque se trata de un acto que contraviene al Derecho Público chileno, por lo cual adolece de objeto ilícito (artículos 1462 y 1682 del Código Civil). Nos remitimos a lo dicho sobre esta materia al tratar de las causas de nulidad absoluta.²¹⁸

966 bis. Caso en que la mujer casada en sociedad conyugal interviene en la administración de sus bienes propios contraviniendo el artículo 1754. Como se comentó en el número 536 bis, la doctrina prevaleciente en este momento sostiene que la sanción aplicable en este caso es la nulidad abso-

²¹⁸ Véanse N^{os} 145, 146, 147, 148 y 149.

luta. Sin embargo, estimamos que este planteamiento es controvertible, por las razones dadas en ese numeral.

Título I

INCAPACIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES PARA CELEBRAR ACTOS O CONTRATOS CON EL PUPILO, O EN QUE TENGAN INTERÉS ELLOS, SUS PARIENTES O SOCIOS DE COMERCIO

§ I. OBJETO Y EXTENSIÓN DE ESTA INCAPACIDAD

967. Objeto. La prohibición establecida en el artículo 412 del Código Civil, y a la cual nos hemos referido en diversas oportunidades, está basada en razones de moralidad y en el propósito de proteger el patrimonio del pupilo, porque si la celebración de tales actos estuviera permitida, el tutor o curador estaría en condiciones de abusar de su posición para enriquecerse a costa de aquél.

968. Extensión en cuanto a las personas. Esta incapacidad especial se extiende al tutor o curador, a sus socios de comercio y a los parientes que señala el artículo 412, y que son: su cónyuge, cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de sus hermanos y de sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive.

969. Extensión en cuanto a los actos que comprende. La incapacidad en estudio se extiende a todo acto o contrato en que directa o indirectamente tengan interés las personas antes nombradas, cualquiera que sea su naturaleza. Sin embargo, la compra de bienes raíces del pupilo, por parte del tutor o curador, o de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes, está prohibida en absoluto: no puede hacerse ni aun con autorización judicial. Lo mismo se aplica al arrendamiento de los inmuebles del pupilo por parte de las mismas personas.

970. Actos entre guardador y pupilo contemplados especialmente en el Código Civil. A pesar de los términos generales que emplea el artículo 412, y que comprende toda clase de actos jurídicos, el artículo 410 se refiere especialmente a dos. Dice este precepto: “El tutor o curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho a beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza; mas para ello deberá ser autorizado por los otros tutores o curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, o por el juez en subsidio. Si el pupilo le fuere deudor de alguna especie, raíz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores generales, o por el juez en subsidio”.

Como las reglas del artículo 410 son sustancialmente idénticas a la que contiene el artículo 412, es aplicable a los casos en que aquél contempla todo cuanto digamos respecto de éste.



§ II. FORMA DE SUBSANAR LA INCAPACIDAD ESPECIAL

971. La prohibición del artículo 412 no es absoluta. La prohibición a que estamos haciendo referencia no es absoluta, porque el mismo artículo 412 señala la manera de subsanar la incapacidad especial que afecta al tutor o curador, a sus parientes y a sus socios de comercio; de modo que no se trata de una disposición prohibitiva, sino imperativa, que ordena que se cumpla con ciertos requisitos al celebrarse un acto entre personas determinadas.

972. Forma de subsanar la incapacidad. La forma de subsanar la incapacidad de los tutores y curadores para celebrar actos y contratos con el pupilo está señalada en el artículo 412, y consiste, según hemos visto, en la autorización de los otros tutores y curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o del juez en subsidio.

En consecuencia, para la validez de los actos entre guardador y pupilo, se exige indistintamente la autorización de los demás tutores o curadores, o, a falta de éstos, la del juez; no es necesario requerir ambas a la vez: cualquiera de ellas sirve para el objeto.

La autorización del juez es subsidiaria a la de los demás guardadores, de modo que la de éstos debe requerirse en primer término. Sólo cuando ellos estén implicados de la misma manera, o estén imposibilitados de otorgarla, o no haya otros tutores o curadores, debe recurrirse a la justicia ordinaria. Éste es el significado de lo dispuesto en el artículo 412, según el cual la autorización del juez se concede en subsidio de la de los demás tutores o curadores. Por lo tanto, habiendo más de un guardador, es legalmente obligatorio dirigirse al otro guardador en primer lugar para obtener su autorización; y sólo cuando no sea posible obtenerla de él, deberá recurrirse a la justicia.

Por excepción, se requieren ambas autorizaciones cuando el guardador compra los bienes muebles preciosos del pupilo o que tengan valor de afectación para éste, porque entonces rige lo dispuesto en el artículo 393 del Código Civil, que exige que la justicia autorice la enajenación de tales bienes.

973. Los actos entre el guardador, sus parientes o socios de comercio y el pupilo son, por lo general, permitidos. De lo dicho se infiere que los actos entre guardador y pupilo, incluyendo la compra por aquél de bienes muebles de éste, son permitidos, siempre que se hagan con los requisitos legales. En cambio, la compra o el arrendamiento de los inmuebles del pupilo por el guardador es prohibida en toda forma. Y aun la compra y el arrendamiento de estos inmuebles es posible por parte de los socios de comercio del guardador, y por otra persona que no sea su cónyuge o sus ascendientes o descendientes, porque éstas son las únicas a las cuales se extiende la prohibición del inciso 2º del artículo 412. Pero esa compra deberá conformarse siempre a lo dispuesto en el inciso 1º del citado artículo, porque es una disposición general aplicable a todos los casos en que el pupilo celebre un acto o contrato con las personas señaladas en ella. Por socio de comercio,

según Arturo Alessandri Rodríguez,²¹⁹ no se entiende solamente el socio en una sociedad colectiva o en comandita, sino todo aquel que trabaja en unión con el tutor o curador, su compañero de negocios, aun cuando entre ellos no exista un contrato de sociedad.

El acto deberá, pues, ser autorizado por los tutores o curadores que no estén implicados, si los hay, o por la justicia en subsidio, y si se trata de actos en que la autorización judicial es necesaria en todo caso por otro motivo, las personas que contraten con el pupilo y que se hallen en el caso del artículo 412, deberán obtener la autorización de los demás guardadores y, además, la del juez.

974. Caso en que no haya otros tutores o curadores. ¿Qué ocurre si no hay otros tutores o curadores? ¿Es preciso obtener una autorización del juez que supla la de los guardadores que faltan y otra en que el juez autorice el acto por su cuenta?

Creemos que no; por lo tanto, si una de las personas enumeradas en el inciso 1º del artículo 412 celebra un acto o contrato con el pupilo para el cual la ley exige autorización judicial²²⁰ y no hay otros tutores o curadores que estén en situación de permitir el acto, bastará una sola autorización judicial que aluda a ambas circunstancias, porque en los dos casos ésta tiene un único objeto: facultar la celebración del acto o contrato. Si la autorización judicial que se exige para un determinado acto está condicionada a circunstancias especiales, tales como la necesidad o la utilidad u otras, para que sea eficaz, debe reunir todas las que prescribe la ley; de lo contrario, el acto estaría viciado de nulidad relativa.

§ III. ÁMBITO DEL ARTÍCULO 412 DEL CÓDIGO CIVIL

975. Principio. El artículo 412 del Código Civil se aplica, por lo general, a toda clase de convenciones en que tutor o curador y pupilo son partes y tienen intereses contrapuestos, sean o no contratos, pues la ley no ha señalado limitación alguna.

976. Situación que se da en la partición de bienes. En materia de partición de bienes la jurisprudencia ha sido vacilante. Así, la Corte Suprema ha limitado en cierto modo el alcance de ese precepto, al declarar que “el artículo 412 del Código Civil, que prohíbe a los guardadores ejecutar o celebrar acto o contrato alguno en que directa o indirectamente tenga interés el pupilo, no tiene aplicación al caso en que el curador interviene en la partición de los bienes en que él como el pupilo son interesados, principalmente porque esa disposición se refiere a los contratos que pueda celebrar el curador con respecto al haber de un pupilo y, enseguida, porque al adjudicarse a

²¹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo I, N° 502, p. 537.

