

Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez

Hugo Rosende Álvarez

Director del Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En un esfuerzo por renovar los estudios de derecho, el profesor Pablo Rodríguez Grez ha publicado diversas obras jurídicas a través de las cuales defiende el “creacionismo jurídico”, en cuya virtud el derecho se crea y recrea cada día, en un proceso continuo y enriquecedor, que extiende la regulación jurídica en función de los valores predominantes en la comunidad civil.

Es en esa perspectiva que nace su estudio sobre la “Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno”,¹ que será la materia que abordaremos en este trabajo contrastándola con la doctrina aplicada tradicionalmente entre nosotros, y sin tener la pretensión de abordar todas las aristas del tema, que de suyo es extenso y complejo.

I. La doctrina tradicional

La enseñanza de la ineficacia jurídica de derecho privado se ha centrado tradicionalmente en: la inexistencia jurídica, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la inoponibilidad.

A. La inexistencia jurídica

1) Concepto

Don Luis Claro Solar dice que la inexistencia jurídica de un acto o contrato se

¹ Rodríguez Grez, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 1995, p. 282.

produce por no haberse podido éste perfeccionar por la falta de una de las cosas esenciales para su existencia legal.²

Vial del Río³ afirma que la ineficacia por la omisión de un requisito esencial para la existencia de un acto jurídico se llama inexistencia. Dicha omisión impide que el acto nazca a la vida del derecho y que produzca efectos.

2) Discusión acerca del reconocimiento de la inexistencia jurídica en la legislación chilena

a) *La posición doctrinaria que niega la inexistencia en nuestro derecho*

i) Fabres⁴ sostiene que el art. 1682 del C.C. no consigna expresamente como causal de nulidad la falta de objeto o de causa, sino que lo es el objeto o causa ilícitos. Sin embargo, en todos esos casos se impide –dice– absolutamente la existencia de la obligación, y en todos ellos hay nulidad absoluta.

En el pensamiento de este autor, lo medular consiste en que exista una materia sobre la cual recaiga el acto o contrato y ella reside en el objeto del acto y de la obligación, el cual debe tratarse de una o más cosas que se haya de dar, hacer o no hacer (art. 1460 del C.C.).

Son sinónimos, en su parecer, la falta de objeto y la falta de objeto determinado, como también lo son el objeto ilícito determinado y el ilícito indeterminado. Por consiguiente, la circunstancia que no pueda haber obligación sin objeto o sin causa es –a su juicio– una prueba fehaciente de que ambos son capítulos de nulidad absoluta; porque la naturaleza de esta especie de nulidad consiste en impedir la existencia o el valor de la obligación.

En variados ejemplos, el señor Fabres ilustra la similitud que hace el legislador en el tratamiento de la falta de objeto con el objeto ilícito.

Así, el artículo 1461, inc. 3º, dice:

“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente

² Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Duodécimo, volumen VI, N° 1908, p. 582, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

³ Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, N° 159, p. 234, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, 2003.

⁴ Fabres, José Clemente, “De la Nulidad y Rescisión (Título XX del C.C.). Examen Crítico y Jurídico”, en *Obras Completas*, tomo tercero, pp. 101 a 116, Imprenta Cervantes, 1908.

imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

El artículo 1093 expresa:

“Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación de los interesados.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen”.

El artículo 1475 señala:

“La condición positiva debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.

Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles”.

El artículo 1480 dispone:

“Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida.

A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles.

Y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales.

La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o a un inmoral, se tendrá por no escrita”.

Lo transcrito demuestra, en el sentir de Fabres, que el hecho imposible no solamente no existe, sino que no puede existir, y es la falta de objeto más radical y absoluta. Sin embargo, dice la ley que es lo mismo que el hecho (objeto) ilícito, desde que producen iguales efectos o ambos impiden la existencia de la obligación.

La identidad de la falta de objeto y objeto ilícito la recoge también la ley cuando dice que el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona (art. 1463). La infracción de este precepto es sancionada en la forma indicada en el inciso final del artículo 1204, según el cual cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor.⁵

Finalmente, el artículo 1814 señala: “La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno...”, lo cual hace decir al señor Fabres que ésta es una de las fórmulas de que se vale la ley para designar la nulidad absoluta.

En cuanto a la causa, el Código Civil es explícito: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita” (art. 1467).

Por consiguiente, cuando dice que no puede haber obligación sin causa real, o sea, sin que exista la causa; o cuando señala que no puede haber obligación con una causa ilícita, lo que expresa en definitiva es que ambas están sancionadas con la nulidad absoluta.

ii) Alessandri Rodríguez⁶ afirma que nuestro Código sólo conoce la nulidad absoluta y la relativa, comprendiendo los actos inexistentes entre los actos nulos de nulidad absoluta.

Las razones en que sustenta su posición son:

- El artículo 1682 engloba todos los requisitos que se exigen, de existencia o de validez, para el acto jurídico.
- El Código Civil no ha reglamentado la inexistencia jurídica, de manera que los actos que en doctrina son inexistentes, entre nosotros son nulos de nulidad absoluta.
- El legislador declara absolutamente incapaces a los dementes, los im-púberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender

⁵ La expresiones “nulas y de ningún valor” o “nulos y de ningún valor” aparecen recogidas en el art. 10 del C.C., donde se establece precisamente la nulidad como sanción general a la contravención de las leyes prohibitivas, y que el artículo 1466 del C.C. tipifica como objeto ilícito la celebración de contratos prohibidos por las leyes, lo cual es causal de nulidad absoluta, según el artículo 1682 del C.C.

⁶ Alessandri R., Arturo; Somarriva U., Manuel, y Vodanovic H., Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Tomo II, N° 1443, pp. 325 y 326, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

claramente. Sus actos son inexistentes por falta de voluntad, no obstante lo cual el artículo 1682 dice que hay nulidad absoluta en los actos y contratos de los absolutamente incapaces.

Alessandri Besa sostiene que si faltan los requisitos de existencia, el acto no nace a la vida jurídica, no existe, y por lo tanto no puede producir ningún efecto. Y agrega, si bien esto es hasta cierto punto aceptable en doctrina, que en nuestro Código Civil la inexistencia no tiene cabida.⁷ En nuestra legislación positiva la nulidad y la inexistencia están equiparadas, porque el Código Civil no hace diferencias entre ellas, sino que sólo ha dado reglas relativas a la nulidad. En consecuencia, ésta es la sanción civil máxima que contempla nuestro Código Civil.⁸

iii) Jurisprudencia

– Falta de objeto

Se ha fallado,⁹ a propósito de la falta de objeto, que: “No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya sea una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Si uno de los socios no aporta a la sociedad, o si es nulo su aporte, la sociedad no tiene existencia legal. En consecuencia, es nula la sentencia que a pesar de declarar nulo el aporte hecho por uno de los socios de una sociedad anónima, desecha la petición de nulidad de la misma sociedad, petición fundada en no haberse hecho el aporte total de la cosa destinada a servir de capital social”.

Se ha decidido “que habiendo vendido el demandado acción y derechos que no existen a su favor en la cosa de que se trata, falta el objeto de la obligación y, en consecuencia, el contrato no produce efecto alguno. De conformidad con esta consideración, (...) se declara nulo el contrato”.¹⁰

La Corte Suprema declaró que “no pudiendo jurídicamente existir obligación o declaración de voluntad sin objeto cierto que la constituya, la falta de este elemento parcial en el contrato lo vicia y anula”.¹¹

⁷ Alessandri Besa, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, tomo I, N° 6, pp. 7 y 9, segunda edición, Editorial Jurídica Ediar-Consur Limitada, sin fecha.

⁸ *Ibid.*, N° 195, pp. 182 y ss.; N°s 439 a 448, pp. 391 a 409.

⁹ R.D. y J. tomo 16, sec. 1ª, p. 365.

¹⁰ Gaceta de los Tribunales, año 1897, 1er semestre, sentencia 1395, p. 844.

¹¹ Gaceta de los Tribunales, año 1909, 1er semestre, sentencia 287, p. 434.

– *Falta de causa*

Se ha fallado que “un mutuo en que no ha existido entrega de dinero no se perfecciona; el contrato no queda legalmente celebrado y adolece de nulidad absoluta por falta de causa, dejando de ser ley para los contratantes”.¹²

– *Falta de consentimiento*

Se ha declarado que “la falta de consentimiento de la mujer, constante de los propios contratos hipotecarios, acarrea la nulidad de los propios contratos hipotecarios, acarrea la nulidad absoluta de las hipotecas, por omisión de un requisito que la ley prescribe para el valor del contrato en consideración a su naturaleza”.¹³

Se ha anulado una compraventa en que faltaba el consentimiento del comprador, por no haber comparecido al otorgamiento de la escritura.¹⁴

b) *La posición doctrinaria que acepta la inexistencia en nuestro derecho*

Claro Solar señala que si falta una de las cosas esenciales del acto jurídico, éste no puede jurídicamente existir, no puede producir efecto alguno; es la nada. Desde esta perspectiva se puede decir que la ausencia de voluntad, objeto, causa o solemnidad propiamente tal, darán lugar a la inexistencia.

