

## ***PODERES NORMATIVOS, NULIDAD Y RECONOCIMIENTO***

### *NORMATIVE POWERS, NULLITY AND RECOGNITION*

FERNANDO ATRIA LEMAITRE\* \*\*

#### *RESUMEN*

El artículo discute la noción de nulidad, enfatizando que ella no puede ser entendida a la manera de la doctrina tradicional, como una sanción, y debe ser entendida como el desconocimiento del ejercicio de potestades normativas cuando ellas han sido irregularmente ejercidas. El derecho modula las consecuencias de ese desconocimiento, y una de esas modulaciones es la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa. La nulidad absoluta es el desconocimiento completo: el pretendido ejercicio de potestades no obliga a nadie. En el caso de la nulidad relativa, por su parte, el acto es reconocido pero imperfectamente. En efecto, el derecho da a alguien un derecho a decidir si el acto seguirá siendo válido.

*Palabras Clave:* Nulidad, potestades normativas, inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa.

\*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Edimburgo, Escocia. Profesor asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0200-9036>. Correo electrónico: [fatria@derecho.uchile.cl](mailto:fatria@derecho.uchile.cl).

\*\*Este artículo es parte de la investigación correspondiente al Proyecto FONDECYT 1190014, "Posesión y Propiedad: la emergencia de la normatividad desde la facticidad", de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), del cual el autor es investigador responsable. Agradezco los comentarios de un revisor anónimo.

Trabajo recibido el 23 de diciembre de 2023 y aceptado para su publicación el 30 de junio de 2024.

## ABSTRACT

The article discusses the concept of nullity in general, arguing that it should be analysed as law's refusal to recognise an alleged exercise of normative powers and not as a "civil sanction", as traditional doctrinal thinking explains it. The law modulates the consequences of this irregularity, and one of these modulations is the distinction between absolute nullity and relative nullity. Absolute nullity is complete lack of recognition: the purported exercise of powers does not bind anyone. In the case of relative nullity, on the other hand, the act is recognised, but imperfectly. In effect, the law gives someone the right to decide whether the act will remain valid.

*Keywords:* Nullity, normative powers, 'non-existence', absolute nullity, relative nullity

## INTRODUCCIÓN

La cuestión de la nulidad en derecho privado ha recibido considerable atención doctrinaria en el tiempo reciente. Como resultado, nuestra comprensión actual del concepto de nulidad y de su modo de operación es hoy entendida de mucho mejor manera que en el pasado. Por otra parte, desde la publicación de *El Concepto de Derecho*, de H.L.A. HART, la teoría analítica del derecho puso en el centro de su atención la noción de poderes normativos. HART mostró, de un modo aparentemente definitivo, que el derecho no puede ser entendido como un conjunto de normas que imponen obligaciones bajo el apercibimiento de una sanción, que él llamó primarias. Junto a ellas, existen normas que confieren poderes de distinto tipo. La nulidad, explicaba el autor, debe ser entendida como la contracara de las normas que confieren poderes. En mi opinión, el foco en los poderes normativos y su modo de actuación en el derecho privado permite una reconstrucción racional del concepto de nulidad de un modo que está en general en línea con las aportaciones mencionadas. El sentido de este artículo es mostrar esto último.

El artículo descansa en, pero no puede desarrollar, una comprensión de la noción de poderes normativos.<sup>1</sup> Dicho muy en breve, se trata de poderes que el sistema jurídico reconoce a alguien para crear normas. Ellos son conferidos por normas que HART llamó "secundarias", que para hacerlo especifican los modos

<sup>1</sup> Para una descripción general de los poderes normativos que el argumento de este artículo supone, véase ATRIA, Fernando, "La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral (Valdivia)*, 2023, vol. 36, n° 1, pp. 27-48.

de su ejercicio. No toda modificación de la situación normativa propia o ajena mediante la acción de una persona es ejercicio por ésta de un poder normativo. El que actúa de modo de causar daño a otro con culpa, por ejemplo, normalmente al hacerlo modifica su propia situación jurídica y la de la víctima del daño: aquél tiene ahora un deber de indemnizar y esta tiene un derecho a ser indemnizada. Pero en este caso lo que modifica la situación normativa no es el ejercicio de un poder normativo por parte del primero, sino el hecho de que al actuar de ese modo el primero ha incurrido en la situación de hecho prevista por una norma de obligación a cuya realización esa norma imputa el surgimiento, como consecuencia normativa, de una obligación de indemnizar. En este caso, entonces, la modificación de la posición normativa de las personas involucradas es consecuencia de la infracción de una norma de obligación, “primaria”. La operación de las normas secundarias no puede ser entendida del mismo modo.

En el derecho privado, el poder normativo más importante es el poder de contratar, que la ley le reconoce en general a todas las personas.<sup>2</sup> Mediante su ejercicio, las partes crean obligaciones y derechos para ellas. Lo hacen realizando ciertas acciones que son adecuadas para ejercer esos poderes (diciendo “sí, acepto”, firmando un documento, etc.). El sentido de la realización de esas acciones por las partes es que mediante ellas crearán normas que serán reconocidas por el sistema jurídico. Ese reconocimiento dependerá de que las partes hayan ejercido regularmente (con arreglo a las normas secundarias que lo confieren) el poder de contratar. Si el ejercicio ha sido (suficientemente) regular, el derecho reconocerá el contrato que las partes pretendieron celebrar; en caso contrario, el derecho no registrará el ejercicio de los poderes normativos, por lo que lo que desde el punto de vista jurídico las partes simplemente no habrán ejercido del poder de contratar.

La nulidad, en esta explicación, no es sino la declaración institucional de que las partes no ejercieron el poder de contratar. El caso en que las partes no alcanzaron acuerdo, y por eso no contrataron, es en un sentido del mismo tipo que el caso en que pactaron respecto de un objeto ilícito, o lo hicieron por escritura privada debiendo hacerlo por escritura pública: en todos estos casos no ha habido ejercicio regular de la potestad contractual, y por consiguiente no hay reconocimiento de contrato alguno.

La asimilación anterior puede sorprender, porque parece implicar que todos los contratos que no fueron celebrados porque las partes no lograron acuerdo son

<sup>2</sup> La nulidad es la contracara de las reglas que confieren poderes normativos. Los poderes normativos se ejercen mediante “actos jurídicos”. En términos del derecho civil, el poder más relevante es el de celebrar contratos, y por eso la discusión aquí tendrá en general como horizonte de referencia la nulidad de los contratos. Mi impresión es que lo que se dice a propósito de la nulidad de los contratos vale para otros poderes normativos del derecho privado, pero es posible que esta generalización requiera ajustes adicionales.

contratos “nulos”. Esto es, desde luego, absurdo. Es absurdo porque la nulidad es la declaración institucional de desconocimiento, y tratándose de esos infinitos contratos no celebrados no hay necesidad de desconocerlos institucionalmente. La nulidad es relevante cuando hay algo que reclama reconocimiento como ejercicio regular de poderes normativos: cuando el reconocimiento debe ser negado a pesar de ese reclamo, diremos que se trata de un acto nulo.

El hecho de que la nulidad solo tiene sentido cuando hay algo que reclama ser reconocido como ejercicio válido de poderes normativos explica, a mi juicio, el atractivo que ha ejercido la idea de que la nulidad es una sanción civil: la discusión sobre la nulidad siempre tendrá como contexto la existencia de un contrato cuyo reconocimiento es impugnado, lo que sugiere que antes de determinar si el contrato es válido o nulo ya ha sido reconocido; reconocido en el sentido de que hay algo de lo que puede preguntarse si es nulo. Pero esto es una ilusión, lo que queda claro al observar que la expresión “contrato válido” es redundante y que “contrato nulo” es, en rigor, contradictoria: si es nulo, no hay contrato.

Ahora bien, todo lo anterior debe ser ajustado atendiendo al hecho de que la distinción reconocido/desconocido es demasiado gruesa. No hay razón por la que el derecho debe funcionar en esta clave binaria únicamente, porque no todas las condiciones de ejercicio de un poder normativo tienen el mismo sentido, y por eso no toda irregularidad tiene que tener la misma consecuencia de desconocimiento. El derecho, dicho de otro modo, ajusta la radicalidad del desconocimiento atendiendo a la irregularidad en que las partes han incurrido. En el Código Civil, eso lleva a distinguir nulidad absoluta, nulidad relativa, inoponibilidad, etc.

Este artículo discute la nulidad como desconocimiento, y pretende argumentar que al tratar de este modo la nulidad el sistema del Código Civil puede ser reconstruido de mejor modo.