²²⁰ Véase N° 880.



un coasignatario la cosa común o parte de ella, no se produce enajenación, ya que, según el artículo 1344 del mismo Código, cada heredero se reputa haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en el dominio de lo que le hubiere cabido en el juicio divisorio, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. En el supuesto que las distribuciones que los herederos hacen en la escritura de partición importaran un acto o contrato en que los intereses del curador se relacionaran directa o indirectamente con los del pupilo, la intervención del curador especial que aceptó y ratificó lo hecho y la aprobación judicial darían cumplimiento al requisito que exige la parte final del inciso 1º del artículo 412 del Código Civil, esto es, la autorización para el acto o contrato de otro curador no implicado o del juez en subsidio, y en tal forma aparecería llenada esa ritualidad”.²²¹

Manuel Somarriva no comparte las conclusiones del fallo citado, y sostiene que en los casos en que el incapaz y su representante legal tienen interés en la partición por ser ambos comuneros “no podría comparecer en la partición el padre o madre de familia por sí y en representación de sus hijos, sino que a éstos habría que designarles un curador especial, ya que entre ambos hay intereses controvertidos en la liquidación de la sociedad conyugal”.²²² Este autor reconoce que la jurisprudencia no es unánime a este respecto, mencionando, entre otros, el fallo citado en el párrafo precedente. A juicio de Somarriva, “las vacilaciones de la jurisprudencia obedecen a que no se enfoca bien el problema. Si en la partición actúa el representante en su doble carácter de parte y como representante del incapaz, jurídicamente no hay nulidad de lo actuado, sino una inoponibilidad por falta de concurrencia, ya que el incapaz no estuvo legalmente representado, y la inoponibilidad es susceptible de ratificarse”.

Añade el autor citado que “para que se produzca la nulidad –o mejor dicho la inoponibilidad– es necesario que haya intereses controvertidos entre el representante y el representado. Por eso la Corte Suprema, con justa razón, declaró que si en una herencia el padre era heredero del causante, y un hijo de aquél era legatario de los derechos que pertenecían al causante en una comunidad formada con personas extrañas a la herencia, el padre podía representar al hijo en la liquidación de esta comunidad”.²²³

§ IV. SANCIÓN APLICABLE A LOS ACTOS EJECUTADOS EN CONTRAVENCIÓN A ESTA INCAPACIDAD ESPECIAL

977. La sanción es la nulidad relativa. Si el acto o contrato entre el pupilo y el tutor o curador, su cónyuge, algunos de sus parientes que señala el inciso 1º del artículo 412, o su socio de comercio, se celebra sin obtenerse la autorización de los demás guardadores no implicados, si los hay, o de la justicia en subsidio, el acto o contrato es nulo relativamente, por haberse

²²¹ *Revista*, tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, p. 492.

²²² SOMARRIVA U., MANUEL, *Indivisión y Partición*, obra citada, 5ª edición, p. 269.

²²³ Misma cita anterior, p. 270.

omitido un requisito que la ley exige para su validez en consideración al estado o calidad de las personas que lo ejecutan o acuerdan (artículo 1682 del Código Civil).

Lo mismo sucede si la autorización que debieron prestar los guardadores no se pide antes de recurrir a la justicia ordinaria, porque el Código Civil ha establecido la autorización judicial en forma subsidiaria, es decir, para el caso en que no se pueda obtener la de los otros guardadores.

Y si los tutores o curadores niegan su autorización, el acto no se puede llevar a cabo, aun cuando el juez lo autorice, porque esta autorización, siendo subsidiaria, debe otorgarse cuando los demás guardadores *no puedan* otorgarla, no cuando *no quieran*. Si, a pesar de ello, el acto se ejecuta, es nulo relativamente por falta de autorización.

978. Doctrina que estima que la sanción es la nulidad absoluta. Nuestra opinión de que la infracción del artículo 412 produce nulidad relativa está en desacuerdo con la de Arturo Alessandri Rodríguez, quien sostiene que es necesario coordinar este precepto con el artículo 240 del Código Penal, que pena al tutor o curador que se interese directa o indirectamente en algún contrato relativo a los bienes del pupilo, o sea, cuando contraviene al artículo 412. En tal caso, el guardador estaría cometiendo un acto penado por la ley, un delito. Agrega que “el artículo 10 del Código Civil dice que los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, y como, según el artículo 1466 de ese Código, hay en ello un objeto ilícito que acarrea su nulidad absoluta en virtud del artículo 1682, es indudable que si aquél adquiere los bienes muebles del pupilo sin la autorización de los demás tutores o curadores generales no implicados o del juez en subsidio, ejecuta un acto que es nulo absolutamente”.

“De lo expuesto se desprende que, aun cuando el precepto del artículo 412 ha sido establecido en beneficio del pupilo, ha tenido por objeto impedir el fraude y el desprestigio del cargo de tutor o curador, por lo que el legislador, al sancionarlo con penas, le ha dado el carácter de ley de orden público”.

“Debe quedar bien establecido que si la infracción del artículo 412, que por lo que a los bienes muebles se refiere, no estuviera penada por la ley, produciría nulidad relativa, desde que ha sido establecida en beneficio único y exclusivo de un incapaz. Pero como el Código Penal la castigó, hizo de ella una ley de orden público, cuya contravención vicia el acto de nulidad absoluta”.²²⁴

979. Crítica a esta doctrina. Disentimos de esta doctrina. Creemos que el hecho de estar penada por el Código Penal la actuación del tutor o curador que celebra un acto o contrato con su pupilo sin la correspondiente autorización no altera en modo alguno el carácter de la norma civil. En efecto, no porque el artículo 240 del Código Penal castiga al guardador, el artículo 412 del Código Civil deja de ser una ley imperativa, que tiene su sanción civil propia.

²²⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo I, N° 517, p. 548.



Es unánime la aceptación del concepto de ley prohibitiva: una disposición que prohíbe la ejecución de un acto *en forma absoluta*. En cambio, una ley que ordena que, al celebrar un acto, se cumplan ciertos y determinados requisitos, es imperativa, porque *permite* la ejecución del acto mediante el cumplimiento de esos requisitos.

El artículo 412, inciso 1º, es una norma imperativa, porque autoriza los actos entre guardador y pupilo, eso sí que condicionados al cumplimiento de un requisito; no prohíbe su celebración, sino que la permite expresamente. En consecuencia, es una ley imperativa, desde cualquier punto de vista que se la mire, y el carácter de la sanción dependerá de la razón que haya tenido el legislador para establecer el requisito; en este caso, es el estado o calidad de la persona que interviene en el acto o contrato, por lo cual la sanción es la nulidad relativa.

El artículo 412 del Código Civil no pierde ese carácter por el hecho de que el artículo 240 del Código Penal castigue con penas especiales al tutor o curador que se “interesare” en negocios del pupilo, pues la ley penal en nada ha modificado a la ley civil en lo concerniente a la legalidad de los actos entre guardador y pupilo.

Ante el Código Penal, el artículo 412 conserva todo su valor y eficacia, y rige sin limitación alguna; en cuanto a la sanción que acarrea su infracción, se aplican las reglas generales sobre nulidad civil y éstas, según hemos visto, conducen a establecer que el castigo civil que corresponde a la infracción del artículo 412 por parte del tutor o curador es la nulidad relativa.

Hay algo más todavía. Si el guardador obra sin autorización, el acto es nulo relativamente; y en este caso, la ley penal puede tener aplicación, porque se trata de un acto ilícito, que cae dentro del marco de lo criminal. Pero ¿qué es lo ilícito? Sin duda alguna, la circunstancia de haber obrado el guardador sin la correspondiente autorización. Es esto lo que castiga el Código Penal, pero no la celebración misma del acto, porque éste es permitido, ya que el inciso 1º del artículo 412 del Código Civil se pone en el caso de que se realice y regula su celebración. Así lo reconoce Arturo Alessandri, al expresar que “como el artículo 412 del Código Civil faculta al tutor o curador para celebrar contratos con el pupilo que pueden afectar los bienes de éste, es indudable que lo que la ley castiga en tales casos es la omisión de los requisitos que se exigen para celebrarlos y no su celebración misma. Lo penado es su celebración sin cumplir con las formalidades legales”.²²⁵

En consecuencia, no se trata de una prohibición que afecte al guardador para tomar interés, mediante actos o contratos, en los bienes del pupilo; lo que se prohíbe es que ellos se celebren sin la debida autorización. En esto está lo ilícito y lo que sancionan tanto la ley penal como la civil. En otras palabras, no es el acto el reprochable, sino el hecho de haber actuado el tutor o curador sin la autorización que exige el Código Civil.