A su turno, la omisión de los requisitos de validez trae consigo la nulidad del acto o contrato (art. 1681 C.C.). Se aplica a la falta de capacidad legal, a los vicios del consentimiento, al objeto y causa ilícitos.

Son ejemplos de inexistencia jurídica:

El artículo 1701, que dispone que la falta de instrumento público en los actos o contratos en que la ley requiere esa solemnidad hará que estos se miren como no ejecutados o celebrados.

El artículo 1809 prevee que el precio de la compraventa se deje al arbitrio de un tercero. Si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes; en caso de no convenirse, no habrá venta.

¹² R.D. y J., tomo 39, sec. 1ª, p. 505.

¹³ R.D. y J., tomo 24, sec. 2ª, p. 53.

¹⁴ R.D. y J., tomo 34, sec. 2ª, p. 14.

Para este autor la diferencia fundamental entre la inexistencia y la nulidad reside en que el acto inexistente no produce efectos civiles y el acto nulo los produce hasta que se declara judicialmente la nulidad.

En palabras de Claro Solar:¹⁵ “Se dice que un acto es inexistente, cuando no reúne las condiciones sin las cuales no se concibe como tal; de suerte que sólo tiene una apariencia de existencia, pues en realidad legalmente nada se ha hecho, ya que lo hecho no produce efecto alguno civil...” y agrega: “Si el acto no tiene alguno de los requisitos necesarios para su validez, el acto será nulo absoluta o relativamente; pero existe; y la nulidad deberá ser declarada para que el acto deje de producir efectos, no pudiendo ser atacado una vez prescritas las acciones de nulidad o de rescisión”.

B. La nulidad absoluta

1) Concepto

Hay nulidad absoluta cuando a un acto o contrato le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie (art.1681).

2) Causales

El artículo 1682 del Código Civil dice que son causales de nulidad absoluta: el objeto o causa ilícitos, 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 los actos o contratos celebrados por personas absolutamente incapaces.

3) Titulares

Son titulares de la acción de nulidad absoluta: a) todo el que tenga interés en ello, y b) el Ministerio Público en el solo interés de la moral y de la ley.

a) Es titular de la acción de nulidad absoluta todo el que tenga interés en ello.

La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683).

¹⁵ Op. cit., tomo undécimo, “De las Obligaciones”, II, N° 684, p. 11.

El interés debe ser: i) patrimonial o pecuniario; ii) ha de tener origen en la celebración del acto o contrato, y iii) debe apreciarse soberanamente por el que alega la nulidad.¹⁶

i) La ley dice que puede alegar la nulidad absoluta todo el que tenga interés en ello, esto es, todo el que tenga interés pecuniario en que desaparezcan los efectos del acto o contrato nulo. La palabra interés se encuentra tomada en un sentido restringido, interés pecuniario, "porque no cabe en esta materia un interés puramente moral, como es el que motiva la intervención del Ministerio Público. En los proyectos, incluso el de 1853, se decía que podía alegarse por todo el que tenga un interés pecuniario en ello, pero la Comisión Revisora prefirió la redacción que daba Delvincourt a esta exigencia sin haber entendido dar a la disposición un alcance más amplio que el que antes tenía. Lo único que el cambio puede significar es que no se requiere que el interés pueda estar representado por una cantidad determinada y que es interés de este orden el que consiste en que no se altere la situación de fortuna del deudor en forma de poder resultar perjudicado el tercero.¹⁷

ii) **El interés debe tener su origen en el acto o contrato cuya nulidad se pretende.** Se ha fallado que al decir el artículo 1683 que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, se refiere al que tenga interés en la nulidad del acto o contrato que le afecta y cuyos resultados propios le conviene eliminar.¹⁸

Asimismo, se ha decidido que no es necesario haber intervenido en el contrato cuya validez se impugna; basta tener interés en la declaración de nulidad absoluta.¹⁹

La Corte Suprema²⁰ sentenció, luego de transcribir parte del artículo 1683 del Código Civil, lo siguiente: "...se ha entendido que ese interés ha de existir en el momento de ejecutarse el acto o celebrarse el contrato y haber como su causa jurídica necesaria la contravención legal que acarrea esta nulidad".

¹⁶ Rodríguez Grez, Pablo, op. cit., p. 210.

¹⁷ Claro Solar, Luis, op. cit., tomo duodécimo, N° 1926, p. 606, y Alessandri, Somarriva y Vodanovic, op. cit., N° 1453, p. 332.

¹⁸ R.D. y J., C.S., 2 de abril de 1941, tomo 39, sec. 1ª, p. 37, citada por Alessandri, Somarriva y Vodanovic, op. cit., N° 1453, p. 332.

¹⁹ R.D. y J., C. Apelacines Santiago, 21 de agosto de 1939, tomo 39, sec. 1ª, p. 37, citada por Alessandri, Somarriva y Vodanovic, op. cit., N° 1453, p. 332.

²⁰ R.D. y J., tomo 54, sec. 1ª, p. 92.

iii) **El interés debe apreciarse soberanamente por el que alegue la nulidad absoluta.**

Se ha decidido que el demandante tiene interés en deducir la acción, puesto que la nulidad que reclama le acarrearía un provecho patrimonial, y el hecho de que el provecho exista o no realmente está librado a una apreciación exclusivamente suya (...); a lo que debe añadirse que el interés jurídico o de justicia es precisamente una derivación del interés económico, porque ese interés de justicia se define precisamente por el concepto de que a cada uno pertenece, según cada uno lo entienda, cierta o erróneamente.²¹

En fallo de 29 de agosto de 1961, la Corte Suprema resolvió que "acogida la nulidad absoluta, se producirá de inmediato la restitución *in integrum* que es de rigor, y como una consecuencia de ello, se reincorporarán a la herencia un conjunto de bienes cuya recuperación económica en el patrimonio del causante sólo pueden apreciar los solicitantes de la nulidad".²²

En cuanto a la inhabilidad para el ejercicio de la acción de nulidad absoluta, el artículo 1683 del C.C. dice que es inhábil para intentar esa acción el que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Es una sanción al contratante que intervino dolosamente o de mala fe en la ejecución del acto en la celebración del contrato viciados de una causal de nulidad absoluta.

Para incurrir en la sanción de no poder alegar la nulidad absoluta no basta el conocimiento presunto de ley a que se refiere el artículo 8° del Código Civil; es necesario el conocimiento real y efectivo del vicio que invalidaba el acto.²³

- Se ha planteado la cuestión de saber si es posible demandar la nulidad absoluta cuando se contrata a través de un representante y éste ha obrado con dolo al contratar, esto es, sabiendo el vicio que invalidaba el contrato.

La jurisprudencia está dividida.

En 1938 la Corte Suprema²⁴ estimó que el representado no puede intentar la acción de nulidad, porque de acuerdo con el artículo 1448 lo actuado por el representante se mira como un hecho del representado.

²¹ R.D. y J., tomo 36, sec. 1º, p. 104, citado por Rodríguez Grez, op. cit., pp. 211, 212.

²² R.D. y J., tomo 58, sec. 1º, p. 318, citado por Rodríguez Grez, op. cit., p. 213.

²³ R.D. y J., tomo 31, sec. 1º, p. 337.

²⁴ R.D. y J., tomo 36, sec. 1º, p. 104.

Sin embargo, en el año 1941 la Corte decidió lo contrario, al decir que el representado puede pedir la declaración de nulidad absoluta del acto celebrado con dolo por su representante, porque el dolo envuelve una determinación personalísima de la voluntad y porque el representante sólo está autorizado para ejecutar actos lícitos, y no ilícitos.²⁵

- En lo que concierne a la inhabilidad de los herederos del contratante que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, don Gonzalo Barriga Errázuriz²⁶ sostiene que la prohibición del artículo 1983 que afectaba al causante no alcanza a los herederos. Se funda en la historia fidedigna del establecimiento de la disposición que sólo impide alegar la propia inmoralidad (Delvincourt) y los herederos no alegan su propia inmoralidad; la prohibición de que se trata es un inhabilidad que es intransmisible, y el heredero pide la declaración de nulidad en virtud de un derecho propio que le confiere la ley, y no como heredero del causante que ejecutó el acto.
- La jurisprudencia es contradictoria, aunque prevalece el criterio de no permitir al heredero del contratante de mala fe, alegar la nulidad absoluta del contrato celebrado en esa condición por su causante.

Los fallos²⁷ que no aceptan que el heredero intente la acción de nulidad absoluta, sostienen:

- Los herederos representan y continúan la persona del difunto sin solución de continuidad alguna, le suceden en todos los derechos y obligaciones contractuales y transmisibles, con las mismas calidades y vicios; salvo ciertas situaciones personalísimas del de cujus, son la misma persona que él, no pueden ni más ni menos que éste, en lo que actúan en su representación y sin derecho propio: el muerto vive en el heredero.
- Ello no significa que el heredero sea responsable del dolo o culpa de su antecesor, sino sólo que, como tal, no puede invocar un derecho que no tenía su causante y que, además, no emana del contrato cuya nulidad se pretende obtener.