Una aclaración metodológica. En este artículo no hay una discusión de la historia de la nulidad desde el derecho romano, y tampoco un análisis de la evolución de las normas en los proyectos de Código Civil o en las notas o fuentes de Bello. Esto es por dos razones. Por una parte, porque ese trabajo ya ha sido hecho de mejor manera de lo que es posible intentarlo aquí.<sup>3</sup> Pero más importante que eso porque de lo que se trata es de reconstruir racionalmente el sistema de los poderes normativos y su re/desconocimiento. Esto supone enfrentar un texto que, a diferencia de sus antecedentes, tiene autoridad, y reconstruirlo como conteniendo un sistema. Las indagaciones histórico-dogmáticas no reemplazan la necesidad de

<sup>3</sup> Véase SAN MARTÍN, Lilian, “La teoría de la inexistencia y sus faltas de cabida en el Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2015, vol. 42(3), pp. 745-784; WALKER, Nathalie, *La Rescisión por Lesión en el Código Civil Chileno. Historia, regulación y vínculos con las nulidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

reconstrucción racional.<sup>4</sup>

## I. LA NULIDAD COMO ‘SANCIÓN CIVIL’

### 1.1.- *La doctrina tradicional uniformemente trata el tema de la nulidad entendiéndola como una “sanción civil”*

La nulidad es una sanción civil, con que la ley castiga las infracciones que se cometan al celebrarse un acto jurídico, y puede ser definida como ‘la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie, y la calidad o estado de las partes’.

Esta sanción es una verdadera pena, de índole civil.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Por cierto, la investigación histórico-dogmática es en sí misma interesante, y hay mucho que aprender de ella. Lo dicho en el texto principal no pretende en sentido alguno negar eso. Pero a veces esa investigación se usa como reemplazo de la reconstrucción racional, que es la función esencial de la ciencia jurídica. La idea de que la reconstrucción racional es la fijación histórico-dogmática descansa, en mi opinión, en un anacronismo. Quien a mi juicio mejor lo ha explicado es Michael DETMOLD, comentando una tendencia entonces reciente a atender lo que nosotros llamamos la “historia fidedigna del establecimiento” de la ley en Australia, que se desviaba de una doctrina tradicional del *common law* conforme a la cual los tribunales al interpretar la ley no deben atender a la historia parlamentaria de esa ley (contenida en “Hansard”, la transcripción de los debates parlamentarios). La doctrina tradicional, explica Detmold, es “precisamente consistente con la idea de que la legislación es un acto de voluntad puro. En la nueva concepción, según la cual atendemos a Hansard, ¿cuál es la legislación: la ley aprobada por el Parlamento o Hansard? Algunos pueden pensar que los alegatos o intervenciones de los parlamentarios y los documentos adjuntos son interpretaciones de la ley. Quizás ocasionalmente son eso; pero más a menudo la ley es la expresión de las razones que condujeron a ella; entonces sería más cierto decir que la ley es una interpretación de esas razones. Entonces, ¿cuál es la legislación y cuál la interpretación? Sólo podemos hablar de la legislación del Parlamento... si la ley es el punto base, i.e. absoluto en sí mismo (pese a estar sujeto a procesos subsecuentes, incluyendo los judiciales). Ahora bien, no debiéramos menospreciar el grado en el que los sistemas constitucionales de Westminster han sido corrompidos, al punto que los legisladores son actualmente los departamentos de Estado. Pero supongo que la visión más admisible de la idea detrás de la nueva doctrina australiana es decir que Hansard y los documentos parlamentarios deben ser auxiliares de la aplicación judicial de la ley. Esto es confuso: la cuestión es ¿qué ley debe ser aplicada? La tendencia de la nueva doctrina es degradar el proceso puramente legislativo del Parlamento [a uno que lo] vuelve en parte una interpretación sub-legislativa de una base previa, es decir, discursos o intervenciones de ministros y documentos adjuntos” (DETMOLD, M. J., “Law as practical reason”, *Cambridge Law Journal*, 1989, vol. 48, n°3, pp. 436-471, pp. 440-441).

<sup>5</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*. Ediar, Santiago, 1983, 3-4, §§1-2. La invalidez es “sanción en cuanto es la consecuencia que la ley indica para la falta de requisitos que ella misma exige”: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, 174, §148. BARAONA, Jorge, *La Nulidad de los*

Como puede observarse, la idea es que el acto jurídico respectivo fue ejecutado ilícitamente, en el sentido de: con infracción a las normas que fijan el modo de ejercicio de la potestad respectiva. La infracción puede ser más o menos grave, y correlativamente la sanción será mayor o menor, más o menos gravosa para el sancionado.<sup>6</sup> El siguiente pasaje hace explícita la idea de sanción y ordena las sanciones disponibles de acuerdo a su gravedad:

En orden decreciente de gravedad las sanciones civiles por la inobservancia u omisión en los actos jurídicos de los requisitos y formalidades señalados por la ley, son en teoría:

- a) Inexistencia;
- b) Nulidad;
- e) Inoponibilidad;
- d) Limitación de los medios de prueba.<sup>7</sup>

En el último tiempo, esta idea de que la nulidad es una sanción ha sido

---

*Actos Jurídicos*. Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, p. 45, explica que “La nulidad es una sanción, y su función básica es privar de efecto a un acto”.

<sup>6</sup> “Como no todos los requisitos que ha establecido la ley tienen igual importancia, ya que la omisión de algunos es considerada más grave que la de otros, la ley ha tenido que establecer, lógicamente, sanciones más severas que otras, según sea la naturaleza de la infracción cometida”, dice ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), §6. Para la distinción entre nulidad absoluta y relativa, dice CLARO SOLAR, “sólo se ha tomado en cuenta la naturaleza del hecho cuya falta hace inválido el acto o contrato y que, no teniendo la misma gravedad, no tienen la misma sanción” (CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. 6, T.xii, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, p. 529, §1915). La nulidad absoluta, dice, “importa un vicio tal y de tanta gravedad que hallándose comprometida en la contravención a los preceptos legales que establecen los requisitos a que debe someterse el acto o contrato realizado, la moralidad y el prestigio mismo de la ley” (ibíd., §1923, pp. 537-538). La idea de que hay sanciones de diversa gravedad atendida la importancia de las exigencias legales infringidas es una idea habitualmente sostenida por la doctrina, pero que solo mira a la diversa entidad que le atribuye a las “sanciones” contenidas el Código Civil. Porque si en vez de atender a las formas de desconocimiento completo o parcial la atención estuviera puesta en las condiciones de cada forma de desconocimiento, saltaría a la vista que no es posible afirmar que las infracciones que son “sancionadas” con nulidad absoluta son más graves que las que son “sancionadas” con nulidad relativa. Es evidente que si de “severidad” se tratara, el error, que no supone una infracción merecedora de sanción, no puede tener la misma consecuencia que el dolo o la fuerza, que típicamente serán no solo vicios del consentimiento, sino delitos. Y no parece razonable decir que la celebración de cualquier contrato prohibido por las leyes es “mas grave” que un contrato en cuya realización se han cometido esos delitos. Como veremos, las dos formas de nulidad se diferencian en la radicalidad del desconocimiento del pretendido ejercicio de potestades normativas, pero no por la gravedad del “deber” infringido”, sino por el sentido jurídico de las irregularidades incurridas al pretender ejercerlos.

<sup>7</sup> DUCCI, Carlos, *Derecho Civil: Parte General*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 329. En un sentido similar, VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*. 5a ed. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 233-234.

criticada, por distintas razones.<sup>8</sup> Desde el punto de vista de la teoría del derecho, la cuestión está decidida desde la publicación, en 1961, de *El Concepto de Derecho*, de HART.<sup>9</sup> El autor explicó en ese libro por qué “extender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente (y un signo) de confusión”.<sup>10</sup> Después de Hart, esta idea es aceptada de modo prácticamente unánime en la teoría analítica del derecho. Por eso ATIENZA y RUIZ MANERO han dicho acertadamente que “las relaciones entre sanción y nulidad constituyen uno de los temas en los que hay mayores discrepancias entre los teóricos del Derecho y los juristas”.<sup>11</sup>

Para decirlo muy en breve, el argumento hartiano descansa en la idea de que una sanción es una consecuencia jurídica imputada al incumplimiento de una obligación, en atención al incumplimiento de esa obligación. Por consiguiente, toda sanción supone en principio la posibilidad de distinguir entre una regla de conducta y una regla de sanción. Es posible, por cierto, que ambas normas no estén expresadas igualmente en el texto legal. Pero de una norma que dispone, por ejemplo, que el juez tiene el deber de imponer una determinada pena a quien resulte responsable de un determinado delito puede derivarse con facilidad una norma que impone a las personas que corresponda la obligación de no realizar la

<sup>8</sup> Por ejemplo: LÓPEZ, Patricia, “La nulidad como un medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 2019, Vol. 26, quien afirma que, tratándose especialmente de la nulidad relativa, ella “debe abordarse desde una perspectiva tuitiva y no sancionatoria” (§1.1.1).