No vemos, pues, dónde pueda estar la prohibición que se supone habría establecido el artículo 240 del Código Penal, porque este artículo debe

²²⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo I, Nº 520, p. 551.

entenderse en relación con el artículo 412 del Código Civil, que permite expresamente la celebración de actos entre guardador y pupilo.

Además, el argumento de que el artículo 240 del Código Penal ha dado al artículo 412 del Código Civil el carácter de norma de orden público no es valedero, porque tal carácter lo ha tenido siempre. Si bien es cierto que ese precepto, aparentemente, está destinado a proteger los intereses particulares del pupilo, persigue también un fin de orden público general, porque propende a evitar los abusos del tutor o curador, y a que estos cargos se ejerzan honestamente.

980. Conclusión. Por todo lo dicho, creemos que la infracción del inciso 1º del artículo 412 del Código Civil está sancionada con la nulidad relativa, y que el artículo 240 del Código Penal, que pena al guardador infractor, no altera ese efecto.

De aquí resulta que sea cual fuere la persona, de las señaladas en el inciso 1º del artículo 412, que celebre el acto o contrato con el pupilo sin la debida autorización, la sanción será siempre la misma: la nulidad relativa del negocio jurídico.

No cabe hacer la distinción que realiza Alessandri Rodríguez, y que se basa en que el artículo 240 del Código Penal castiga únicamente al tutor o curador y no a las demás personas mencionadas en el artículo 412 del Código Civil, por cuyo motivo, mientras respecto de aquél la sanción sería la nulidad absoluta, respecto de éstas sería la nulidad relativa, porque el artículo 240 del Código Penal sanciona al tutor o curador, sea que él mismo tome interés en el contrato, sea que diere interés en él a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive. De modo que el castigado criminalmente es siempre el guardador y no la persona que ejecuta el acto (artículo 240, inciso 3º del Código Penal).

En resumen, la sanción que lleva consigo el acto o contrato celebrado entre el tutor o el curador y su pupilo sin la correspondiente autorización es la nulidad relativa, no obstante la penalidad que establece el artículo 240 del Código Penal, porque se habría omitido un requisito prescrito por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que lo ejecutan o celebran, o sea, una formalidad habilitante necesaria para subsanar la incapacidad especial que afecta al guardador para celebrar actos con su pupilo. Nuestra opinión está corroborada por la Corte Suprema, quien declaró: “La infracción a los artículos 396, 1322 y 412 del Código Civil, fundada en faltar la autorización judicial o la de otros curadores para proceder a la división de los bienes raíces o hereditarios que el pupilo posee con otro proindiviso o para celebrar un acto o contrato en que directa o indirectamente tiene interés el pupilo, importa la omisión de requisitos establecidos en atención a la calidad de las personas y no a la naturaleza misma del acto y sólo produce nulidad relativa”.²²⁶

²²⁶ *Revista*, tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, p. 241.



Título II

INCAPACIDAD ESPECIAL QUE AFECTA A LOS MANDATARIOS, SÍNDICOS Y ALBACEAS PARA COMPRAR DETERMINADAS COSAS

981. Regla aplicable. La incapacidad a que se refiere el presente título está contemplada en el artículo 1800 del Código Civil, que se remite al artículo 2144, que dice: “No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante”.

La incapacidad especial que establecen los preceptos citados se refieren a las personas que actúan a nombre de otras, y afectan: al *mandatario*, que no puede comprar para sí las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar (artículo 2144); al *síndico* de una quiebra, que no puede comprar los bienes del fallido que deba vender como tal síndico, y a el *albacea*, que tampoco puede comprar los bienes hereditarios que deba vender en virtud de su cargo (artículo 1800).

982. Diferente situación de los mandatarios, por una parte, de los síndicos y albaceas, por otra. Distinta es, pues, la situación del mandatario, por una parte, y la de los síndicos y albaceas, por otra, y ello debido a la diversa naturaleza del encargo que se les ha confiado.

El mandatario representa al mandante y actúa en su nombre y en el ejercicio de su cargo puede recibir tanto orden de comprar como de vender bienes; en consecuencia, puede producirse la doble situación de que el mandatario compre cosas que el mandante le ha encargado vender, o venda de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar.

En cambio, los síndicos y los albaceas sólo están encargados de vender cosas por cuenta del fallido y de la sucesión, respectivamente, y su misión no es comprar bienes. Al síndico, que “representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, y representa también los derechos del fallido en cuanto puedan interesar a la masa” (artículo 27 de la Ley de Quiebras), le corresponde, entre otras medidas, realizar los bienes de la quiebra y, en su carácter de tal no podría comprar los bienes del fallido. Por otra parte, a el albacea le incumbe realizar bienes de la sucesión para atender al pago de deudas hereditarias y testamentarias, bienes que en su carácter de albacea le está prohibido adquirir.

§ I. INCAPACIDAD DEL MANDATARIO

983. Extensión de esta incapacidad. A más de la incapacidad especial que afecta al mandatario para comprar y vender en los términos que indica el artículo 2144 del Código Civil, le afecta la que consagra el artículo 2145 del mismo Código, según el cual, facultado el mandatario para colocar

dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin autorización del mandante.

La incapacidad establecida por el citado artículo 2144 se refiere únicamente al contrato de compraventa. No rige con los demás contratos, aunque importen enajenación; las incapacidades son de derecho estricto. Y sólo cabe aplicarlas dentro de los términos en que están concebidas.

a) *Compra por el mandatario de bienes que el mandante le ha ordenado vender.* De aquí resulta que la incapacidad del mandatario para comprar los bienes del mandante sólo reza con aquellos de cuya venta ha sido encargado. Luego, si esos bienes se venden por el ministerio de otra persona o si el mandatario no ha sido encargado de venderlos, podrá comprarlos. En consecuencia, el incapaz de comprar dichos bienes es el mandatario que tiene el encargo de venderlos, no el que sólo está encargado de administrarlos.

Si hay varios mandatarios, es menester distinguir si deben obrar separada o conjuntamente. En el primer caso, la incapacidad sólo afectará a aquel o aquellos que vendan los bienes, no a los demás, que podrían comprarlos. En cambio, si deben obrar conjuntamente, ninguno de ellos podría comprarlos.

Como la ley no distingue, la prohibición en análisis alcanza al mandatario, sea que la venta se haga en pública subasta o privadamente; pero, una vez terminado el mandato, puesto que la incapacidad desaparece, el ex mandatario podrá comprar los bienes de cuya venta estuvo encargado.

La prohibición del artículo 2144 se extiende tanto a la compra que el mandatario haga directamente, por sí, como a la que efectúe por interpósita persona, es decir, mediante un testaferro o palo blanco. Pero si un tercero compra al mandatario las cosas de cuya venta lo encargó el mandante, y más tarde aquél compra, a su vez, a ese tercero esas mismas cosas, el contrato es válido, siempre, naturalmente, que dicho tercero no sea una interpósita persona, sino un comprador que, al comprar las cosas, lo hizo para sí y sin ninguna intención de revenderlas al mandatario.

b) *Venta por el mandatario al mandante de cosas propias cuando éste le ha ordenado comprar.* A la inversa, al mandatario le está prohibido vender al mandante cosas de su propiedad cuando éste le haya ordenado comprar. Para que rija esta prohibición, se exigen, pues, dos requisitos: 1º) que el mandato conferido sea para comprar; y 2º) que el mandatario encargado de ello venda al mandante sus propias cosas. Faltando alguno de ellos la venta es válida.

c) *Préstamo entre mandante y mandatario.* El artículo 2145 del Código Civil prohíbe al mandatario, encargado por su mandante de colocar dinero a interés, que lo tome prestado para sí; pero si hay varios mandatarios y es uno solo el encargado de colocar ese dinero, los otros podrían tomarlo en préstamo, porque la prohibición rige únicamente respecto del que ha sido facultado para colocar el dinero a interés, y no para los otros.