²⁵ R.D. y J., tomo 39, sec. 1º, p. 148.

²⁶ Comentario al fallo publicado en la R.D. y J., tomo 32, sec. 1º, p. 100. Arturo Alessandri Besa adhiere a la tesis del señor Barriga, en op. cit., tomo I, segunda edición, N° 654, pp. 598 a 601.

²⁷ R.D. y J., tomo 19, sec. 1º, p. 325; tomo 25, sec. 1º, p. 390; tomo 28, sec. 1º, p. 133; tomo 29, sec. 1º, p. 250; tomo 32, sec. 1º, p. 100, y tomo 36, sec. 1º, p. 289.

Las sentencias que aceptan que el heredero intente la acción de nulidad absoluta²⁸ se fundan en las razones siguientes:

- La regla del artículo 1683, que prohíbe al contratante de mala fe alegar la nulidad absoluta es excepcional. Como tal, no puede aplicarse a otras personas que a aquéllas que señala determinadamente el texto de la ley.
 - El precepto mencionado sanciona la inmoralidad propia del contratante pero esa sanción o castigo no puede aplicarse a quien no participó en el acto o contrato.
 - El heredero no ejercita una acción que haya adquirido de su causante, sino que acciona con un derecho propio, apoyándose en la ley que lo confiere a todo el que tenga interés en ejercitarlo.
- Finalmente, se dice que mientras el fundamento de la inhabilidad del art. 1683 del Código Civil radica en la circunstancia de haber contratado la parte afecta a tal inhabilidad sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el contrato, la del art. 1685 se establece en razón del dolo, esto es, de la maquinación fraudulenta utilizada para inducir con engaño a alguien a contratar; en el primer caso la ley contempla un fenómeno subjetivo, un estado pasivo; en el segundo exige no sólo intención de engañar, sino acción encaminada a tal fin. De modo que ambas situaciones no son equivalentes y no siéndolo, no puede entenderse que la sanción que se aplica en una, en razón de un fundamento preciso, haya de igualarse en sus efectos a la otra, que deriva de un fundamento distinto. En tal evento la ley deseó ser más severa y al efecto hubo de consignar expresamente que la prohibición impuesta al autor del dolo se extendería a sus herederos y cesionarios, lo que no se habría necesitado si en la mente del legislador hubiera existido idéntico propósito al establecer la inhabilidad del art. 1683 del Código Civil.

b) El Ministerio Público puede pedir la declaración de nulidad absoluta en el solo interés de la moral y de la ley.

Este titular de la acción de nulidad no existe desde la supresión de los promotores fiscales en primera instancia.

²⁸ R.D. y J., tomo 33, sec. 2ª, p. 65; tomo 34, sec. 2ª, p. 33, y tomo 58, sec. 2ª, p. 21.

4) Declaración

La nulidad absoluta debe ser declarada judicialmente y el juez no puede ni debe declararla de oficio, a menos que el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato (art. 1683 C.C.).

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, manifiesto significa, en lo que aquí interesa, “descubierto, patente, claro”. La jurisprudencia²⁹ entiende por tal que baste sólo leer el instrumento en que el acto o contrato se contiene sin relacionarlo con ninguna otra prueba o antecedente del proceso, ni resultar de racionios más o menos próximos.

5) Saneamiento

La nulidad absoluta no se sana por la ratificación de las partes ni por un lapso de tiempo que no pase de 10 años (art. 1683).

C. Nulidad relativa

1) Concepto

La nulidad relativa es una sanción civil dispuesta por la ley cuando a un acto o contrato le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según el estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan.

2) Causales

Tiene lugar esta clase de nulidad por la omisión de requisitos o formalidades establecidos por la ley para el valor de los actos o contratos en consideración al estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan (art. 1683), y en general, por cualquiera otra especie de vicio, que no sea causal de nulidad absoluta.

3) Titulares

La nulidad relativa puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios (art. 1684).

²⁹ R.D. y J., tomo 10, sec. 1ª, p. 457; tomo 19, sec. 1ª, p. 53; tomo 22, sec. 1ª, pp. 780 y 936; tomo 25, sec. 1ª, p. 390; tomo 27, sec. 1ª, p. 33; tomo 28, sec. 1ª, pp. 195, 350 y 591; tomo 29, sec. 1ª, pp. 50, 148 y 250; tomo 30, sec. 1ª, p. 413; tomo 32, sec. 1ª, p. 100; tomo 33, sec. 1ª, p. 165, y sec. 2ª, p. 65; tomo 35, sec. 1ª, p. 424; tomo 43, sec. 1ª, p. 518.

Excepción; si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad (art. 1684).

4) Declaración

Por sentencia judicial a pedimento de parte (art. 1684).

5) Saneamiento (arts. 1693-1697)

a) Ratificación

- i) Confirmación o ratificación (expresa o tácita)
- ii) La ratificación debe emanar de quien puede invocar la nulidad y siempre que sea capaz.

b) Prescripción (art. 1692).

El plazo de prescripción de la acción es de cuatro años.

Se cuenta de distinta manera, según sea la causal de que se trate:

- Fuerza: desde que ésta cesa.
- Error o dolo: desde la fecha del acto o contrato.
- Incapacidad: desde que cesa la incapacidad.

Se suspende la prescripción a favor de los herederos menores y comienza a correr el cuadrienio o su residuo, desde que hubiesen llegado a edad mayor.

- Los efectos de la nulidad absoluta y relativa

Los efectos son los mismos en ambas nulidades y se debe distinguir los efectos de la nulidad entre las partes y respecto de terceros.

- Los efectos de la nulidad entre las partes.
 - Si las obligaciones del acto o contrato que se anula se encontraban pendientes, la nulidad opera como un modo de extinguir esas obligaciones (art. 1567 N° 8).
 - Si las obligaciones se encontraban cumplidas, las partes son restituidas al estado anterior a la celebración del contrato, como si éste no se hubiese celebrado.

Se exceptúan de esta restitución completa al estado anterior a la contratación, los casos que siguen: el incapaz, el cual restituye sólo aquello en que se hubiese hecho más rico por el contrato; y cuando se declara la nulidad por objeto o causa ilícitos, a sabiendas. En esta última situación no hay repetición de lo que se haya dado o pagado, como una sanción al dolo con que se ha procedido al contratar (arts. 1668 y 1468 del Código Civil).

– Los efectos de la nulidad respecto de terceros (art. 1689).

La nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores (de buena o mala fe). No procede la acción reivindicatoria en ciertos casos, como por ejemplo: si el tercero adquirió el bien objeto del contrato nulo por la prescripción adquisitiva o se rescindió una compraventa de bienes raíces por lesión enorme.

D. Inoponibilidad

1) Concepto

La inoponibilidad es la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico (Bastian).

2) Clasificación

La inoponibilidad puede ser: **de forma**, por falta de fecha cierta del acto o por omisión de formalidades de publicidad; o **de fondo**, por falta de concurrencia, por fraude, por lesión de derechos adquiridos, por lesión de asignaciones forzosas y por nulidad.

a) Inoponibilidades de forma

- Por falta de fecha cierta.

El artículo 1703 del C.C. dispone que “la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de algunos de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que consta haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal”. Sin perjuicio de lo anterior, la fecha de instrumento privado se cuenta respecto de terceros desde su protocolización con arreglo a las normas del Código Orgánico de Tribunales (art. 419 del C.O.T.).

En asuntos mercantiles, las escrituras privadas que guardan conformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos enumerados en el artículo 1703 del Código Civil. Así lo dispone el art. 127 del Código de Comercio.

- Por falta de publicidad.

Las formalidades de publicidad son aquellas destinadas a que los terceros tomen conocimiento de un acto o contrato celebrado por las partes, o de la ocurrencia de un hecho de relevancia jurídica.³⁰

Su omisión acarrea como sanción civil la inoponibilidad. Por ejemplo, las contraescrituras públicas no producen efectos con respecto a terceros cuando no se halla razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado (copia) en cuya virtud ha obrado el tercero (art. 1707 inc. 2º del C.C.); o la cesión de un crédito no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada al deudor o aceptada por éste (art. 1902 C.C.); o la sentencia que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, pero no vale contra terceros sin la competente inscripción (art. 2513 del C.C.).

b) Inoponibilidades de fondo

- Por falta de concurrencia.

La venta de cosa ajena es válida, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo (art. 1815). El contrato de compraventa de que se trata es inoponible al verdadero dueño que no concurrió a prestar consentimiento. Lo mismo sucede en el arrendamiento de cosa ajena (art. 1916); la prenda de cosa ajena (art. 2390); el socio administrador excedido en sus facultades (art. 2079).

- Por fraude.