<sup>9</sup> Estas páginas de HART, explica acertadamente Jesús DELGADO, “pueden considerarse decisivas en la teoría jurídica posterior” (DELGADO, Jesús, *Validez de Normas y de Actos Jurídicos. Estudios de teoría general desde el derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 169). Para una iluminadora discusión de las confusiones en las que descansa la idea de que la nulidad es una sanción, véase precisamente (cit.).

<sup>10</sup> HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 43.

<sup>11</sup> ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, J., “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”, *Doxa*, 2003, Vol. 26, pp. 719-735, p. 732. Un intento de vadear esta distancia entre teoría del derecho y derecho civil en DELGADO, cit. (n. 9). Entre nosotros, véase el importante artículo de CONCHA, Ricardo, “Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte (Barranquilla)*, 2015, vol. 44, pp. 31-49. Aunque Concha en general sigue a Delgado, en este punto parece separarse: “A pesar ser discutido que la nulidad se trate de una sanción, creo que tal definición es de utilidad para establecer la distinción conceptual entre invalidez y nulidad en el Código Civil de Bello”. Esta diferencia radica en que “la nulidad depende de la invalidez, que es conceptualmente previa, pero que a la inversa, la invalidez de un acto o contrato no depende de la declaración de nulidad” (cit.). Tiene razón Concha en afirmar que la idea de que la nulidad es una sanción supone una distinción entre nulidad e invalidez. Por eso es importante la observación hartiana de que la nulidad es solo la contracara de las reglas que confieren poderes. Ello significa precisamente que no hay diferencia conceptual entre nulidad e invalidez. Lo que hay es una diferencia pragmática: la nulidad, como veremos, es la invalidez de algo que tiene apariencia de validez.

conducta constitutiva de ese delito.<sup>12</sup>

Esta distinción entre norma de conducta y norma de sanción es imposible en el caso de la nulidad:

¿Cómo podríamos ver a esta luz actividades socialmente deseables tales como la que cumplen los hombres cuando se intercambian promesas que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma? Esto, a diferencia de la conducta desalentada por el derecho penal, no es algo que las reglas jurídicas que establecen formalidades para los contratos estén dirigidas a suprimir. Simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico.<sup>13</sup>

HART discute la cuestión de la nulidad como sanción en el contexto de defender que el derecho no puede ser entendido como un conjunto de normas que imponen deberes, porque existen también normas que confieren poderes. Jesús DELGADO ha destacado tres ideas fundamentales que se siguen del análisis de Hart sobre las reglas que confieren poderes: primero, que es lógicamente imposible obedecer o desobedecer esas normas, “puesto que ellas mismas no imponen deberes ni establecen prohibiciones”; en segundo lugar, que ellas tampoco pueden entenderse como normas permisivas, porque no hay contradicción alguna en que unas normas confieran un poder y otras prohíban su ejercicio (como ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones convencionales de enajenar: no privan al dueño de su derecho a disponer de la cosa, aunque lo hacen ilícito en los casos en que dichas prohibiciones son aceptadas como válidas); y en tercer lugar, que ellas cumplen una función social distinta que las reglas que imponen deberes: mientras las normas que imponen obligaciones buscan reducir las posibilidades de acción de las personas, las que confieren poderes buscan ampliar esas posibilidades, habilitando

<sup>12</sup> Esta diferencia entre la norma de conducta (dirigida a las personas en general, imponiéndoles un deber) y una norma de sanción (dirigida típicamente al juez, facultándolo u obligándolo a imponer una sanción) es la diferencia entre lo que Hans Kelsen llamaba la regla primera y la regla secundaria (en conceptos homónimos, pero con diferente contenido, a los de Hart). Kelsen famosamente sostuvo que la norma secundaria es innecesaria para describir el derecho (por eso su nombre). Pero eso no es porque ambas normas sean la misma norma mirada desde dos puntos de vista (como en el caso de las normas que confieren poderes normativos y la nulidad), sino porque la norma secundaria está implícita en la norma primaria: “Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción” (KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho* (1957). Eudeba, Buenos Aires, 1967, p. 77).

<sup>13</sup> HART, *El Concepto de Derecho*, cit. (n. 10), p. 43.

a las personas para hacer cosas que sin esas normas no podrían hacer (como testar, contratar, etc).<sup>14</sup>

Las normas que confieren poderes lo hacen especificando el modo de su ejercicio. Considérese por ejemplo lo dispuesto en el artículo 1810 del Código Civil: “La venta de los bienes raíces, servidumbre y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”.

Esta regla no impone a nadie obligación alguna, y por consiguiente no puede ser infringida. Por cierto, es posible que las partes celebren algo que ellas creen que es una compraventa de bienes inmuebles por escritura privada, pero eso no es un acto ilícito. Solamente significa que la ley no reconoce el contrato como ejercicio de la potestad contractual. Esto puede ser generalizado: cuando el poder es ejercido de modo (suficientemente) regular, es decir, conforme a las reglas que fijan el modo de ejercicio del poder, el derecho reconocerá que dicho poder ha sido ejercido y ajustará las posiciones jurídicas relevantes (una de las partes pasará a tener la posición institucional de “comprador” y los derechos y obligaciones que se siguen de eso; la otra la de “vendedor”, etc.). Mientras tales poderes no se ejerzan, no hay una nueva situación, porque no hay posiciones jurídicas que ajustar.

Entender a la nulidad como una sanción obliga a una reconstrucción invertida de las reglas relevantes, lo que puede apreciarse casi en cada paso: en la curiosa discusión sobre la existencia de la inexistencia; en la discusión sobre la nulidad absoluta y sus efectos; en la correcta reconstrucción de la nulidad relativa y su relación con la rescisión. Conviene discutir separadamente cada uno de estas cuestiones, para mostrar tanto su origen común como el modo en que al reemplazar la noción de sanción por la de desconocimiento las cuestiones se ordenan de un modo distinto. Lo haremos siguiendo las categorías principales del catálogo ya visto: la “inexistencia” y las dos formas de nulidad.

## II. LA EXISTENCIA DE LA INEXISTENCIA

La doctrina chilena ha discutido profusamente sobre la noción de “inexistencia”. Esta es, de hecho, una de las discusiones más tradicionales entre los comentaristas del Código Civil. Destacados autores han sostenido una u otra posición. Así, han defendido la idea de que el Código Civil admite la inexistencia como una “sanción” diferenciable de la nulidad absoluta Luis CLARO SOLAR, Enrique ROSSEL, Víctor VIAL;<sup>15</sup> han negado su existencia Arturo ALESSANDRI

<sup>14</sup> DELGADO, *cit.* (n. 9), pp. 76-77.

<sup>15</sup> CLARO SOLAR, *cit.* (n. 6), pp. 519-524, §§1907-1909; ROSSEL, Enrique, *Teoría de las Nulidades*.

RODRÍGUEZ, Arturo ALESSANDRI BESA.<sup>16</sup> La sola formulación de esta discusión, sobre la “existencia o inexistencia” de la inexistencia, sugiere que hay en ella algo mal planteado.<sup>17</sup>

Porque es claro que, en estricto rigor, es un sinsentido decir que el derecho chileno no reconoce la inexistencia. Muchos posibles contratos que no se han realizado (porque las negociaciones que buscaban llevar a ellos no fueron exitosas, porque ni siquiera fueron emprendidas, o incluso también porque nunca nadie quiso celebrarlos!) no llegaron a existir; pero es algo absurdo decir que el derecho “reconoce” su inexistencia, cuando lo que hay que decir es precisamente lo contrario: que como los poderes normativos respectivos no se ejercieron, lo que podría haberse creado con ellos no fue creado, las posiciones jurídicas que podrían haber sido afectadas por su ejercicio no fueron afectadas, etc.