984. Forma de subsanar la incapacidad. La incapacidad especial que establecen los artículos 2144 y 2145 del Código Civil se subsana si el mandante aprueba la venta, la compra o el préstamo que haya hecho el mandatario. Tratándose del préstamo, la aprobación del mandante puede ser expresa o

tácita, pues la ley no ha señalado la forma de otorgarla. Pero, tratándose de la compraventa, debe ser expresa; así lo exige el artículo 2144 del Código Civil. Una aprobación tácita no bastaría. Como, por regla general, los actos se presumen válidos, será el que alegue la nulidad quien deberá probar que el mandatario celebró el contrato sin la aprobación del mandante.

985. Sanción. La sanción que lleva consigo la celebración de los citados contratos por parte del mandatario, sin la aprobación del mandante, es la nulidad relativa de ellos.

Para formular esta opinión, nos fundamos en que los artículos 1800, 2144 y 2145 del Código Civil no son prohibitivos, porque no prohíben la celebración de esos contratos en forma absoluta; por el contrario, la autorizan, siempre que se cumpla con el requisito legal correspondiente. Se trata, pues, de leyes imperativas, que ordenan el cumplimiento de ciertos requisitos para que el mandatario pueda celebrar dichos contratos.

Al referirnos a las diversas especies de leyes, dijimos que la ley imperativa que señalaba requisitos para la validez de un acto tenía, generalmente, como sanción la nulidad del acto ejecutado en contravención a ella, pero que la nulidad dependía del fundamento con que la ley había establecido el respectivo requisito. Así, la omisión de los requisitos exigidos en consideración a la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra, produce nulidad absoluta; en cambio, la de los requisitos que la ley exige en consideración al estado o calidad de las personas que ejecutan o acuerdan el acto, produce nulidad relativa.

La aprobación del mandante es, sin duda, de estos últimos, porque si la ley la hubiera exigido en consideración a la naturaleza misma del contrato de mandato, la habría exigido en todos, cualquiera que fuera su objeto. Dicha aprobación es, por tanto, exigida en consideración al estado o calidad de las personas, o sea, en atención al hecho de que quien compra o vende los bienes o quien toma dinero prestado es mandatario de quien los vende o compra, respectivamente, y de quien presta el dinero, porque si la persona que ejecuta el contrato no tuviere esa calidad de mandatario, la aprobación sería innecesaria. Prueba de ello es que sólo se la exige cuando el que interviene en el contrato es el mandatario y no cuando es otro quien lo celebra. Luego, de acuerdo con las normas generales contenidas en los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, la sanción de la falta de aprobación del mandante es la nulidad relativa.

Nuestra opinión concuerda con la de Arturo Alessandri Rodríguez, quien dice al respecto: “Yendo al motivo que autorizó esta prohibición, encontraremos también razones suficientes para convencernos de que esta nulidad no puede ser absoluta. La ley prohibió esta venta para proteger al mandante; sólo su interés tuvo en cuenta y de allí que permita celebrarla cuando éste la autorice. No se ha tratado de proteger el orden público ni las buenas costumbres. Esa ley es de interés privado y la violación de leyes de esta índole no acarrea la nulidad absoluta del acto”.²²⁷

²²⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo I, N° 552, p. 573. En el mismo sentido, CLARO SOLAR, LUIS, obra citada, tomo XI, N° 708, p. 46.

986. Jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado en el mismo sentido. Según ella, la infracción de los artículos 1800 y 2144 acarrea la nulidad relativa del acto. La doctrina que ella sienta es la siguiente: “De las definiciones que el artículo 1682 del Código Civil da de la nulidad absoluta y relativa, se desprende que en derecho civil se ha establecido la nulidad relativa como regla general en materia de nulidades, y la nulidad absoluta como la excepción y circunscrita esta última a los casos y situaciones taxativamente señalados en ese precepto”.

“La ley prohibitiva es en el derecho civil la que impide en absoluto la celebración de un contrato o la ejecución de un acto, de manera que él no puede pactarse en ninguna forma y las personas que se encuentran en las condiciones o circunstancias previstas por la ley no pueden realizarlo por motivo alguno, aunque llenen o cumplan determinados requisitos o formalidades, tales como la de donar bienes raíces del pupilo impuesta a los tutores y curadores, la de vender todos los bienes presentes y futuros, ya se venda el total o una cuota de ellos, etc., de que tratan los artículos 402 y 1811 del Código Civil, entre otros, y la naturaleza y alcance de la ley prohibitiva debe ser precisada en los términos expuestos, como quiera que es la nulidad absoluta la sanción que lleva envuelta el quebrantamiento de un precepto de ese carácter, y un contrato celebrado en esas condiciones adolece de objeto ilícito conforme al artículo 1466 del Código Civil”.

“Los artículos 1800 y 2144 del Código Civil no participan del carácter propio de las leyes prohibitivas ni reúnen las mencionadas condiciones, porque si bien es verdad que prescriben que los mandatarios, los síndicos de los concursos y los albaceas no podrán por sí ni por interpuesta persona comprar y vender las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, no es menos cierto que autorizan la celebración de tales actos con la aprobación expresa de los mandantes, acreedores y herederos o legatarios, o lo que es lo mismo, sólo se ha impuesto a ciertas personas una prohibición para celebrar ciertos actos, no en atención a la naturaleza de éstos, sino a la condición de tales personas, estableciendo, a su respecto, una incapacidad solamente relativa o particular, según los términos del inciso 4º del artículo 1447 del Código Civil, de manera que se permite la celebración de esos actos con sólo llenar los requisitos que la ley misma establece y que tienen por objeto satisfacer las precauciones que se quiso adoptar y que son la única razón de dichas prohibiciones o incapacidades particulares”.

“En consecuencia, no existe objeto ilícito en los contratos de compraventa celebrados con infracción de lo prescrito en los artículos 1800 y 2144 del Código Civil, ya que la infracción de estos preceptos sólo acarrea un vicio de los contemplados en el inciso 3º del artículo 1682 del Código Civil, porque se trataría únicamente de una omisión de los requisitos que la ley ha establecido, no en consideración al acto mismo, sino en atención a la calidad de las personas, a las cuales se ha impuesto cierta incapacidad particular y relativa a fin de precaver el fraude que dichas personas puedan cometer en perjuicio exclusivo de los mandantes, acreedores y fallidos de un concurso o quiebra, y de los herederos o legatarios de una sucesión, y por tanto, la nulidad que



acarrea esa infracción es relativa y prescribe en cuatro años contados desde la celebración del acto o contrato nulo”.

“Se corrobora esa conclusión con el hecho de no ser compatible con la nulidad absoluta la facultad que la ley acuerda a las personas que son objeto de su protección, de aprobar y ratificar los contratos de compraventa celebrados por los síndicos y mandatarios respecto de los bienes que tienen a su cargo o administran, ya que la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes”.²²⁸

La sentencia transcrita tiene una importancia fundamental en materia de incapacidades particulares: en primer lugar, señala con toda claridad la diferencia entre leyes propiamente prohibitivas e imperativas; en seguida, reconoce que hay ciertas incapacidades que constituyen prohibiciones absolutas de ejecutar un acto o contrato, en cuyo caso la sanción es la nulidad absoluta, y otras, que emanan de leyes imperativas, es decir, de disposiciones que exigen el cumplimiento de determinadas formalidades para que el acto o contrato sea eficaz, como son las del caso en estudio, y cuya sanción es, por lo general, la nulidad relativa. De aquí resulta que hay ciertas incapacidades especiales que están sancionadas con la nulidad absoluta, y otras, con la relativa.

Esta sentencia sienta un principio ya sustentado por nosotros al referirnos a esta materia entre las causales de nulidad absoluta:²²⁹ las incapacidades especiales o particulares, establecidas en el inciso final del artículo 1447 del Código Civil, no son sino prohibiciones especiales, que afectan a ciertas personas, que se encuentran en situaciones determinadas, por lo cual la ley ha creído conveniente negarles la facultad de ejecutar tales o cuales actos. Al prohibírseles ejecutar un acto o celebrar un contrato, es evidente que padecen de una incapacidad especial, que sólo se refiere al o a los actos específicamente señalados, y no a los demás, respecto de los cuales son plenamente capaces.