Es el caso del deudor que ejecuta actos en fraude de sus acreedores antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso y que son inoponibles respecto de los acreedores que ejerciten la acción pauliana civil (art. 2468).

³⁰ Alessandri, Somaniva y Vodanovic, op. cit., N° 1490-a, p. 354.

- Por lesión de derechos adquiridos.

Esta situación se encuentra prevista en el artículo 1723 del Código Civil, según el cual las sustituciones del régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total, o de éste por el régimen de participación en los gananciales, no perjudicarán, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer.

- Por lesión de asignaciones forzosas.

Se remedia esta lesión mediante el ejercicio de la acción de reforma del testamento (art. 1216).

- Por nulidad.

Un ejemplo en este sentido es la inoponibilidad de la nulidad del contrato de sociedad por parte de los miembros de la sociedad de hecho en contra de los terceros de buena fe (C. Civil, art. 2058). Del mismo modo, la nulidad de la sociedad colectiva mercantil por falta de solemnidades en su constitución no puede alegarse contra terceros interesados en su existencia (C. de Comercio, art. 361).

3) Maneras de alegar la inoponibilidad

Se puede alegar como acción, como sucede con la acción pauliana o la acción de reforma del testamento, o como excepción, que será la forma más frecuente de hacer valer la inoponibilidad.

II. Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez

A. Ideas generales

- 1) La nueva visión del profesor Rodríguez Grez respecto de la ineficacia jurídica de derecho privado se funda en el examen del sistema jurídico, compuesto de un conjunto de normas generales y abstractas y de reglas particulares y concretas que integran un todo orgánicamente concebido.³¹

³¹ Rodríguez Grez, Pablo, *El derecho como creación colectiva*, N° 2, p. 11, Ediciones Jurídicas Universidad del Desarrollo, 1999.

- 2) El orden jurídico, según este autor, es un sistema desde una triple perspectiva: su estructura orgánica (las normas y las reglas se hallan dispuestas conforme la función que a cada cual corresponde), su funcionamiento (cada norma ejecuta otra norma y produce otras normas y otras reglas), y su validez (la capacidad de obligar) depende de la pertenencia de la norma o la regla al ordenamiento jurídico.³²
- 3) El orden normativo se asienta en una estructura escalonada, donde la norma superior determina el contenido material de la norma inferior (lo cual equivale a desarrollar los principios y valores que se contienen en ella), y fija el procedimiento por medio del cual la norma inferior se integra al ordenamiento jurídico.³³
- 4) Las normas cumplen una doble función: tanto de ejecución como de producción. Las leyes ordinarias ejecutan lo dispuesto en la Constitución y producen los reglamentos. Los reglamentos ejecutan las leyes ordinarias y producen los comportamientos conforme a ellos, esto es, las reglas.³⁴ A su vez, las reglas se limitan a ejecutar la norma de rango superior.
- 5) El ordenamiento jurídico reconoce cinco poderes (o potestades) institutores del derecho: el Poder Constituyente, el Poder Legislativo, la Potestad Reglamentaria, la Jurisdicción y la Autonomía Privada. A través de estas cinco potestades se desenvuelve y desarrolla el sistema normativo cuyo fin último es prescribir conductas humanas por medio de reglas particulares que afectan individualmente a cada uno de los integrantes de la sociedad civil.³⁵

Del proceso indicado, se infiere que las normas, atendida su generalidad y abstracción, desempeñan una función referencia, virtual o indicativa³⁶ y la regla, fundada en la norma superior, concreta el mandato general y abstracto, en un mandato relativo y específico al caso particular.

- 6) Cumplidos los elementos materiales y formales de la norma de rango superior, las normas inferiores y las reglas obligan. Si el comportamiento exigido no se realiza, el Estado, que detenta el monopolio de la fuerza, la pone a disposición de su cumplimiento forzoso, que puede desplegarse

³² Op. cit., p. 11.

³³ Op. cit., p. 16.

³⁴ Op. cit., pp. 16-18.

³⁵ Op. cit., p. 32.

³⁶ Op. cit., N° 19, p. 43.

para imponer la conducta debida compulsivamente o para imponer una conducta de reemplazo (sanción), que corresponderá a un cumplimiento por equivalencia, llamado a restaurar el orden establecido.³⁷

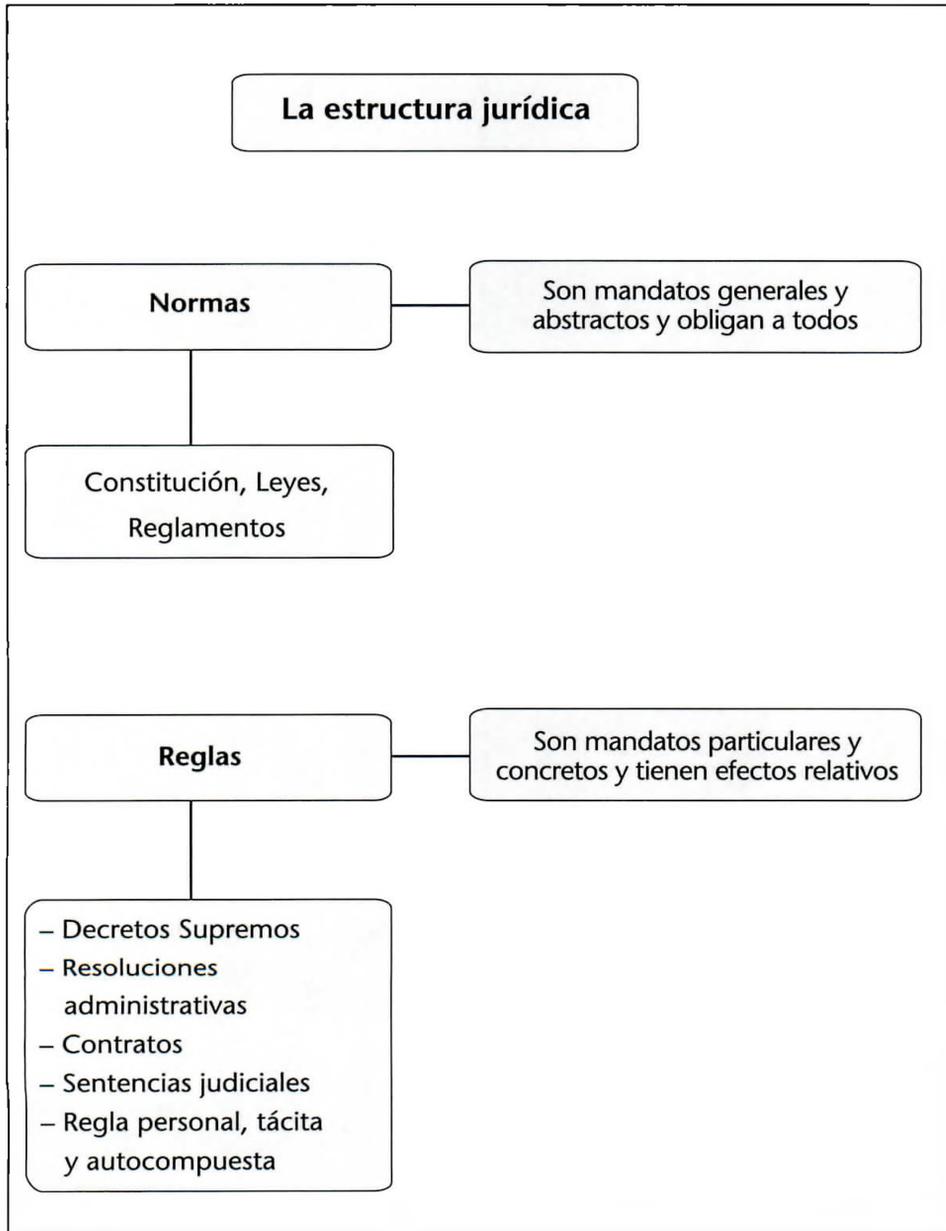
- 7) En el evento que no se satisfagan los elementos formales y materiales de la norma superior, el sistema normativo prevé la forma en que deben eliminarse del mismo aquellas normas o reglas en que se contravenga el mandato de una norma superior. Respecto de cada una de las prescripciones que se contienen en él, existe un órgano llamado a excluir del sistema a aquella disposición (norma o regla) que se integre o se pretenda integrar al ordenamiento, ya sea contraviniendo los principios (oposición material) o los requisitos o presupuestos procesales instituidos para su incorporación al ordenamiento (oposición formal). Tal función corresponde al Tribunal Constitucional tratándose de las materias señaladas en los números 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10 y 16 del artículo 93 de la Constitución Política de la República; a la Contraloría General de la República tratándose de la legalidad de un decreto supremo; a los tribunales superiores de justicia tratándose de una sentencia pronunciada por un tribunal inferior; y a estos tratándose de un contrato, una convención o un acto jurídico unilateral.³⁸
- 8) Finalmente, se debe señalar que la concreción regulatoria puede ser de dos clases: formal, cuando surge una regla positiva que se inserta en el ordenamiento jurídico objetivo, como sucede con los decretos supremos, las resoluciones administrativas, las sentencias judiciales o los actos o convenciones; y la informal, cuando el sujeto cumple espontáneamente el mandato normativo, para cuyos efectos elabora una regla personal, tácita y autocompuesta.³⁹ Es personal porque emana del individuo; tácita, porque se traduce en el cumplimiento voluntario de la obligación (cualquiera que sea su fuente: contractual, cuasicontractual, delictual, cuasidelictual o legal), y es autocompuesta porque la elabora la persona por sí misma utilizando los elementos formales y materiales de la norma superior. Esta regla puede ser impugnada por los terceros o quedar firme si no se la impugna.