Por cierto, la discusión sobre la “inexistencia” no es una discusión sobre si los contratos que no han sido celebrados existen o no. Es sobre si la inexistencia es una más de las “sanciones civiles” que contiene el Código Civil. La idea, entonces, exige distinguir al contrato que no existe porque simplemente no ha sido celebrado, del contrato que es “sancionado” por la inexistencia, lo que lleva a quienes defienden esta idea a distinguir entre “condiciones de existencia” y “condiciones de validez” de los actos o contratos.<sup>18</sup> Pero estas distinciones son ininteligibles, porque la validez es, como insistía KELSEN, el modo específico de existencia de las normas.<sup>19</sup> En consecuencia, hablar de un contrato que existe pero es inválido

---

Balcells, Santiago, 1926; VIAL, cit. (n. 7), pp. 241-224, §167; CORRAL, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Legal Publishing, Santiago, 2018, pp. 667-679, la llama “nulidad de pleno derecho”.

<sup>16</sup> ALESSANDRI, Arturo., SOMARRIVA, Manuel Y VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil. Parte General y las Personas*. editado por Vodanovic. Ed. Nascimento, Santiago, 1945, p. 514, §689; ALESSANDRI BESA, *La Nulidad ...* cit. (n. 5), p. 7, §6. Entre los autores recientes, SAN MARTÍN, cit. (n. 3), pp. 745-784; BARAONA, cit. (n. 5), pp. 33-42.

<sup>17</sup> Para una aguda discusión actual, véase SAN MARTÍN, cit. (n. 3). En general, la posición defendida aquí concuerda, en cuanto a sus conclusiones, con las de este artículo. La diferencia es que San Martín trata de la cuestión en términos fundamentalmente históricos, desde el derecho romano al derecho francés y luego al análisis de los proyectos de Código Civil. El argumento de este artículo, por razones ya explicadas (supra, n. 4), se desentiende de esas consideraciones y trata al problema como uno de reconstrucción racional de la legislación vigente.

<sup>18</sup> CLARO SOLAR, cit. (n. 6), p. 520, §1908.

<sup>19</sup> “Con el término ‘validez’ designamos la existencia específica de una norma” (KELSEN, cit. (n. 12), p. 23). En su discusión de la nulidad, Clemente FABRES sostiene este punto reiteradamente: “en el lenguaje de la ciencia jurídica, existir es valer, lo que no vale no existe” (FABRES, J. C. *De la nulidad y la rescisión, análisis crítico y jurídico*. En *Obras Completas de don José Clemente Fabres*. Cervantes, Santiago, 1909, pp. 146-147, 161, etc. En la teoría del derecho el concepto de validez ha sido profusamente discutido, y en la discusión han aparecido diversos sentidos. Como veremos (infra, n. 28), eso puede confundir la cuestión de la nulidad y otras formas de “ineficacia”.

es una contradicción de los términos;<sup>20</sup> declarar la inexistencia de un contrato es precisamente declarar que las potestades normativas respectivas no han sido ejercidas, lo que significa que, desde la perspectiva del derecho, es simplemente un caso más de un contrato pensable pero no realizado.

Considérese, por ejemplo, la siguiente caracterización de la inexistencia:

“Una consecuencia negativa que se produce por inconcurrencia de los elementos esenciales que deben reunirse para la formación de un acto jurídico”.<sup>21</sup>

Como puede observarse, aquí está todavía presente la idea de sanción, en la forma de “consecuencia negativa”.<sup>22</sup> Pero precisamente en esa misma dimensión la caracterización es objetable. Hay algo evidentemente invertido en decir que el hecho de que yo no sea dueño de la casa que arriendo es una consecuencia negativa de la inconcurrencia de las condiciones para la adquisición del dominio; lo que habría que decir es que soy dueño de una determinada cosa como una consecuencia positiva de la concurrencia de las condiciones para adquirir el dominio, y que, como no he adquirido el dominio de la casa que habito no soy dueño.

¿Cuál es la racionalidad de esta inversión? La pregunta no es difícil de responder: es que la discusión sobre la inexistencia ocurre no frente a la infinita cantidad de contratos posibles que son inexistentes porque no se han realizado, sino frente a casos en los cuales algo parece ser un contrato pero es “inexistente”. Aquí debemos volver a la idea ya mencionada, de que la nulidad es la declaración *institucional* de que los poderes normativos de que se trata, aunque pretendieron ser ejercidos, no se ejercieron, por lo que lo que se pretendió crear es desconocido. Es esta necesidad de declaración institucional lo que lleva a la inversión que hemos detectado; en el caso de los infinitos contratos “inexistentes” porque no se han realizado esta declaración es innecesaria. La clave aquí está en una cuestión puramente fenomenológica, la de apariencia.<sup>23</sup> La declaración institucional es necesaria porque, a diferencia de esa infinidad de casos, el pretendido ejercicio de

<sup>20</sup> “Es idéntico... contrato nulo y contrato que no se ha celebrado”, dice acertadamente FABRES, cit. (n. 19), p. 133.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 14.

<sup>22</sup> Rodríguez, por cierto, evita hablar de sanción, y se detiene en explicar por qué la “inexistencia propia” no puede ser una sanción (cit.). Pero como está dicho en el texto, la idea en lo relevante se mantiene, presentada ahora como una “consecuencia negativa”.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, véase BARAONA, cit. (n. 5), pp. 39-41. La apariencia, sin embargo, no tiene forma jurídica, por lo que Baraona teme que esto fomente casos de autotutela, cuestión sobre la que volveremos *infra*, n. 35.

poderes alcanzó un grado de apariencia que la hace necesaria. Solo la apariencia diferencia a un contrato que no se celebró y otro que parece tener un objeto, pero ese objeto en realidad no existe: en ambos casos no hay ejercicio válido de la potestad contractual, pero en el segundo caso hay algo que *parece* un contrato válido, por lo que la declaración judicial será necesaria. Necesaria no por una cuestión de conceptos: si el problema surge antes de que el (pretendidamente) obligado cumpla su (pretendida) obligación no necesitará declaración alguna, le bastará simplemente actuar en el entendido de que no tiene obligación alguna de realizar esa conducta. Y si la contraparte exige el cumplimiento le bastará decir que el demandante está demandando el cumplimiento de una obligación que no existe. Si el contrato ya ha sido cumplido y quiere obtener la restitución de lo pagado bajo él, tendrá que obtener del juez una declaración institucional<sup>24</sup> de algo que entonces podrá ser descrito como “la consecuencia negativa” de la inconcurrencia de las condiciones de reconocimiento por el derecho del ejercicio de la potestad contractual.<sup>25</sup>

La cuestión de la apariencia es una cuestión social: la declaración de nulidad es necesario cuando hay algo que de modo socialmente reconocido parece un contrato. El pensamiento jurídico, por cierto, busca convertir esta cuestión social en algo formalmente asible, y para eso distingue requisitos. Por ejemplo: un contrato que carece de objeto es inexistente, pero un contrato prohibido por la ley tiene por eso objeto ilícito, y es nulo absolutamente. Pero un contrato de compraventa de cocaína, por ejemplo, no alcanzará usualmente un grado de apariencia que obligue a la declaración judicial.

<sup>24</sup> En un sentido similar, véase ALCALDE, Jaime, *La rescisión en el Código Civil chileno*, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UDEC (Coords.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 47-77, pp. 61-62.

<sup>25</sup> Considérese el caso de un gol en el fútbol. Un gol, permítaseme un intento de definición, es la entrada del balón al arco al final de una jugada válida. Si un jugador durante una jugada válida empuja la pelota en dirección al arco pero el arquero la toma controladamente, no hay gol, porque la pelota no ha entrado al arco. Es, podríamos decir, un “no-gol”: un caso de alguien que está habilitado por las reglas secundarias del fútbol para marcar goles, que intentó ejercer ese poder, y que falló. Lo mismo debe decirse del atacante que, frente al arco rival, empuja la pelota dentro del arco con su mano. Este es un “no-gol” porque, aunque la pelota ha entrado al arco, al momento de tocar el jugador la pelota con la mano la jugada respectiva dejó de ser una jugada válida. Aquí también podríamos decir que el jugador intentó ejercer el poder de marcar un gol y falló en el intento. Pero en este segundo caso se hace necesario, usualmente, que el árbitro invalide el gol, lo que evidentemente es innecesario hacer en el primero. ¿Qué diferencia hay ente los dos casos? En mi opinión, la diferencia radica que en el segundo caso la pelota entró al arco (y los jugadores del equipo respectivo celebraron, y los espectadores que apoyan a ese equipo se levantaron al unísono de su asiento gritando, etc.). Socialmente hablando, el hecho de que la pelota entre al arco da apariencia de gol a lo que ha ocurrido en la cancha, y esa apariencia hace necesario que el árbitro invalide el gol. Para una explicación de esto último en términos de la distinción entre reglas secundarias de cambio y de reconocimiento, véase ATRIA, Fernando, “Una réplica para seguir conversando” en GALLEGO, J. (Ed.), *El Derecho y sus Construcciones*, Palestra, Lima, 2020, pp. 561-697, aquí pp. 588-595.