Por último, cabe consignar que esta tesis ha sido confirmada por la jurisprudencia reciente. Así la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo “que tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que la compraventa realizada en contravención al artículo 2144 del Código Civil es nula relativamente, pues no se trata de un acto prohibido por las leyes, sino permitido bajo ciertas condiciones que se exigen no en consideración a la naturaleza del mismo, sino a la calidad de mandante que inviste una de las partes, con el propósito de proteger sus intereses y en su beneficio, por lo que el vicio puede sanearse por la ratificación del mandante y puede ser alegado por éste y por sus herederos o cesionarios, según así se señala en los artículos 1682 y 1684 del Código Civil (Excma. Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 24, 2ª parte, sección 1ª, p. 93; Arturo Alesandri R.: “La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”, en misma *Revista*, tomo 28, sec. Derecho, N° 75, p. 49)”.²³⁰

²²⁸ *Revista*, tomo 36, 2ª parte, sec. 2ª, p. 33.

²²⁹ Véanse N°s 510 y ss.

²³⁰ *Revista*, tomo 86, 2ª parte, sec. 2ª, p. 78.

987. Tesis de la inoponibilidad. Hay quienes creen que la sanción de los actos ejecutados por un mandatario en contravención a la prohibición que establecen los artículos 2144 y 2145 del Código Civil no es la nulidad relativa de tales actos, sino su inoponibilidad respecto del mandante, es decir, esos actos no afectarían al mandante, no le empecerían.

Para sostener esta tesis, arguyen que se trata simplemente de casos en que el mandatario se extralimita en sus facultades, pues en ellas no está comprendida la de ejecutar esos actos sin el consentimiento del mandante; de acuerdo con las reglas que rigen la representación y sus efectos, los actos ejecutados fuera de la órbita del mandato son inoponibles al mandante, porque falta su voluntad de quedar obligado por ellos. En este sentido se ha pronunciado un fallo de la Corte Suprema, de fecha 9 de julio de 2001, desechando la doctrina del juez de primer grado que acogía nuestra tesis.²³¹

A nuestro parecer, esta opinión es equivocada, porque la violación de los artículos 2144 y 2145 del Código Civil no constituye una mera extralimitación de facultades por parte del mandatario, puesto que éste está facultado para vender y comprar y para colocar dinero a interés, sino la inobservancia de una norma imperativa, que condiciona la validez de un acto jurídico al cumplimiento de ciertas formalidades, en este caso, la aprobación del mandante.

Es preciso hacer una distinción clara entre la extralimitación de facultades y la infracción de los artículos señalados. En el primer caso, el mandatario obra fuera de los límites de su mandato, es decir, ejecuta actos para los cuales no tiene poder suficiente *por no habérselo otorgado* el mandante, el cual es libre para otorgárselo o no. Por lo tanto, el mandatario actúa más allá de lo que el mandante le ha autorizado ejecutar, sin que la ley intervenga para nada en ello. Se trata de una situación que no infringe ninguna norma legal, porque todo depende de la exclusiva voluntad del mandante, quien fija a su arbitrio las facultades del mandatario.

En cambio, en el caso en estudio, la aprobación del mandante está elevada a la categoría de requisito de validez de un acto jurídico, y, al no cumplirse con ella, se omite una formalidad exigida para la eficacia de aquél; más que eso, ésta infringe una disposición legal imperativa, infracción que siempre está sancionada con la nulidad, a menos que *expresamente* se señale otra sanción, lo que aquí no sucede. Por consiguiente, la contravención, por parte del mandatario, a lo dispuesto en los artículos 2144 y 2145 del Código Civil importa el desconocimiento de una norma imperativa, y no una simple extralimitación de facultades, porque en éstas, como hemos dicho, no se infringe ninguna ley, sino la voluntad del mandante, que, al otorgar el contrato de mandato, ha declarado implícitamente: “Yo me obligo a cumplir hasta tanto, o tales y cuales actos, y no más”.

En resumen, creemos que el Código Civil, al exigir en los artículos 2144 y 2145 la aprobación del mandante para actos que el mandatario ejecuta en beneficio propio, interviniendo en ellos en su doble carácter de parte

²³¹ Corte Suprema, Rol N° 259-00, 09/07/2001, disponible en LexisNexis: Jurisprudencia-On line.



directa y de representante del mandante, ha creado una formalidad destinada a subsanar la incapacidad especial de que adolece el mandatario para la ejecución de tales actos, que la ley mira con malos ojos, por ser un medio fácil de perjudicar el patrimonio de otro en beneficio propio. Se trata de una ley imperativa, que condiciona la validez del contrato a la observancia de una formalidad y cuya infracción, por estar exigida esa formalidad en atención a la calidad de mandante y mandatario que tienen las personas que resultarán afectadas por el contrato, produce nulidad relativa. La situación del mandatario podría compararse con la del tutor o curador: para que éste pueda contratar válidamente con su pupilo, debe ser autorizado por los demás guardadores, si los hay, o por el juez en subsidio; de lo contrario, el acto es nulo de nulidad relativa. Para que el mandatario pueda comprar y vender y tomar dinero en préstamo en los casos contemplados por los artículos 2144 y 2145, debe ser autorizado por su mandante.

La tesis que defendemos se ve corroborada por David Stitchkin en su obra *El Mandato Civil*, p. 305.

§ II. INCAPACIDAD DEL SÍNDICO

988. El síndico de una quiebra es un verdadero mandatario. Lo dicho respecto del mandatario se aplica igualmente al síndico, que está encargado, entre otras cosas, de realizar los bienes del fallido (artículo 27, N° 16, de la Ley de Quiebras).

De acuerdo con el artículo 1800 del Código Civil, los síndicos no pueden comprar los bienes del fallido que se realicen por su intermedio. Como en el caso de los mandatarios, esta incapacidad subsiste mientras el síndico desempeña sus funciones y mientras los bienes del fallido se vendan dentro del juicio de quiebra. Por tanto, si deja de ser síndico, puede comprar esos bienes aun cuando su cuenta administrativa no haya sido aprobada.²³²

989. Forma de subsanar esta incapacidad. Rige para los síndicos, en virtud del artículo 1800, lo dispuesto en el artículo 2144, de modo que, para subsanar la incapacidad que les afecta para comprar para sí las cosas que se les ha encargado vender requieren la aprobación del respectivo mandante.

¿Quién es el mandante del síndico? Según el artículo 27 de la Ley de Quiebras, “el síndico representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, representa también los derechos del fallido en cuanto puedan interesar a la masa...”. En consecuencia, el síndico tiene una doble representación: la de los acreedores, por una parte, y la del fallido, por otra. ¿Cómo explicar esta aparente contradicción, ya que se trata de intereses contrapuestos? “Sin embargo, explica Gabriel Palma, no hay en esto nada de anormal, porque el síndico sólo representa los intereses generales, tanto del fallido como de sus acreedores, pero no sus intereses individuales. Así, por ejemplo, en la verificación de créditos, como cada acreedor tiene

²³² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo I, N°s 574 y 575, pp. 592 y 593.

intereses particulares contrapuestos al fallido y a los demás acreedores, no es representado por el síndico”.²³³

El síndico representa, pues, los intereses generales de los acreedores, es decir, los que atañen a todos los acreedores por igual, como ser la conservación de los bienes del fallido, la buena administración de los mismos, la continuación del giro del negocio del fallido, etc.; y, por otra parte, representa los derechos del fallido; pero no todos, ni en todos sus aspectos, sino en cuanto puedan interesar a la masa, o sea, en cuanto digan relación con la masa en la cual están interesados los acreedores. Más que representante del fallido, el síndico lo es de los acreedores, y sólo ocasionalmente representa a aquél: cuando sus intereses afectan a la masa.

¿Quién debe, en consecuencia, autorizar al síndico para comprar para sí los bienes que se le encarga realizar? De acuerdo con el artículo 120 de la Ley de Quiebras, “salvo el caso de realización sumaria del activo de la quiebra, a que se refiere el artículo 109, el síndico procederá a su realización ateniéndose a los acuerdos de la junta de acreedores, si los hay, y a las disposiciones que se expresan a continuación”. Por su parte, el artículo 123 de la misma ley establece en lo pertinente que “la junta de acreedores, con el voto favorable de más de la mitad del pasivo de la quiebra con derecho a voto y del fallido, podrá acordar, en cualquier tiempo, una forma diferente de realización de los bienes de la masa y las modalidades de la misma”. O sea, la disposición citada da intervención al fallido en lo relativo a la realización de sus propios bienes, como asimismo lo faculta para intervenir en numerosas otras oportunidades durante el procedimiento de quiebra.