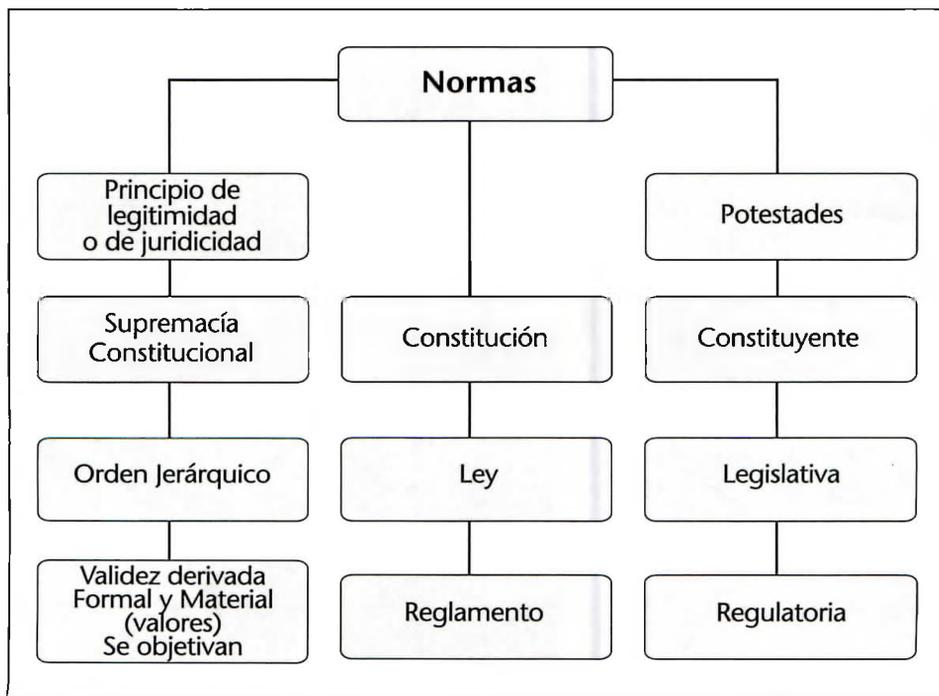
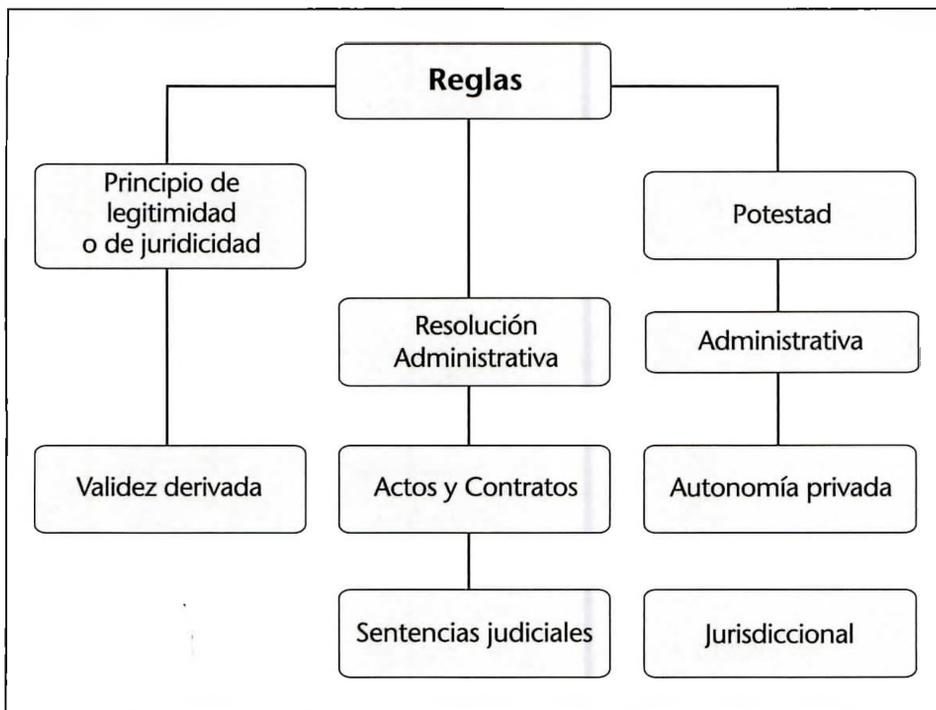
³⁷ Op. cit., p. 13.

³⁸ Op. cit., pp. 54 y 55.

³⁹ Op. cit., p. 223.

Gráficos acerca de la estructura jurídica: las normas y las reglas, los principios y las potestades





B. El acto jurídico

1) Concepto

En el nuevo enfoque de la ineficacia jurídica, resulta una distinta definición del acto jurídico.

Se le define como una regla jurídica de efectos relativos, creada voluntariamente por quien o quienes concurren a su gestación, y que tiene por objeto crear una nueva situación intersubjetiva, la cual resulta de la creación, modificación o extinción de los derechos comprometidos,⁴⁰ que se inserta en el ordenamiento jurídico por el cumplimiento de los elementos formales y materiales de la norma fundante de rango superior.

2) Elementos

a) Es una regla jurídica de efectos relativos⁴¹

Esto significa que las partes quedan vinculadas por los derechos y obligaciones. Así aparece con toda claridad en los contratos, materia en la cual el artículo 1545 del Código Civil dice que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y el artículo 1546 agrega que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que obligan (a los contratantes) en toda la extensión que dicha disposición establece. Y más ampliamente, el artículo 1445 señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad debe cumplir los requisitos que allí se establecen.

Los terceros quedan obligados genéricamente a reconocer la regla, compuesta de las partes, el contenido y sus estipulaciones.

b) Manifestación de voluntad de la parte o partes que crean el acto jurídico⁴²

Se deben observar a estos respectos los elementos esenciales del acto jurídico, que el Código Civil, a propósito de los contratos, dice que son aquellos sin los cuales el contrato o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente (art. 1444).

⁴⁰ Rodríguez Grez, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, p. 109, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

⁴¹ Op. cit., p. 110.

⁴² Op. cit., p. 110.

Asimismo, han de cumplirse las exigencias del artículo 1445 del mismo Código, esto es, la capacidad legal, el consentimiento exento de vicios y la concurrencia de objeto y causa lícitos.

Finalmente, el acto no debe vulnerar una norma superior que califique fictivamente el acto como inexistente, o lo prive *ab-initio* de todo efecto.

c) *Intención de generar una nueva situación intersubjetiva*⁴³

Ese móvil se cumplirá a consecuencia de la correlación de derechos y obligaciones comprometidos. Por ejemplo, de la celebración de una compraventa nacerán para el vendedor las obligaciones de recibir el precio, de entregar y hacer tradición de la cosa vendida y de responder del saneamiento en conformidad a la ley; y para el comprador los deberes de pagar el precio y recibir la cosa. De esta manera, lo que es derecho para una parte es obligación para la otra, y se forma una nueva situación entre los intervinientes que los coloca como acreedores y deudores recíprocos, lo que no existía entre ellos antes del acto jurídico.