La declaración judicial no es necesitada, entonces, por el hecho de que la nulidad no tenga efectos sino una vez que ha sido judicialmente declarada, sino porque toda pretensión que impugna el *statu quo* y que es controvertida necesita ser realizada a través de una acción judicial.<sup>26</sup> En principio, en todos los casos en los que tendría sentido intentar la acción de inexistencia podría ser utilizada la acción de nulidad absoluta. ¿Por qué entonces la creación de esta tercera categoría? La respuesta es que la ley pone límites al ejercicio de la acción de nulidad absoluta: no puede intentarse después de diez años de celebrado el contrato, no puede intentarla el que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. En estos dos casos el que no tiene la acción de nulidad absoluta podría, a pesar de eso, intentar la “acción” de inexistencia.<sup>27</sup> La “inexistencia” no es una categoría creada por la ley o requerida para reconstruir el sistema del Código Civil con coherencia, su origen es fundamentalmente forense: es una noción que permite lograr una declaración de nulidad cuando no es posible obtener una declaración de nulidad.

Por esto, la “inexistencia” como consecuencia negativa de la inconcurrencia de las condiciones de existencia de los actos jurídicos no es una categoría adicional necesitada para la reconstrucción del sistema del Código Civil. La razón por la que la inexistencia es en general rechazada como una “sanción civil” más, pero a pesar de eso retorna cada cierto tiempo yace en el modo en el que la doctrina dominante interpreta las limitaciones a la acción de nulidad. Al entender que la nulidad es una sanción, y que entonces es de derecho estricto, esas limitaciones son interpretadas extensivamente (agregando condiciones que el “interés” debe

<sup>26</sup> “No se ve cómo podría declararse un acto inexistente sin una resolución judicial”, dice DUCCI, cit. (n. 7), p. 330. Esto es correcto, pero no dice nada acerca de la inexistencia, sino de acerca de qué quiere decir aquí “declarar”. Uno podría remover, de hecho, la “inexistencia” de la frase de Ducci: No se ve cómo podría algo ser autoritativamente declarado sin una resolución judicial. Como sostienen PLANIOL y RIPERT, “Teóricamente, no tienen que intervenir los tribunales cuando la nulidad es legal; pero es necesario tomar en consideración la circunstancia de que el acto ha existido de hecho, que tiene una apariencia y que no podemos estar seguros de que sea nulo. Cuando un acto se ha ejecutado materialmente y existe de él una prueba conforme a la ley, y si hay desacuerdo entre las partes, provisionalmente debe darse fe al título. Por consiguiente, quien rinde la prueba del acto, puede valerse, hasta nueva orden, de los efectos que es susceptible de producir, aunque en el fondo, el acto sea nulo. Si alguna persona pretende impedirle que se aproveche de él, debe demostrar en juicio la existencia de la causa de nulidad. De esto resulta que *cuando no hay acuerdo entre las partes sobre la validez de un acto, a los tribunales corresponde declarar la nulidad, aunque ésta opere de pleno derecho*. El proceso, la acción judicial, no se presenta, pues, a los empíricos como una necesidad especial de una de las dos especies de nulidad (PLANIOL, M. Y RIPERT, G. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. J. M. Cajica, México, 1991, p. 162).

<sup>27</sup> En el origen de la inexistencia está un caso más claro de impedimento para ejercer la acción de nulidad: el problema de la validez de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, en circunstancias de que la nulidad matrimonial tenía causales legalmente tasadas entre las cuales no estaba esa. Véase SAN MARTÍN, cit. (n. 3), pp. 745-784, 753.

satisfacer, interpretando el plazo de diez años como uno de “saneamiento”, etc.). Y entonces la acción no está disponible en casos en que es manifiesto que no puede reconocerse validez al contrato. La solución es echar mano, cuando el tribunal respectivo entienda estar en un caso de este tipo, a la idea de inexistencia, y de ese modo afirmar que no se puede declarar la nulidad pero que eso no es obstáculo para declarar la inexistencia, que no está sometida a condicionamiento o regulación alguna. Esta situación (una interpretación “de derecho estricto” de la nulidad absoluta, compensada por la posibilidad de desentenderse de toda limitación recurriendo a la inexistencia) es indeseable, pero su solución no está en los argumentos sobre la inexistencia, sino en la manera de reconstruir la nulidad absoluta.

### III. LA NULIDAD ABSOLUTA

#### 3.1.- *La forma más radical de desconocimiento*

Por cierto, no toda irregularidad en el ejercicio de poderes ha de ser tratada como un caso en que el poder simplemente no se ejerció. El derecho modula el desconocimiento de un ejercicio irregular de poderes normativos, según el sentido de las condiciones de validez (=reconocimiento) no cumplidas.<sup>28</sup>

El mayor desconocimiento es la nulidad: el intento de ejercicio de poderes normativos es desconocido, y el acto de que se trata se entiende no haberse realizado. Es decir, el caso de un acto que ya ha sido declarado nulo es uno más de actos posibles que, desde el punto de vista del derecho, no se realizaron, y por

<sup>28</sup> Aquí hay una diferencia importante entre mirar la cuestión de la nulidad como una de ejercicio de poderes normativos y mirarla directamente como una de validez de normas, a la manera de DELGADO. Su enfoque en la validez lleva a Delgado a afirmar que “la invalidez es concepto de ‘todo o nada’, no admite más o menos”, lo que lo obliga a decir que “las modalidades de invalidez son, en realidad, modalidades de las acciones para su declaración” (p. 212). A mi juicio esta última afirmación, sobre los distintos tipos de “ineficacia” de los actos, introduce una rigidez innecesaria. Aunque la distinción validez/invalidez es efectivamente todo o nada, no ha de decirse lo mismo del reconocimiento. El reconocimiento sí admite grados: el derecho puede desconocer totalmente el ejercicio de un determinado poder, o reconocerlo sujeto a alguna condición adicional, o reconocer el ejercicio de un poder distinto del que las partes pretendieron ejercer, o reconocerlo atribuyéndole solo algunas de las consecuencias que produce cuando es ejercido regularmente, etc. Para hacer compatibles estas dos observaciones (que la validez es todo o nada pero el reconocimiento admite grados) hay que decir que en un extremo del arco “desconocimiento/reconocimiento” está la invalidez, y que todo el resto del arco son distintas formas de reconocimiento, todas las cuales suponen validez. Pero es a mi juicio en las diversas posiciones dentro de ese arco donde se encuentran las cuestiones más interesantes. Por eso aquí prescindimos en general de la distinción validez/invalidez y usamos en vez la de reconocimiento/desconocimiento.

consiguiente no afectaron las posiciones jurídicas de nadie. Un contrato nulo es simplemente un no-contrato. En este sentido es correcto afirmar que “existe un solo concepto de nulidad”.<sup>29</sup>

Pero aunque en sus efectos las dos formas de nulidad que contiene el Código Civil son indiferenciables, no se trata de dos formas igualmente radicales de desconocimiento, porque las condiciones de ejercicio de las potestades normativas no son todas iguales. El Código Civil distingue según si se trata de condiciones que dependen de la “especie” (art. 1681) o “naturaleza” (art. 1682) del acto que se pretender realizar mediante su ejercicio, por una parte, o de la “calidad o estado de las personas que los ejecutan o celebran” (art. 1682), por la otra.

Esto permite reconstruir las reglas configuradoras de la potestad contractual conforme a dos finalidades generales: unas miran a las condiciones generales de la práctica de contratar, mientras otras miran a asegurar ciertas condiciones de ejercicio de esos poderes por las personas que los tienen. Esta distinción suele explicarse mediante la diferencia entre el interés público y el interés privado. Esta explicación es en algún sentido correcta, siempre que no lleve a la conclusión de que no hay un interés público, por ejemplo, en que los contratos no sean obtenidos con engaño o amenazas. Al discutir la nulidad relativa, explicaremos esta distinción apuntando al hecho de que, cuando se trata de reglas cuya finalidad es asegurar las condiciones de atribución a una persona de una determinada voluntad, el derecho defiere a la parte afectada la decisión final sobre si la infracción de esas reglas afectó el contenido de su voluntad de modo suficientemente significativo como para hacer que el contrato sea desconocido.<sup>30</sup>

En el caso de la nulidad absoluta la ley no defiere esa decisión a nadie, y dispone que el acto en cuestión es radicalmente desconocido. Aquí la afectación de las condiciones de la contratación no depende del juicio de las partes, y por

<sup>29</sup> ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 67.