En consecuencia, estimamos que, para que el síndico pueda comprar para sí los bienes de cuya realización está encargado, debe proceder con autorización de los acreedores y del fallido.

Para opinar así, nos fundamos en lo dispuesto en el citado artículo 27, del cual se desprende que el síndico representa tanto a los acreedores como al fallido, en lo que interese a la masa, y éste es uno de los casos que le interesan, puesto que se trata de la compra de los bienes que forman parte de la masa.

Además, el artículo 123 de la Ley de Quiebras hace intervenir al fallido en algunos casos de realización de los bienes de la masa, y ello por la sencilla razón de que no por la declaratoria de quiebra pierde el fallido el dominio de sus bienes. En efecto, esa declaratoria produce el desasimiento de los bienes presentes del fallido, que consiste, según el artículo 64 de la citada ley, en que queda inhibido de pleno derecho de la *administración* de todos ellos, salvo los que sean inembargables; y para mayor claridad, el inciso 2º del artículo 64 expresa que el “desasimiento no transfiere la propiedad de los bienes del fallido a sus acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos”. Recalca, pues, el artículo recientemente transcrito la circunstancia de que el fallido sigue siendo dueño de los bienes a pesar del desasimiento, y como tal, puede intervenir en su realización, según lo establece el artículo 123.

²³³ *Legislación de Quiebras*, explicaciones de clase redactadas por Gustavo Cid, p. 41.



Es lógico estimar, por consiguiente, que el fallido deba autorizar al síndico, conjuntamente con los acreedores, para que éste pueda comprar bienes cuya realización se le ha encargado; por lo cual, debe considerársele mandante del síndico, y en tal carácter, prestar la autorización exigida por el artículo 2144 del Código Civil.

990. Sanción de esta incapacidad especial. La falta de autorización de los mandantes acarrea la nulidad relativa del contrato, por las razones expresadas al referirnos al mandatario.

Se entiende faltar dicha autorización si el síndico actúa sin la aprobación del fallido o sin la de la junta de acreedores en los términos exigidos por el artículo 123 de la Ley de Quiebras, porque en tal caso las facultades del síndico, en lo relativo a la realización de los bienes de la masa, no se han ampliado en la forma dispuesta por la ley.

Sólo podrá omitirse la autorización del fallido cuando “la junta de acreedores acordare la realización de los bienes en subasta pública y al mejor postor”, pues en ese caso, dicho proceso, y la intervención del juez de la quiebra, es garantía suficiente de que los derechos del fallido serán tutelados.

§ III. INCAPACIDAD DEL ALBACEA

991. El albacea es un mandatario del testador. Albacea, llamado también ejecutor testamentario, es aquel a quien el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones (artículo 1270 del Código Civil). No habiendo el testador nombrado albacea, o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos.

El albacea, por lo tanto, sólo puede ser nombrado por el testador. Es, en realidad, un mandatario de éste, y de ahí que el artículo 1800 del Código Civil le haga aplicable lo dispuesto en el artículo 2144 del mismo Código con relación a la compra de los bienes pertenecientes a la sucesión.

Como puede haber deudas hereditarias o testamentarias y falte dinero, el albacea puede realizar bienes para pagarlas, porque su encargo consiste, precisamente, en cumplir las disposiciones del testador.

992. Doble incapacidad que afecta a el albacea. Según esto, el albacea sólo sería inhábil para comprar los bienes de la sucesión que esté encargado de realizar; pero el artículo 1294 del Código Civil extiende a los albaceas las reglas contenidas en los artículos 394 y 412 del mismo Código, a los cuales ya nos referimos al tratar de las incapacidades especiales que afectan a los tutores y curadores para celebrar actos o contratos con sus pupilos.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1294, la incapacidad que afecta al albacea es, pues, más amplia que la que rige respecto de los mandatarios y síndicos, porque mientras el mandatario está inhabilitado para comprar para sí las cosas del mandante y para vender a éste sus propios bienes, y el síndico, para comprar los bienes del fallido, sean muebles o inmuebles, sin la aprobación que corresponda, el albacea, en cambio, está absolutamente

imposibilitado para adquirir para sí los inmuebles de la sucesión en cualquiera forma que pretenda hacerlo, porque el inciso 2º del artículo 412 se lo prohíbe por completo; es una disposición prohibitiva cuya infracción produce nulidad absoluta.

Siendo aplicable al albacea el artículo 412 del Código Civil, rige respecto de él cuanto hemos dicho sobre esta materia al referirnos a los tutores y curadores en los números 948 y ss., a los cuales nos remitimos.

En consecuencia, y puesto que el artículo 1294, por ser especial al albacea, es de aplicación preferente al artículo 1800, que se refiere, en general, a los mandatarios, síndicos y albaceas, el albacea no podrá comprar bienes inmuebles pertenecientes a la sucesión, ni tomarlos en arrendamiento en forma alguna, porque el inciso 2º del artículo 412 lo prohíbe en forma terminante; y, para comprar otros bienes de la sucesión, o celebrar con ella otros actos relativos a los bienes hereditarios, deberá actuar autorizado por los otros albaceas no implicados, o por la justicia en subsidio.

993. Albacea con tenencia de bienes. El albacea puede ser con tenencia de bienes o sin ella, según se la haya dado o no el testador, y esta tenencia puede comprender todos los bienes o sólo algunos.

El albacea sin tenencia de bienes se rige por los preceptos que hemos señalado. Pero al albacea con tenencia de bienes se le aplica, además, lo dispuesto en el artículo 1296 del Código Civil, cuyo inciso 2º dice: “El albacea tendrá en este caso las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente: pero no será obligado a rendir caución sino en el caso del artículo 1297”.

Surge entonces el problema de saber si el albacea, que sólo tiene la tenencia de algunos bienes de la sucesión, debe sujetarse, en lo relativo al interés que pueda tomar en los actos que digan relación con bienes hereditarios no comprendidos en esa tenencia, a las reglas de los curadores de bienes, o a aquellas que rigen para los tutores o curadores en general.

Creemos que el albacea que compra un bien de la sucesión no comprendido en su tenencia, o celebra cualquier otro acto relacionado con él, queda sujeto a lo dispuesto en el artículo 412 del Código Civil, porque el artículo 1294 ya citado, que hace aplicable este precepto, se refiere a todo albacea, sea o no con tenencia de bienes.

994. El albacea con tenencia de bienes queda sujeto a todas las prohibiciones e incapacidades que establece la ley respecto de simples albaceas. Fluye de lo dicho que el albacea, sea o no con tenencia de bienes, está sometido, en cuanto a la compra de los bienes de la sucesión, a lo dispuesto en el artículo 412 del Código Civil, que se aplica con preferencia a los artículos 1800 y 2144 del mismo Código por la razón que dimos en el N° 992.

Según esto, el albacea, sea con o sin tenencia de bienes, no puede, en forma alguna, comprar inmuebles de la sucesión ni tomarlos en arrendamiento, ni aun con autorización de los herederos, de los demás albaceas no implicados o del juez, porque el inciso 1º del artículo 412 lo prohíbe en forma terminante.



Para comprar los bienes muebles de la sucesión, estén o no comprendidos en la tenencia de que está investido, o para celebrar con ella cualquier otro acto relativo a los bienes hereditarios, requerirá, en todo caso, la autorización de los otros albaceas no implicados, si los hay, o del juez en subsidio.

“La tenencia de bienes no hace sino conferir a el albacea mayores atribuciones que las que le confiere la ley. Luego, no pueden modificarse sus disposiciones, que siempre quedan subsistentes, más cuando la misma ley establece que en ningún caso podrá el testador exonerar al albacea de sus obligaciones. El efecto que produce esa tenencia es imponerle más trabas de las que tiene respecto de los bienes que administra, pero de ninguna manera suprimirle las que son inherentes a todo cargo de albacea”.²³⁴

995. Pluralidad de albaceas. El testador puede haber nombrado dos o más albaceas; si todos obran de consuno, no cabe duda que se les aplica el artículo 412 si cualquiera de ellos pretende comprar bienes de la sucesión.