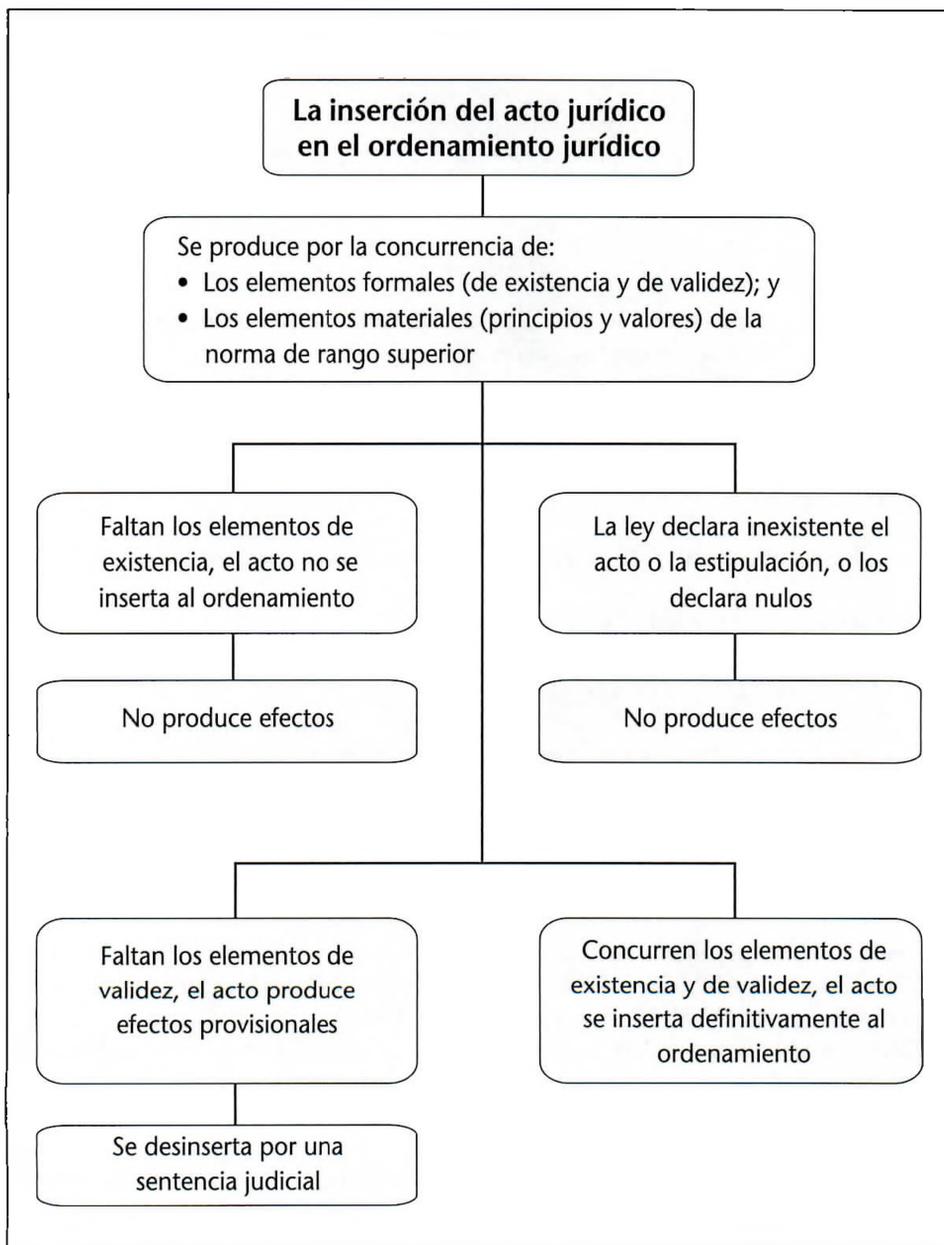
d) *Perfeccionado el acto jurídico, éste se integra al ordenamiento jurídico*⁴⁴

El acto jurídico, concebido como una regla, se inserta al ordenamiento jurídico siempre que cumpla el modo y los requisitos previstos por la norma superior para su perfeccionamiento (validez derivada, formal y material). Y a la vez incorpora las leyes vigentes (el ordenamiento) al momento de perfeccionarse, como lo establece el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

⁴³ Op. cit., p. 111.

⁴⁴ Op. cit., p. 111.

Se puede graficar la inserción del acto jurídico en el ordenamiento de la manera siguiente:



C. La inexistencia y la teoría bimembre de la nulidad

La inexistencia

1) Concepto

La inexistencia es una consecuencia negativa de la falta de los elementos esenciales instituidos por la ley para que el negocio jurídico surja a la vida del derecho.

2) Causales

Son causales de inexistencia la falta de: la voluntad o consentimiento, el objeto, la causa o la solemnidad del acto o contrato.

3) La inexistencia y los efectos

El acto inexistente no produce efectos jurídicos.

Sin embargo, se pueden producir consecuencias jurídicas, en razón de:

- a) Los efectos autárquicos, o
- b) Por una apariencia calificada por la ley.⁴⁵

a) Los efectos autárquicos son aquellos que sobrevienen por sí solos e independientemente de cada elemento concurrente y que provocan alteraciones de hecho.

Por ejemplo, una compraventa de un bien raíz otorgada por escritura privada. Esta clase de contrato es solemne, porque está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (art. 1443); el artículo 1801, inciso 2º, establece que la venta de los bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley mientras no se ha otorgado escritura pública; y el artículo 1701 dispone que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados.

Si en la compraventa de bienes raíces otorgada por escritura privada no se paga el precio ni se entrega la cosa, no hay ningún efecto jurídico.

⁴⁵ Rodríguez Grez, Pablo, op. cit., pp. 60 y 100.

En el supuesto que se pague el precio y se entregue la cosa, estos no son efectos del contrato (que es inexistente), sino una alteración de la realidad con ocasión de la falsa percepción de quienes intervinieron en el acto o contrato inexistente. Las restituciones recíprocas procederán por aplicación del enriquecimiento sin causa.

Es más, la entrega material del bien raíz no servirá para hacer la tradición al comprador, porque el artículo 686 del C.C. dice que se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. A su turno, el art. 52 N° 1 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces señala que deberán inscribirse los títulos translaticios de dominio de los bienes raíces, y los artículos 57 y 62 del mismo Registro exigen copia auténtica del título respectivo y no admitirá el Conservador como auténtica sino copia autorizada, con las solemnidades legales, por el competente funcionario. De este modo, no hay posibilidad de incluir el inmueble en el régimen de la posesión inscrita, y si el bien raíz estaba antes inscrito, el comprador no puede invocar la venta como título posesorio ni está en condiciones de prescribir en contra del poseedor inscrito en conformidad con el artículo 2505 del Código Civil.

Podría sostenerse en contrario que, en el caso en examen, la sanción es la nulidad absoluta al tenor del artículo 1682 del Código Civil. Sin embargo, si así fuera, habría que admitir que el acto se sanearía en diez años (art. 1683), transcurridos los cuales podría invocarse la compraventa otorgada por escritura privada para hacer la tradición, lo cual no es posible por las normas del Registro Conservatorio. Ello demuestra que opera la inexistencia y no la nulidad absoluta. Así lo confirma, por lo demás, la dictación del Decreto Ley N° 2.695, de 1979, que "Fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella", cuyo objeto fue "regularizar la situación del poseedor material que carece de títulos o que los tiene imperfectos", a quien "la legislación vigente sobre la materia no ha permitido dar solución eficaz al problema".⁴⁶

b) La apariencia calificada por la ley

La inexistencia produce efectos limitados en los caso de una "apariencia" calificada por la ley.

Son casos excepcionales en que el acto aparece revestido de objetividad. En tales situaciones la ley le asigna efectos limitados para proteger a terceros de

⁴⁶ Considerandos 2° y 3° del D.L. 2.695 de 1979.

buena fe. Así sucede, por ejemplo, en la simulación absoluta, que entre las partes el acto ostensible no existe, pero que para los terceros de buena fe se reputa existente.⁴⁷

4) Caracteres de la inexistencia

- a) La inexistencia es una consecuencia negativa que forma parte de la realidad y es extrajurídica.⁴⁸
- b) La inexistencia no se sana en forma alguna.⁴⁹
- c) El acto inexistente no se inserta en el ordenamiento jurídico y carece de validez provisional o presuntiva.⁵⁰
- d) La inexistencia no impide que los elementos concurrentes al acto jurídico inexistente o la apariencia calificada por el legislador generen ciertos efectos jurídicos.⁵¹
- e) Del acto inexistente no nacen derechos y obligaciones.⁵²
- f) No requiere de declaración judicial. En caso de conflicto o por razones de mera certeza, el juez la constata.⁵³

La teoría bimembre de la nulidad

Postula la existencia de dos clases de nulidad: 1) Nulidad efecto u originaria, que se divide en nulidad radical y nulidad textual; y 2) Nulidad virtual, tácita o indirecta, que comprende las nulidades absoluta y relativa.

1) Nulidad efecto u originaria

a) Concepto

La nulidad originaria consiste en la privación o exclusión de todo efecto jurídico, provisional o definitivo, dispuesta en la ley respecto de ciertos actos señalados en forma expresa y específicamente en ella.⁵⁴

⁴⁷ Se trata de una verdadera inoponibilidad por simulación. Acerca de la simulación, véanse: Ferrada, Francesco, *Simulación de los Negocios Jurídicos*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002; Diez Duarte, Raúl, *La Simulación del Contrato en el Código Civil Chileno*, Fallos del Mes, segunda edición, 1982; Paillás, Enrique, *La Simulación en Derecho Privado*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2003; Alcalde Rodríguez, Enrique, "La simulación y los terceros, consideraciones civiles y penales". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27 N° 2, págs. 265 a 289, 2000, Sección Estudios; y Santa Cruz Serrano, Víctor, "El Instrumento Público", R.D.J., tomo 38 marzo a diciembre, 1941, págs. 142 y ss. Y tomo 39, marzo a abril, 1942, pp. 5 y ss. Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 64. Ob. cit., pág. 60.

⁴⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 99.

⁴⁹ Op. cit., p. 61.