<sup>30</sup> Una cuestión importante en todo esfuerzo de reconstrucción racional como el que aquí se intenta es qué estándar debe satisfacer una explicación para ser aceptable. Al decir que las causales de nulidad absoluta muestran que esta es una forma de desconocimiento que asume que la potestad ha sido ejercida de modo que compromete las condiciones de la práctica respectiva, mientras que las de nulidad relativa miran a fijar las condiciones bajo las cuales una voluntad puede ser atribuida en su forma y contenido como “suya” a quien aparece declarándola no estoy diciendo que cada una de las causales de nulidad absoluta y relativa corresponde a esta descripción. Si ese fuera el estándar para una reconstrucción aceptable es poco lo que podría decirse más allá de la explicación de la letra de la ley. La tesis es que así vistas las cosas los casos centrales de nulidad pueden ser explicados de un modo coherente con el régimen jurídico de la forma de nulidad en cuestión, sin perjuicio de que algunas de sus causales no respondan fácilmente a esa descripción. Habiendo ofrecido un criterio de reconstrucción que cubra los casos más importantes y dé coherencia al régimen respectivo (en cuanto, por ejemplo, a la titularidad, prescripción y renunciabilidad de la acción de nulidad, etc.) podrán admitirse casos que, como consecuencia de un *fiat* legislativo, se desvían de ella.

consiguiente es irrelevante que ellas quieran el reconocimiento del contrato. Por eso el contrato es radicalmente reconocido, y no crea derechos para nadie ni impone obligaciones a nadie. Por eso, la acción que contraviene las posiciones jurídicas (derechos, etc.) que el acto pretendía crear no es acción ilícita.

Lo anterior se manifiesta en la regulación de la nulidad absoluta: cualquiera en contra de quien el contrato nulo absolutamente pretenda hacerse valer podrá actuar en el entendido de que no hay contrato, y si el otro exige judicialmente el cumplimiento el primero podrá, por eso mismo (porque aquél en contra de quien se pretende hacer valer un contrato tiene “interés” en que se declare que no hay contrato), alegar ante el juez que el contrato no existe; y el juez, si puede establecerlo dentro de las condiciones generales que rigen su acción (el “principio “dispositivo”) deberá declararla sin necesidad siquiera de que sea requerido al efecto. Esto puede resumirse diciendo: en virtud de un acto absolutamente nulo, nadie adquiere un derecho.

### 3.2.- *La función de la declaración judicial*

Esta idea choca con lo que, pese a algunas voces antiguas y nuevas discordantes, es hoy la posición dominante, conforme a la cual un acto que adolece de un vicio de nulidad es reconocido como válido hasta que la nulidad sea declarada judicialmente.<sup>31</sup> La siguiente afirmación resume la posición tradicional:

“Del contexto de los artículos 1683, 1687 y 1689 del Código Civil (...), que se refieren a la nulidad judicialmente declarada, se desprende que la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, y no obra de pleno derecho. En otros términos, el acto jurídico absolutamente nulo produce efectos mientras la nulidad no se declare por sentencia judicial”.<sup>32</sup>

En mi opinión, eso es una sobreinterpretación de las disposiciones citadas. El artículo 1683 sólo dispone las condiciones en las cuales la nulidad de un contrato viciado pue ser declarada; los artículos 1687 y 1689, que la nulidad judicialmente declarada tiene la fuerza de cosa juzgada, que solo ella da acción contra terceros

<sup>31</sup> La idea de que la nulidad absoluta opera de “pleno derecho”, es decir, que no requiere declaración judicial, fue afirmada, entre los primeros comentaristas del Código Civil, por FABRES, cit. (n. 19); recientemente la idea ha sido defendida por BARAONA, *La Nulidad de los Actos Jurídicos*, cit. (n. 5), pp. 53-55.

<sup>32</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA, Y VODANOVIC, *Derecho Civil*, cit. (n. 16), p. 526, §704.

poseedores. Por cierto, en este sentido se trata de algo obvio: si A, que cree ser dueño de la cosa, desea forzar a B, que la posee, a entregársela, necesitará demandarlo, y solo en virtud de una sentencia judicial podrá lograrlo. Esto no muestra la existencia de un principio de que la nulidad no produce efectos sino después de declarada, solo muestra que en el derecho chileno los conflictos interpersonales se solucionan no por vías de hecho sino mediante recurso a la justicia. Aquí la nulidad necesita ser judicialmente declarada por las mismas razones que para acoger la querrela de restablecimiento la violencia del despojo necesita ser judicialmente declarada, por las que para acoger la demanda de indemnización la culpa del demandado debe ser declarada, etc.<sup>33</sup>

Pero la doctrina dominante afirma algo más que lo anterior: no solo el truismo de que la cosa juzgada supone declaración judicial, sino que los artículos 1687 y 1689 contienen “el principio... de que la nulidad solo produce efectos una vez que ha sido declarada judicialmente; mientras no sea declarada, el acto produce sus efectos, debiendo tenerse por válido”.<sup>34</sup>

Que el acto se tenga por válido significa que él es apto para modificar las posiciones jurídicas respectivas; para decirlo en breve, que obliga. Hay un sentido, tan puramente fenomenológico como la mera apariencia, conforme al cual lo anterior no puede sino ser correcto: el hecho de que un acto sea aparentemente válido implica que aparentemente vale. Pero nótese que en este sentido lo aparente es una cuestión puramente fáctica, porque la apariencia es una cuestión puramente fáctica. De un contrato de compraventa de cocaína no puede decirse que es válido mientras no sea declarado nulo, porque no parece válido, por lo que la cuestión no alcanza a plantearse.<sup>35</sup>

Más allá de este sentido puramente fáctico de apariencia, al decir que un contrato obliga mientras no sea declarado nulo se está diciendo que actúa ilícitamente

<sup>33</sup> Véase el pasaje de PLANIOL y RIPERT citado *supra*, n. 26.

<sup>34</sup> PEÑAILILLO, Daniel, *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*. Thomson Reuters, Santiago, 2019, pp. 962, §167.

<sup>35</sup> Por regla general, la cuestión de la nulidad absoluta (y de la inexistencia) se discute en términos de los “requisitos” de los actos jurídicos: por ejemplo, un contrato que no tiene objeto es “inexistente”, mientras uno que tiene objeto ilícito o al que faltan las solemnidades que la ley exige es “nulo absolutamente”. Pero en la realidad de la vida las cosas no funcionan de este modo, porque el sentido de la nulidad está en la dimensión fenomenológica de la apariencia. En la vida, un contrato de compraventa de cocaína o un contrato de compraventa de inmueble por escritura privada, aunque conforme a lo dispuesto por el art. 1682 son contratos que adolecen de un vicio de nulidad absoluta, no alcanzan el grado de apariencia necesario para requerir una declaración de nulidad, y serán tratados como no-contratos, sin necesidad de declaración judicial. Un contrato en el cual la existencia del objeto dependa de una cuestión controvertida (por ejemplo, si los deslindes del predio prometido vender corresponden a algún predio) podrá alcanzar el grado necesario de apariencia, de modo que la declaración de nulidad será necesaria.

el contratante que creyendo que el contrato es nulo se niega a cumplirlo; que infringe un derecho el que se niega a reconocerlo como un hecho institucional que conforme a las reglas generales lo vincula en el sentido de que debe reconocer su existencia como hecho institucional; por esto, por ejemplo, actuaría contra derecho el Conservador que se niega a inscribir un contrato nulo pero cuya nulidad no se ha declarado, etc.<sup>36</sup>