Si el testador o el juez (artículos 1281 y 1282 del Código Civil) han dividido las atribuciones de los albaceas, y uno de ellos pretende comprar los bienes que otro vende, ¿rige el artículo 412? Arturo Alessandri Rodríguez cree que sí, “porque el albaceazgo se refiere a toda la sucesión y comprende todos los bienes. Si las funciones del albacea se dividen, es como medida de conveniencia. Además, la ley no ha exceptuado a el albacea para que adquiera los bienes de la sucesión cuando los albaceas son varios y obran separadamente. Por el contrario, ha establecido que todo acto o contrato en que tenga interés el albacea y que afecte a la sucesión, no podrá ejecutarse sino con arreglo al artículo 412. Nos parece que de los términos mismos de la ley se desprende que basta ser albacea de la sucesión para no poder adquirir los bienes de ella, sino con arreglo a ese artículo, aunque los que compre no sean aquellos respecto de los cuales ejerce sus funciones”.²³⁵

996. Cesación de esta incapacidad. La incapacidad del albacea, al igual que la de los mandatarios y síndicos, cesa una vez que expiran sus funciones. En consecuencia, expirado su cargo, puede comprar para sí los bienes de la sucesión, sin necesidad de autorización alguna, y esto, aun antes de que su cuenta haya sido aprobada. Así lo han declarado los tribunales al fallar que, “establecido que había cesado el cargo de albacea a la fecha en que compró a la sucesión un fundo, no procede aplicar el artículo 1294 del Código Civil y debe, en consecuencia, desecharse la acción de nulidad fundada en la prohibición de ese artículo”.²³⁶

997. Sanción a la incapacidad del albacea. Todo lo dicho respecto a la incapacidad de los tutores y curadores es aplicable a los albaceas. Por consiguiente,

²³⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo I, N° 556, p. 583.

²³⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, tomo I, N° 558, p. 584.

²³⁶ *Revista*, tomo 21, 2ª parte, sec. 1ª, p. 270.

te, si el albacea compra para sí bienes de la sucesión sin autorización de los demás albaceas no implicados o de la justicia en subsidio –siempre que no se trate de inmuebles–, el acto es nulo de nulidad relativa, por las razones tantas veces expuestas (artículo 412). Si el bien que compra es inmueble, la compraventa es nula absolutamente por tratarse de un acto prohibido por la ley (artículo 412, inciso 2º, del Código Civil).

Título III

INCAPACIDAD ESPECIAL DE LOS INDÍGENAS (VÉASE § III. INCAPACIDAD ESPECIAL DE LOS INDÍGENAS. NºS 538 A Y SIGUIENTES)

998. Breve reseña histórica sobre la legislación protectora de indígenas. Véase Nº 538 A.

999. Legislación vigente sobre indígenas. Véase Nº 538 B.

1000. En qué consiste esta incapacidad. Véase Nº 538 C.

1001. Casos en que la autorización judicial es innecesaria. Véase Nº 538 C.

1002. Representación del juez. Véase Nº 538 E.

1003. Efectos que produce la falta de autorización del juez de indios. Véanse Nºs 538 C, 538 D, 538 E y 538 F.

1004. Relatividad de la incapacidad de los indígenas. Véase Nº 538 C.

1005. La incapacidad es temporal. Véanse Nºs 538 E y 538 F.

1006. Naturaleza de la incapacidad. (Suprimido.)

QUINTA CAUSAL OMISIÓN DE OTRAS FORMALIDADES HABILITANTES

Título I

FORMALIDADES EXIGIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS A QUE DA LUGAR LA PRESUNCIÓN DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO

1007. Objeto de la declaración de muerte presunta y períodos que deben distinguirse al respecto. El Código Civil reglamenta todo lo concerniente a



la presunción de muerte por desaparecimiento en el párrafo 3º del Título II del Libro I.

En virtud de estas reglas, a una persona que ha desaparecido por largos años, o que se supone ha perecido en un accidente o catástrofe, puede declarársela muerta por desaparecimiento en virtud de una sentencia judicial, que produce los mismos efectos que la muerte natural.

El principal objeto de la declaración de muerte presunta es definir la suerte de los bienes que constituían el patrimonio dejado por el desaparecido o que pudieran corresponderle en otras sucesiones.²³⁷ Como es inconveniente que los bienes permanezcan sin un titular que los administre, situación que perjudica, además, a los herederos y acreedores del desaparecido, la ley ha dictado diversas normas a fin de que los bienes del desaparecido vayan pasando en forma paulatina a sus herederos testamentarios o abintestato.

Con este objeto, ha establecido tres períodos: el de mera ausencia, el de posesión provisoria y el de posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

1008. Período de mera ausencia; cómo termina. El período de mera ausencia empieza con la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido y dura hasta el decreto judicial que declara la muerte presunta y concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, según el caso.

Durante este período, los bienes del desaparecido son administrados por su representante legal o apoderado, si lo tuviere (artículo 83 del Código Civil); en caso contrario, se le nombrará un curador de bienes, de acuerdo con el artículo 473 del mismo Código.

En la administración de los bienes del ausente, el curador deberá sujetarse a las reglas que el Código Civil da para los guardadores en general, y para los curadores de bienes en especial, y que ya señalamos.

El período de mera ausencia termina con el decreto del juez que declara la muerte presunta, y concede, sea la posesión provisoria, sea la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; o bien, por la reaparición del desaparecido, o por el conocimiento de la fecha exacta de su muerte.

Se puede decretar posesión definitiva de los bienes del desaparecido sin necesidad de decretar antes la provisoria, en cuyo caso se procede en todo como si la persona hubiera muerto y su muerte se hubiera comprobado fehacientemente:

1º. Cuando cumplidos cinco años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido (artículo 82).

2º. Cuando han transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias; cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años, la edad del desaparecido si viviese (artículo 82).

²³⁷ VODANOVIC, ANTONIO, *Curso de Derecho Civil*, tomo II, Nº 42, pp. 32 y 33.

3º. Cuando han transcurrido cinco años desde que una persona recibió una herida grave en la guerra o le sobrevino otro peligro semejante, y no se ha sabido más de ella (artículo 81 N° 7).

4º. Cuando han transcurrido seis meses desde las últimas noticias que se tuvieron de la nave o aeronave en que iba el desaparecido, porque, expirado ese plazo, aquella se reputará perdida (artículo 81 N° 8).

5º. Después de un año de ocurrido un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de numerosas personas en determinadas poblaciones o regiones, respecto de los desaparecidos que habitan en esas poblaciones o regiones (artículo 81 N° 9).

Otorgado el decreto de posesión definitiva, se producen, como decíamos, los mismos efectos que si se tratara de un decreto de posesión efectiva dictado con motivo de la muerte natural de una persona: los herederos testamentarios –si hay testamento, deberá publicarse o abrirse en forma legal– o los abintestato suceden al muerto presunto y pasan a ser dueños absolutos de los bienes, sin limitaciones de ninguna especie (artículos 90 y 91, todos del Código Civil).

1009. Período de posesión provisoria; efectos que produce el decreto judicial que la concede. Fuera de los casos señalados en el número anterior, al período de mera ausencia sigue el de posesión provisoria.

Éste supone, al igual que el de posesión definitiva, la declaración de muerte presunta del desaparecido; pero como la certeza de su muerte es menor, no se concede la posesión definitiva, sino la provisoria.

De acuerdo con el N° 6º del artículo 81 del Código Civil, “el juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos cinco años desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido”.

En esta forma, se cautelan tanto los intereses del desaparecido, al otorgar la posesión de sus bienes sólo provisoriamente, como los de los herederos testamentarios o abintestato que tienen derecho de suceder al desaparecido, y que serían perjudicados si no se les entregaran dichos bienes.

El decreto de posesión provisoria produce los diversos efectos que señala el artículo 84 del citado Código, que dice: “En virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal o terminará la participación en los gananciales, según cual hubiera habido con el desaparecido; se procederá a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno, y se dará posesión provisoria a los herederos presuntivos”.

“No presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el Libro III, Título De la apertura de la sucesión”.

Pero como la posesión concedida a los herederos es provisoria, deben cumplir con ciertas obligaciones y no pueden administrar con entera libertad los bienes cuya posesión se les ha conferido.

Tales obligaciones son:

a) El artículo 86 dispone que “los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista”, y



b) El artículo 89 ordena que se rinda caución; al efecto dice: “Cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos e intereses”.