⁵⁰ Op. cit., pp. 60-61.

⁵¹ Op. cit., p. 60.

⁵² Op. cit., p. 64.

⁵³ Op. cit., p. 58.

⁵⁴ Op. cit., p. 126.

b) Clases de nulidad originaria

Se divide en nulidad radical y textual.

b.1) Nulidad radical

- **Concepto**
En la nulidad radical la ley dispone que el negocio que se ha perfeccionado, porque concurren todos los elementos esenciales, debe considerarse como inexistente, como no celebrado, como no escrito.⁵⁵
- **Caracteres.**
 - En la nulidad radical, el legislador elimina el acto existente a través de una ficción.
 - Esa eliminación del acto produce efectos absolutos y el acto no genera consecuencias desde sus inicios.
 - La declaración del legislador de eliminar el acto hace innecesaria la declaración de nulidad por el juez. En caso de conflicto o por razones de mera certeza, el juez se limitará a constatar la nulidad radical.⁵⁶
- **Casos de nulidad radical.**
Sucesión por causa de muerte.
 - El testamento es un acto esencialmente revocable en cuanto a la disposición de bienes (art. 999).
 - Cualquier limitación a la revocabilidad se mira como no escrita (art. 1001).
 - La asignación testamentaria fundada en un error de hecho determinante en ella se tendrá por no escrita (art. 1058).
 - Las asignaciones testamentarias condicionales, que consisten en que el heredero o legatario no contraiga matrimonio (salvo que se limite a no contraerlo antes de los dieciocho años o menos) (art. 1074), o de permanecer en estado de viudedad (a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio) (art. 1075), se tendrán por no escritas o no puestas, respectivamente.

⁵⁵ Op. cit., p. 129.

⁵⁶ En esta materia el juez tiene una función similar a la que desempeña respecto de la condición resolutoria ordinaria (art. 1479 C.C.).

- Los legados.
 - El legado con cláusula de no enajenar que no compromete derechos de terceros, se tiene por no escrita (art. 1126). Lo mismo sucede si el testador manda pagar lo que cree deber y no debe (art. 1132, inciso 1º).
- Tutores y curadores.
 - La cuenta que debe rendir el tutor o curador es esencial. Si el testador le ha exonerado anticipadamente el saldo; y aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador, y aunque se le dejen bajo la condición precisa de no exigir la cuenta o el saldo, semejante condición se mirará como no escrita (art. 415).
- Obligaciones condicionales.
 - Las condiciones resolutorias, físicas o moralmente imposibles o ininteligibles, se tienen por no escritas (art. 1480).
- Contratos.
 - Lesión enorme.
 - Si se expresa la intención de donar el exceso, esa declaración se tendrá por no escrita (art. 1892).
- Contratos solemnes.
 - Si se promete reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno.

b.2) La nulidad textual

- Concepto.

En la nulidad textual se trata de actos en los que pueden concurrir o no vicios de nulidad, pero es la ley la que declara imperativamente la nulidad.⁵⁷
- Caracteres
 - La ley se encarga de declarar la nulidad, cuya fuente genérica es el artículo 11 del Código Civil, según el cual: "Cuando la ley declara nulo algún acto,

⁵⁷ Op. cit., p. 136.

con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”.

El juez no declara la nulidad, sino que se limita a constatarla.

- El acto no produce efectos *ab-initio*.
- Esta clase de nulidad no se sana.⁵⁸

- Casos de nulidad textual.

- Sucesión por causa de muerte.

- Será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona (art. 966).

- El legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, es nulo, salvo las excepciones legales (art. 1107).

- Compraventa:
 - Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad (art. 1796).

 - El art. 1811 permite la venta de todos los bienes de una persona o de una cuota de ellos siempre que se especifiquen por escritura pública. Si se estipula que los bienes no especificados forman parte de la venta, esa estipulación es nula.

- Obligaciones:
 - Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que le obliga (art. 1478).

- Semejanzas entre las nulidades originarias y la nulidad de derecho público.
 - En el derecho público existen opiniones encontradas acerca de la nulidad.

⁵⁸ Op. cit., pp. 123 y 124.

- Reyes Riveros⁵⁹ plantea tres puntos fundamentales: a) El principio de conservación de los actos y contratos administrativos; b) la independencia de la nulidad de derecho público respecto de la nulidad de derecho privado, y c) diversas posibilidades de sanción frente a transgresiones del principio de juridicidad en los actos administrativos.

a) El principio de conservación

Este principio se manifiesta, siguiendo a los tratadistas españoles, en el mantenimiento de aquellos actos administrativos irregulares que pueden alcanzar el fin propuesto sin mermas a las libertades y derechos de los particulares. Tales irregularidades pueden ser remediadas por la convalidación, conversión o nulidad parcial del acto administrativo.

b) La independencia de la nulidad de derecho público de la nulidad de derecho privado.

El profesor Reyes Riveros sostiene que la separación entre ambas nulidades obedece a que los actos administrativos son obligatorios y gozan de ejecutoriedad por mandato constitucional y legal, por emanar de autoridades a quienes la Carta Política atribuye el ejercicio de la soberanía. Ello difiere de los actos de los particulares regidos por el ordenamiento civil.

c) Posibilidades de sanción frente a transgresiones del principio de juridicidad en los actos administrativos

c.1) Reconoce, el autor citado, como discutible la inexistencia.

c.2) Acerca de la nulidad de pleno derecho, estima que solo procede en los casos de vicios groseros que determina la ley, como en los actos provenientes de órganos manifiestamente incompetentes, o respecto de actos de objeto imposible o delictual, o cuando se prescinde total y absolutamente del procedimiento legal o de las normas esenciales para la formación del consentimiento.

En los casos mencionados, no es procedente la conversión ni la convalidación del acto administrativo. El juez puede declarar de oficio la nulidad, sin que sea obstáculo para ello la prescripción. Asimismo, puede declararla la Administración. Los efectos de la nulidad se retrotraen al momento de perfeccionarse el acto nulo (*ex tunc*).

⁵⁹ Reyes Riveros, Jorge, *Invalidación de Actos Administrativos*, pp. 90 y ss., LexisNexis ConoSur, 2002.

c.3) La anulabilidad.

Es la nulidad que constituye la regla general frente a los vicios del acto, esto es, para todas aquellas causales que no dan lugar a nulidad de pleno derecho o no consistan en irregularidades no invalidantes.

En lo que a esta nulidad concierne, puede tener lugar tanto la figura jurídica de la conversión como la de convalidación del acto viciado y aun la incomunicabilidad de la parte viciada a otras sanas del mismo acto. La acción para solicitarla es prescriptible y el juez solo puede declararla a instancia de parte, sin perjuicio de que la propia Administración, de oficio o a petición de parte, pueda también invalidar el acto. Los efectos de la declaración de nulidad se originan a partir de su declaración (*ex nunc*).

c.4) Irregularidades no invalidantes.

Hay ciertos vicios que no dan lugar a la anulabilidad por tratarse de defectos de menor entidad, como serían irregularidades de forma que no priven al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin ni originen la indefensión de los interesados. En este acto, habrá un acto irregular pero válido.

También puede darse en los casos en que lo procedente frente al vicio es una distinta sanción a la anulabilidad, como ocurre en la situación de actuaciones administrativas realizadas fuera de plazo en que se persigue la responsabilidad de los infractores, pero no la validez de la actuación.

El profesor Soto Kloss⁶⁰ expresa:

Desligándose de toda percepción civilista, que nada tiene que hacer aquí, ha de decirse que si todo acto que contraviene, infringe o vulnera la sujeción integral de los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella es nulo, ello significa una serie de consecuencias directamente derivadas todas de esta disposición fundamental, a saber:

⁶⁰ Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Tomo II, El principio de juridicidad, pp. 172 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1996. Su pensamiento encuentra fundamento en el "Voto particular" de Mariano Egaña presentado el 12 de mayo de 1832 como Proyecto de Reforma de la Constitución de 1828 a la Gran Convención, de la cual salió la Carta de 1833. Cfr. Corte Suprema, 26 de junio de 2008, Considerandos duodécimo, decimotercero y decimoquinto. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los ministros señores Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, señora Sonia Araneda y el abogado integrante señor Oscar Herrera. Cita: rol 1672-07, MJJ17763.Producto Microjuris.

1. se trata de una nulidad ipso iure
2. insanable, por tanto; y, además,
3. imprescriptible.

La nulidad opera ipso iure y el juez sólo la reconoce.

Atendido lo expuesto precedentemente, es posible apreciar las semejanzas entre la nulidad de derecho público y las nulidades originarias de derecho privado.

Nulidad de derecho público	Nulidades originarias
<ul style="list-style-type: none"> - Opera ipso iure y vela por el respeto de la supremacía constitucional. - Es insanable, y - Es imprescriptible. 	<ul style="list-style-type: none"> - Operan de pleno derecho y velan por el principio de juridicidad. - Es insanable porque el acto no se inserta en el ordenamiento por disposición de la ley, y - Es imprescriptible.