Como la acción de nulidad la tendrá cualquiera que tenga un interés

<sup>36</sup> Defendiendo la misma posición sostenida aquí, conforme a la cual la nulidad absoluta es desconocimiento de pleno derecho, Baraona se enfrenta a la objeción de la autotutela: “Se sostiene que no es posible que alguien se haga justicia por su propia mano y declare nulo un acto por sí y ante sí y fundado en ello deje de cumplir sus obligaciones” (BARAONA, cit. (n. 5), pp. 39). Baraona reconoce la fuerza de este argumento, aunque cree que debería “matizarse”: “No dudo de que una correcta aplicación de los principios de un Estado de Derecho lleva a proscribir como regla, la autotutela, pero no por completo, pues todo depende de la correcta valoración de los intereses en juego. Por lo mismo, creo que la regla de que el acto celebrado debe tenerse por válido mientras no se diga otra cosa por sentencia judicial puede perfectamente matizarse, si la realidad del tráfico lo permite sin sacrificar valores superiores” (ibid). En mi opinión, aquí Baraona concede demasiado demasiado rápido. Primero, podemos observar que se incurre en cierta impropiedad al decir que se trataría de una persona que “declara” nulo el contrato, o que lo hace el Conservador cuando se niega a inscribir un contrato absolutamente nulo. El Conservador se niega a inscribir porque no hay un contrato válido que deba ser inscrito, y la persona a la que se refiere Baraona simplemente actúa en el entendido de que no hay un contrato que lo obligue, tal como lo hace el que, después de regatear infructuosamente, vuelve a guardar en su bolsillo su dinero en vez de entregárselo a quien podría haber sido el vendedor. Como sostenía acertadamente Clemente Fabres, “el buen orden no se altera, ni se hace juez en su propia causa el que hace uso de los derechos que le competen y que no fueron destruidos por el contrato nulo, ni más ni menos que si hiciera uso de esos derechos sin haber existido contrato material” (FABRES, cit. (n. 19), p. 145). Si el que se niega a cumplir una obligación porque cree que el contrato respectivo es absolutamente nulo está actuando en “autotutela” de sus derechos, lo mismo hace el que se niega a restituir lo que ha recibido bajo el contrato, cuando la contraparte se lo pide porque cree nulo al contrato. La cuestión relevante, a mi juicio, es si la ley le reconoce al primero derecho a alegar que el contrato es nulo para justificar su incumplimiento. Y la regla del art. 1683 es clara en la afirmativa. Como sostenían PLANIOL Y RIPERT (en pasaje citado *supra*, n. 26), la licitud de su negativa a cumplir, si hay desacuerdo, quedará sujeta a escrutinio judicial: si en el juicio de cumplimiento interpone la excepción de nulidad exitosamente, el juez declarará que su negativa era jurídicamente correcta, por lo que no actuó ilícitamente (nótese: su negativa a realizar la acción respectiva no era *entonces* ilícita). Por lo mismo, si el contrato adolece de un vicio de nulidad relativa, solo el que tiene la acción está en esta posición, porque a los demás precisamente la ley no les confiere el derecho a justificar su incumplimiento en la nulidad relativa del acto. Por eso, lo relevante no es si lo hace antes o después de una decisión judicial, la cuestión es si la ley le reconoce derecho a alegar ante un tribunal la ineptitud del pretendido contrato para obligarlo. Que la acción de nulidad absoluta la tenga todo el que tiene interés en ella ha de ser entendido precisamente en el sentido de que el sujeto del que habla Baraona, que cree no tener la obligación cuyo cumplimiento exige la contraparte de un contrato que el primero cree que es nulo absolutamente, tendrá por eso mismo derecho a alegar la nulidad ante el juez, lo que quiere decir: alegará ante el juez que su incumplimiento no fue ilícito (aunque la nulidad no ha sido todavía declarada), porque no hay un contrato que lo obligue.

jurídicamente reconocido para alegarla, puede decirse que el contrato absolutamente nulo no obliga a ninguna persona; como el juez no necesita esperar a que alguien ejerza la acción de nulidad para declararla, debe decirse que el acto no obliga al juez; como el Conservador de Bienes Raíces debe negarse a inscribir el título en el que es visible un vicio de nulidad absoluta, el título no obliga al Conservador, etc. Adicionalmente, el acto no puede ser convalidado ni, como veremos, saneado.

### 3.3.- *La legitimación activa*

La radicalidad del desconocimiento del contrato, que se manifiesta en la notoria amplitud de las condiciones en que la ley permite requerir y declarar la nulidad absoluta, genera cierta incomodidad en la doctrina, porque ella podría permitir la “inmisión” de terceros en asuntos ajenos,<sup>37</sup> por lo que “el interés debe cumplir ciertos requisitos”.<sup>38</sup> En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia interpretan extensivamente no la titularidad de la acción de nulidad (o de las condiciones en que puede ser declarada de oficio), sino las limitaciones legales. Como la nulidad es una sanción, y las sanciones son de derecho estricto, estas limitaciones son interpretadas ampliamente, como si ellas contuvieran un principio de reconocimiento del acto nulo. Esto es a mi juicio un error: estas limitaciones a la declaración de nulidad se explican por consideraciones especiales, sustantivas o institucionales, y no es correcto entenderlas como un principio de reconocimiento.

En efecto, el hecho de que no pueda ejercer la acción de nulidad el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683) no se explica porque la ley pretenda que esa parte sí sea obligada a cumplir el contrato, sino es consecuencia del principio general de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, y menos hacerlo alegándolo él mismo. Por eso en tal caso, si el vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato, el juez deberá primero rechazar la acción de nulidad y a continuación declarar nulo el contrato de oficio. Tampoco debe leerse un principio de reconocimiento en el hecho de que el juez solo pueda declarar la nulidad cuando aparece de manifiesto en el contrato; la cuestión es exactamente, al contrario: significa que, dada la posición que ocupa el juez, cuando actúa de oficio solo puede descansar en las consideraciones que le sea posible apreciar sin actividad de las partes. Cuando en esas condiciones la nulidad es aparente, tiene el deber de declararla.

Lo mismo vale para la exigencia de “interés” para poder alegar la nulidad. La doctrina y jurisprudencia dominantes buscan acotar esta notoriamente amplia titularidad de la acción de nulidad absoluta, asumiendo que no es aceptable que

<sup>37</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 5), p. 190, §162.

<sup>38</sup> CORRAL, cit. (n. 15), p. 689.

se trate de una acción popular. Para eso, buscan especificar las condiciones que debe reunir el interés al que hace referencia el artículo 1683, bajo el supuesto de que esa regla, a pesar de contener una titularidad amplia, pretende restringir la acción *sólo* a quienes tienen interés en ella: después de todo, “el derecho para alegarla se lo otorga la ley, en razón de ese interés”.<sup>39</sup> Esto ha llevado a construir una serie de exigencias para calificar el “interés” al que alude el artículo 1683. La posición dominante exige que se trate de un interés patrimonial,<sup>40</sup> existente no solo al momento de ejercer la acción sino también al momento de celebración del contrato;<sup>41</sup> directo<sup>42</sup> y probado.<sup>43</sup>

En mi opinión, la noción de interés debe ser interpretada con el siguiente criterio: se trata de que, como el contrato es radicalmente desconocido, nadie se vea obligado por él porque no puede pedir la nulidad, o porque no puede defenderse de una acción de cumplimiento forzado oponiéndola como excepción; que todo aquél que sea afectado por el contrato esté en condiciones de alegar que no en realidad no hay contrato. Esto alcanza incluso a los terceros: el acreedor que ve que el patrimonio de su deudor se ha empobrecido como consecuencia de un contrato que adolece de un vicio de nulidad puede también ejercer la acción de nulidad. Por cierto, la exigencia de que el interés exista tanto al momento de celebrarse el contrato como al momento de ejercer la acción de nulidad implicaría que este acreedor solo podrá ejercer la acción de nulidad si su crédito es anterior a la celebración del contrato. Esta es una restricción que a mi juicio carece de

<sup>39</sup> ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 598, §654.

<sup>40</sup> CLARO SOLAR, cit. (n. 6), p. 542, §1926. Es interesante que Claro Solar no da razón alguna: primero afirma que ha de tratarse de un interés pecuniario y luego explica que ha de ser pecuniario “aunque no lo expresa la ley, porque no cabe en esta materia un interés puramente moral”, lo que no es dar una razón, sino repetir la idea. Y luego explica lo que parecería una razón en contra de esta idea: que el proyecto de 1853 daba la acción a “todo el que tuviera un interés *pecuniario* en ello”, exigencia que luego se eliminó; pero, dice Claro Solar, sin pretender variar el alcance de la disposición, sino solo como consecuencia de que la Comisión redactora “prefirió la redacción que daba Delvincourt a esta exigencia”; véase también ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. Y VODANOVIC, cit. (n. 16), p. 522, §699; DUCCI, cit. (n. 7), p. 339; VIAL, cit. (n. 7), p. 250; VARAS, Juan A., “El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil”, *Actualidad Jurídica*, 2004, n° 9; RODRÍGUEZ, cit. (n. 21), p. 210. La tesis es dominante pero no unánime: véase, en contra, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 5), p. 191, §162.1, aunque reportando que la jurisprudencia constante exige un interés patrimonial; LÓPEZ, Jorge, “¿Tiene interés para alegar la nulidad absoluta de unas compraventas el hijo mayor que, basado en la demencia del vendedor, acciona contra sus padres y hermanas?”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1989, T. 86, pp. 7 ss.; CORRAL, Hernán, “El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante”, en Guzmán Brito, A. (ed.) *Estudios de Derecho Civil III*. Legal Publishing, Santiago, 2008, p.673.