1010. Limitaciones impuestas a los herederos durante el período de posesión provisoria. Lo más importante para nuestro estudio son las diversas limitaciones que el Código Civil impone a la administración de los bienes cuya posesión se ha concedido provisoriamente a los herederos del desaparecido, y que se refieren especialmente a la enajenación de tales bienes.

a) *Bienes muebles.* “Los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los muebles o todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes”.

“La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta” (artículo 88, incisos 1º y 3º).

Dos son, pues, los requisitos o formalidades que la ley exige para la venta de bienes muebles del desaparecido:

1º. Autorización del juez, quien la dará, si oído el defensor de ausentes, creyere conveniente la venta, y

2º. Pública subasta.

b) *Bienes raíces.* El inciso 2º del artículo 88, que se refiere a los inmuebles, es más estricto para permitir la venta de tales bienes. Según él, “los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa, y con audiencia del defensor”.

En consecuencia, los requisitos que el Código Civil exige para enajenar o gravar dichos bienes son los siguientes:

1º. Autorización judicial, con conocimiento de causa y audiencia del defensor;

2º. Existencia de una causa necesaria o de utilidad evidente; y

3º. Si se trata de venta, ésta debe hacerse en pública subasta (artículo 88, inciso 3º, del Código Civil).

1011. Sanción a la omisión de los requisitos señalados. Los requisitos que la ley exige para la venta de los muebles y para la enajenación o gravamen de los inmuebles pertenecientes al desaparecido han sido establecidos en consideración al estado o calidad de la persona que ejecuta o celebra el acto o contrato, en este caso, a la condición de desaparecido que reviste la persona propietaria de los bienes que se enajenan.

Por eso, la omisión de cualquiera de los requisitos señalados en el número anterior acarrea la nulidad relativa del acto o contrato, nulidad establecida en favor del desaparecido, que puede hacerla valer en juicio si reaparece. En la doctrina reciente, Hernán Corral, conteste con la sanción de nulidad relativa para estos casos, considera que la calidad o estado de las personas que se toma en consideración para prescribir las formalidades es más bien la de los herederos presuntivos con posesión

provisoria y no la del desaparecido, pues esta persona no participa en el acto anulable.²³⁸

En definitiva, la doctrina está de acuerdo en que la sanción se fijó en atención a la persona y no por la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, con independencia de lo que se entienda por persona, sea el desaparecido o los herederos presuntivos del mismo. En consecuencia, son nulos relativamente:

1º. La venta de bienes muebles sin autorización judicial;

2º. La enajenación o el gravamen de inmuebles sin autorización judicial;

3º. La enajenación o el gravamen de inmuebles hecha con autorización judicial, pero otorgada sin causa necesaria o de utilidad evidente.

La autorización judicial es ineficaz si se otorga sin causa necesaria, necesidad que calificará el juez, o sin que haya utilidad evidente, es decir, que sea clara, patente, que aparezca a primera vista; siendo ineficaz la autorización del juez, se entiende faltar por completo.

4º. La venta de cualquier bien del desaparecido, sea mueble o inmueble, efectuada sin pública subasta.

1012. Ventajas de la nulidad. ¿Qué ventaja reporta al presunto muerto que reaparece la acción de nulidad destinada a obtener la rescisión de las enajenaciones o gravámenes efectuados sobre sus bienes sin los requisitos que la ley señala?

La que pasaremos a exponer. De acuerdo con la regla 4ª del artículo 94 del Código Civil, “en la rescisión –debiera decirse revocación– del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen: ...4ª En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos *legalmente* en ellos”.

Es lógico que así ocurra: si el presunto muerto reaparece, las cosas deben volver al estado que tenían antes de que fuera declarado muerto presuntivamente. En consecuencia, el decreto judicial que concedió la posesión definitiva de los bienes “se rescinde”, o, mejor dicho, se revoca, deja de tener efecto, y los bienes que están en poder de los herederos, y que pertenezcan al reaparecido, vuelven a poder de éste.

Pero sería inconveniente retrotraer por completo las cosas al estado en que se encontraban antes de declararse la muerte presunta, porque ello significaría anular todos los actos recaídos sobre los bienes del desaparecido, con los consiguientes perjuicios para terceros interesados, y a fin de evitar, por otra parte, que los herederos del desaparecido carezcan de los medios de obtener crédito y de la posibilidad de enajenar las cosas que han recibido por decreto de posesión definitiva, lo que sucedería si la revocación del decreto judicial que la concedió tuviere efectos retroactivos, ya que nadie celebraría contratos sobre dichos bienes por lo inseguro de su situación, la

²³⁸ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Desaparición de personas y presunción de muerte en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 342.



ley ha establecido la regla que citamos, según la cual las enajenaciones de esos bienes *legalmente* celebradas, así como los gravámenes y derechos reales *legalmente* constituidos sobre ellos, subsisten y son válidos.

En consecuencia, el presunto muerto que reaparece no puede hacer nada en contra de esas enajenaciones y gravámenes, si fueron constituidos *legalmente*; pero ello no le impide alegar la nulidad relativa de los actos si se otorgaron con omisión de algunos de los requisitos que enunciamos y que tienen por objeto salvaguardar sus intereses. Si bien el desaparecido está obligado a respetar los actos de enajenación y gravamen celebrados válidamente sobre sus bienes, no lo está respecto de aquellos que infringieron la ley, infracción que consiste, precisamente, en no haberse cumplido con los requisitos establecidos en su propio beneficio y en protección de sus intereses.

La acción de nulidad que puede ejercitar el reaparecido es, pues, el único medio que tiene para recuperar los bienes que sus herederos enajenaron con omisión de algún requisito exigido precisamente en protección y beneficio del presunto muerto.

Título II

LA TASACIÓN DE BIENES

1013. Caso en que su omisión produce nulidad relativa. En ciertos casos, la tasación de los bienes constituye un requisito que la ley ha establecido en consideración al estado o calidad de las personas que ejecutan el acto o celebran el contrato, por lo cual su omisión no da origen a una nulidad absoluta, como en los que señalamos al referirnos a las causas que generan dicha nulidad, sino que el acto o contrato queda viciado de nulidad relativa.

Así sucede respecto de la aceptación por el tutor o curador de donaciones o legados hechos al pupilo, que le impusieron obligaciones y gravámenes (artículo 398 del Código Civil). El tutor o curador, puesto que debe velar por los intereses de su pupilo, no puede aceptar las donaciones o legados que se hagan a éste y que le impongan cargas pecuniarias sin hacer tasar los bienes donados o legados, porque si, aparentemente, el pupilo puede beneficiarse con la adquisición de bienes a título gratuito, bien puede suceder que las cargas que esas donaciones o legados lleven consigo sean de tal magnitud que no sólo consuman el valor total de los bienes, sino que los sobrepasen y el pupilo se vea obligado a recurrir a su propio patrimonio para satisfacerlas.

Mediante la tasación previa de los bienes, el tutor o curador sabrá con certeza si son o no suficientes para cubrir las obligaciones o gravámenes que las donaciones o legados llevan consigo, lo que le permitirá decidir con acierto si debe aceptar o repudiar la donación o el legado.

Esto prueba que la tasación de estos bienes es un requisito que la ley exige dado el carácter de relativamente incapaz que tiene el pupilo favorecido con la donación o legado, y no es un requisito que deba cumplirse respecto

de todo acto de esta especie. Por tal motivo, la aceptación de semejantes donaciones o legados que signifiquen cargas para el pupilo, hecha sin tasación previa de los bienes, es nula de nulidad relativa.

Título III LA PÚBLICA SUBASTA

1014. Casos en que se le exige so pena de nulidad de la venta. Hemos señalado los diversos casos en que el Código Civil exige que la venta de ciertos bienes pertenecientes a determinadas personas se haga en pública subasta. Estos casos, que ahora mencionaremos en forma somera, son:

a) La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido, sean muebles o inmuebles, durante el período de posesión provisoria (artículo 88);

b) La venta de bienes raíces o de muebles preciosos o que tengan valor de afección pertenecientes al pupilo (artículos 393 y 394);

c) La venta de bienes raíces o de bienes muebles pertenecientes a la sucesión hecha por el albacea (artículo 1294).

Fuera de estos casos, la pública subasta no se exige en consideración al estado o calidad de las personas que intervienen en el acto, sino en atención a la naturaleza de éste en sí mismo, por lo cual su omisión produce nulidad absoluta.