2) La nulidad sanción o nulidades virtuales

Concepto

Es una sanción civil que consiste en privar, total o parcialmente, de validez provisional a un acto jurídico, o bien en atribuirle efectos diversos de los queridos por las partes, deslegitimando las situaciones jurídicas forjadas a su amparo, en la forma prevista y sin perjuicio de las excepciones legales.⁶¹

Clases de nulidades virtuales: nulidad absoluta y nulidad relativa

La nulidad absoluta del acto o contrato opera por la falta de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie. Y la nulidad relativa obedece a la omisión de tales requisitos de validez, establecidos en consideración al estado o calidad de las partes (art. 1681 C.C.).

Vicios

Los vicios que dan origen a las nulidades virtuales obedecen a la carencia de algunos de los requisitos establecidos en la ley para el "valor del mismo acto o contrato" (art. 1681) y no a la falta de los requisitos de existencia de los mismos.

⁶¹ Rodríguez Grez, Pablo, op. cit., p. 124.

Caracteres

- El acto existe y tiene valor provisional.
- Produce todos sus efectos desde su perfeccionamiento hasta la declaración judicial de la nulidad.
- Esta clase de nulidad virtual se sana por ratificación o prescripción si es nulidad relativa, o solo por la prescripción si es nulidad absoluta.

Efectos de las nulidades virtuales: liberadores, deslegitimadores y substitutivos⁶²

a) Liberadores o liberatorios entre las partes

La nulidad desata o desliga a las partes afectadas por el acto (1567 N° 8°-1687 del C.C.).

b) Deslegitimadores

Desprotege las situaciones jurídicas creadas o forjadas al amparo de los efectos del acto.

Alcanza a los autores, causahabientes y terceros.

Es temporal. Por ejemplo: puede operar la prescripción adquisitiva de la cosa a favor del tercero adquirente de ella; o la prescripción entre las partes, si no se reclama por una de ellas o ambas, la restitución de las cosas entregadas o pagadas en virtud del contrato nulo dentro de los plazos de prescripción.

c) El efecto substitutivo

Priva al acto de los efectos queridos por las partes y le asigna la ley efectos diversos.

La ley, en ciertos casos, atenúa el efecto liberador de la nulidad entre las partes.

- Por ejemplo: el art. 1688 dispone que el incapaz restituye solo aquello en que se hubiere hecho más rico.

⁶² Op. cit., pp. 118 y ss.

- El art. 1468 prescribe que no se podrá repetir lo que se haya dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitos a sabiendas.
- El art. 1701, en su inciso 2º, señala que fuera de los casos señalados en el inciso 1º del mismo artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

El art. 8º de la Ley 18.010 ordena reducir todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, al interés corriente que rija al momento de la convención.

- El efecto liberador es atemporal y se produce por el solo ministerio de la ley con la declaración de nulidad.

Interversión de la nulidad

a) Inexistencia propia: se trata de actos jurídicos incompletos o meramente tentados, reconocidos como tales.

- Art. 1809, si no se cumplen los procedimientos para la fijación del precio en la compraventa, no habrá venta.
- Art. 2055, no hay sociedad sin aportes o participación de beneficios.

b) Inexistencia propia transformada en nulidad textual.

- Art. 1998. Confección de obra material si se faculta a un tercero para fijar el precio y este muere antes de ejecutarse la obra, será nulo el contrato.
- Art. 2455. Es nula la transacción si al celebrarse estaba terminado el litigio por sentencia ejecutoriada.

c) Nulidad virtual a radical.

- Art. 1058. La asignación testamentaria que fuere motivada por un error de hecho, que sin él no se hubiese efectuado, se tendrá por no escrita.
- Art. 1480, inc. 4º. La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita.

d) Nulidad virtual a textual

- Art. 966, nulidad de la disposición a favor del incapaz aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de personas.
- Art. 1811. La venta de todos los bienes de una persona o de una cuota de ellos sin especificarlos es nula; aunque se estipule que los bienes no especificados están comprendidos en la venta. Esa estipulación es nula.

e) Acto nulo a válido

- Art. 1701. Fuera de los casos del inciso 1º, el instrumento defectuoso por incompetencia del notario u otro defecto de forma, vale como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

Síntesis de la teoría bimembre de la nulidad de derecho privado*A. Nulidades originarias*

1. El acto jurídico no se incorpora al ordenamiento normativo por disposición de una norma expresa.
2. El acto jurídico no produce efecto alguno *ab-initio*.
3. El acto jurídico no está dotado de validez “presuntiva o provisional”.
4. No se requiere de sentencia judicial, debiendo el juez “constatar” la nulidad, no declararla.
5. Estas nulidades no se sanean jamás.
6. Pueden ser RADICALES (inexistencia impropia) o TEXTUALES (la nulidad es declarada por la ley).
 - i) RADICALES. La ley presume que el acto jurídico NO EXISTE (es la más drástica consecuencia jurídica);
 - ii) TEXTUALES. Una norma expresa priva al acto jurídico de todo efecto *ab-initio* (el acto existe, pero no genera consecuencia ninguna).
7. Son nulidades EFECTO.

B. Nulidades virtuales

1. El acto jurídico se inserta (incorpora) en el ordenamiento normativo.
2. El acto jurídico carece de algún requisito dispuesto en la ley para su validez.
3. El acto jurídico está dotado de validez "presuntiva o provisional", la cual será definida cuando, por el transcurso del tiempo, se extingan las acciones de nulidad (10 años o 4 años).
4. La validez "presuntiva o provisional" cesa por virtud de una sentencia judicial.
5. Todas estas nulidades se sanean por el transcurso del tiempo.
6. Pueden ser ABSOLUTAS (establecidas en beneficio de la moral y de la ley) o RELATIVAS (establecidas en beneficio de ciertas personas).
7. Son nulidades SANCIÓN.

PARALELO

1. La nulidad originaria excluye la inserción del acto en el ordenamiento normativo, por consiguiente, no produce el acto efecto alguno, porque la validez jurídica es DERIVADA.

La nulidad virtual no impide que el acto jurídico se inserte en el ordenamiento normativo, por consiguiente, el acto produce efectos desde su perfeccionamiento.

2. El juez "constata" la nulidad originaria, no la declara (puede oponerse como excepción o hacerla valer a través de una acción de mera certeza).

El juez debe "declarar" la nulidad virtual por sentencia judicial con la que pone fin a la validez "presuntiva o provisional", la cual se extiende desde el perfeccionamiento del acto hasta la declaración de nulidad.

3. La nulidad originaria es DECLARADA por la ley (artículo 11 del Código Civil) y no requiere perjuicio alguno.

La nulidad virtual supone la ausencia de requisitos legales (artículo 1682 del Código Civil) y requiere perjuicio (representado por el interés en la nulidad absoluta y la titularidad legal de la acción de nulidad relativa).

4. La nulidad originaria excluye *ab-initio* todo efecto y la situación regulada por el acto es meramente de hecho.

La nulidad virtual, una vez declarada, produce un efecto "liberador" (atemporal), "deslegitimador" (temporal), y en casos de excepción, "sustitutivo" (la doctrina lo llama conversión del acto nulo).

5. El acto jurídico afectado por una nulidad originaria no se sana jamás, no puede incorporarse al ordenamiento en caso alguno, y quien sostiene su validez alega desconocimiento del derecho.

El acto jurídico afectado de nulidad virtual se sana por el transcurso del tiempo, se incorpora al ordenamiento normativo y debe ser excluido del mismo por medio de una sentencia judicial, y quien sostiene su validez no alega desconocimiento del derecho.

6. Las nulidades originarias representan casos de alto significado axiológico, se trata de actos que afectan valores trascendentales.

Las nulidades virtuales representan valores de menor jerarquía.

7. Las nulidades originarias requieren de una norma EXPRESA que las declare (sea privando de efecto o bien negando su existencia).

La nulidad virtual resulta de la relación entre un requisito y la norma que sanciona su ausencia.

8. La nulidad originaria está reconocida en el artículo 11 del Código Civil. La nulidad virtual en los artículos 1681 y siguientes del Código Civil.

9. La nulidad originaria no genera responsabilidad alguna (ni precontractual, ni extracontractual, ni por abuso del derecho).

La nulidad virtual, en ciertos casos, genera responsabilidad civil.

10. La nulidad originaria rompe el principio de pasividad del juez (*iura novit curia*). El juez siempre debe aplicar la ley.

La nulidad virtual reconoce el principio de pasividad del juez, salvo tratándose de la nulidad absoluta cuando la nulidad "aparece de manifiesto" en el acto o contrato.

Conclusión

El nuevo enfoque que el profesor Rodríguez Grez da a la ineficacia de derecho privado demuestra que es posible la renovación y progreso del derecho mediante la interpretación jurídica sin necesidad de modificar los textos normativos y, además, por esa vía precaver fraudes o de proveer a objetos de conveniencia pública o privada mediante el respeto del tenor y espíritu de la ley.