<sup>41</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 5), p. 196, §162.4; ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 553, §602; CORRAL, cit. (n. 40), p. 674; RODRÍGUEZ, cit. (n. 21), p. 10.

<sup>42</sup> ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 554, §603; CORRAL, cit. (n. 40), pp. 674-675.

<sup>43</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 5), p. 194, §162.3; CORRAL, cit. (n. 40), pp. 675.

justificación: lo relevante es el interés actual del acreedor, y el hecho de que el crédito es anterior o posterior al contrato de cuya nulidad se trata es indiferente.<sup>44</sup>

Uno podría llegar incluso más lejos: si la ley permite que la nulidad sea declarada de oficio por el juez, y que sea pedida por el Ministerio Público, ¿qué razón hay para no entenderla como acción popular?<sup>45</sup> El tenor del artículo 1683 podría ser entendida como una manera de expresar esta idea: ¿qué mejor manera de mostrar que uno tiene interés en algo que iniciar un procedimiento judicial para obtenerlo? En principio, como dice Claro Solar, la ley habilita “a todo el mundo” para alegar la nulidad absoluta.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> DOMÍNGUEZ explica que “no puede bastar un interés nacido después de la celebración del negocio nulo”, porque “lo que habilita para pedir la nulidad absoluta es la alteración que el negocio viciado produce en una situación o derecho existente y que es lesionado por aquel”. Si el crédito “naciera cuando el acto inválido ya existía, este no afectaría tal interés” (DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 5), p. 196, §162.4). Pero el acreedor puede cobrarse su crédito en todos los bienes que existan en el patrimonio del deudor al momento en que hace valer la deuda, no solo los bienes adquiridos con anterioridad al momento del crédito. Interesa al acreedor todo lo que afecta al patrimonio del deudor, precisamente porque lo que asegura su crédito son los bienes presentes y futuros del deudor (art. 2465). Hay algo extraño, por ejemplo, en que el acreedor esté protegido del deudor que con fraude pauliano remueve bienes de su patrimonio, pero no del que por indiferencia no ejerce su acción de nulidad. ¿Y todo esto sin referencia legal alguna? Esto no parece tener sentido. ¿Quizás es una suerte de regla de *nemo auditur*, ya que el que concedió crédito al deudor después de la celebración del contrato nulo en algún sentido asumió el perjuicio que el contrato representaba para el deudor? Pero para una regla de *nemo auditur* uno esperaría una disposición expresa. En todo caso, el supuesto de esto es que al contratar con el deudor el acreedor sabía del contrato y asumió el riesgo de que el deudor no demandara. ¿Cómo puede justificarse esto en abstracto? El acreedor no tiene como saber de los contratos que el deudor ha celebrado, y lo que aquí se estaría asumiendo en abstracto es que no solo sabía de su celebración, sino también sabía del modo en que se celebró, y que en esto último hubo un vicio de nulidad; Y en todo caso, quizás concedió el crédito porque el deudor le aseguró que demandaría la nulidad y él se tranquilizó diciendo que si el deudor no lo hacía podría demandar él mismo, etc.

<sup>45</sup> Hernán Corral explica que no es suficiente “alegar el interés superior por el cual la ley sanciona con la nulidad absoluta un determinado acto”, porque si invocar el interés en el cumplimiento de la ley fuera suficiente, “la acción de nulidad se convertiría en una acción popular, lo que no puede ser admitido dada la construcción de la norma (que contrapone la legitimación del interesado con el de ministerio público, que es el autorizado para actuar por la sociedad) y por el principio de la conservación del negocio jurídico que se vería fuertemente violentado si cualquier extraño pudiera pretender atacarlo judicialmente” (CORRAL, cit. (n. 40), pp. 673-674). Pero el ministerio público solo puede pedir la nulidad en atención a intereses generales: que el art. 1683 lo haga explícito no es razón, en mi opinión, para entender que en el caso anterior es por las razones opuestas. Y apelar al principio de la conservación del negocio jurídico aquí parece una *petitio principii*: yo diría, precisamente, que no hay negocio que conservar.

<sup>46</sup> CLARO SOLAR, cit. (n. 6), p. 537, §1923.

### 3.4.- El 'saneamiento' de la nulidad absoluta

La doctrina tradicional ve en el artículo 1683 otra hipótesis en que la validez de un contrato que adolece de nulidad absoluta es reconocida: el hecho de que pueda ser saneado por un lapso de tiempo de diez años.

La redacción de la disposición efectivamente sugiere que ese es un plazo transcurrido el cual el contrato se "sanea" en el sentido de que se purga del vicio, de modo que pasa a ser reconocido como plenamente válido, *sano*. En mi opinión, esta es una conclusión incoherente con la regulación de la nulidad absoluta, lo que exige una interpretación restrictiva del tenor literal de la regla respectiva.

Es interesante que Arturo ALESSANDRI BESA, en su clásico estudio sobre la nulidad, sostiene inicialmente que el "saneamiento" de la nulidad por el paso del tiempo

“(…) constituye, en realidad, la prescripción del derecho de alegarla, porque el vicio en sí mismo no puede desaparecer. El acto o contrato que se generó con un defecto legal lo conserva hasta que desaparezca por completo, y no hay ley que pueda convertir un acto viciado en uno que no lo está”.<sup>47</sup>

Esta es, como veremos, la manera coherente de entender la regla en cuestión, que no implica reconocimiento alguno de la validez del acto o contrato de que se trata. Antes de eso, sin embargo, notemos que en el párrafo siguiente ALESSANDRI BESA vuelve sobre sus pasos y se corrige:

No creemos, sin embargo, que el saneamiento de la nulidad sea una simple prescripción del derecho de alegarla; es algo más, puesto que influye en el acto o contrato viciado mismo y su efecto es considerar a dicho

<sup>47</sup> ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 929, §1086. Esta misma idea es defendida por Carlos Ducci: “Este saneamiento constituye en realidad una prescripción del derecho de poder alegar la nulidad, tanto como acción cuanto como excepción” (DUCCI, cit. (n. 7), p. 340, §365); también BARROS ERRÁZURIZ: “En rigor de derecho, un acto nulo de nulidad absoluta no adquiere valor con el transcurso del tiempo por largo que sea... . La prescripción de treinta años que establece nuestro Código para la nulidad absoluta no tiende a dar existencia legal a un acto prohibido por la ley, sino a destruir el efecto de las acciones que pasados treinta años quisieran intentarse contra el que tiene en su favor una situación de hecho prolongada durante tanto tiempo” (BARROS ERRÁZURIZ, A. *Segundo Año, Primera parte*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1921, 288, §205).

acto o contrato como purgado del vicio.<sup>48</sup>

Quizás esta oscilación entre una y otra interpretación se deba a la misma idea manifestada por BARROS ERRÁZURIZ cuando afirma que entendiendo el plazo en uno u otro sentido “el efecto es el mismo”.<sup>49</sup> La verdad es que, pese a la autoridad de su autor, esta afirmación es evidentemente incorrecta. Una de las peculiaridades de la nulidad absoluta es que puede ser declarada sin que haya ejercicio de la acción de nulidad. El hecho de que la acción esté prescrita impide *demandar* la nulidad, pero no impide al juez *declararla de oficio* si aparece de manifiesto en el acto o contrato (art. 1683); que la acción esté prescrita tampoco implica que el Conservador debe aceptar la inscripción de un título en el que es visible un vicio de nulidad absoluta (art. 13 RRC). Pero si al cabo de diez años ha de entenderse que el acto o contrato queda jurídicamente purgado del vicio, entonces por cierto habría que decir que el juez ya no puede declarar de oficio la nulidad y que el Conservador ya no puede negarse a inscribir el título. Hay entonces una diferencia considerable entre afirmar que a los diez años el acto o contrato queda purgado de su vicio y decir que se ha extinguido por prescripción extintiva la acción de nulidad.<sup>50</sup>

La razón por la que Alessandri Besa sostiene la tesis de que el lapso de diez años tiene el efecto de purgar el vicio (o de “hacer caso omiso” del vicio) es puramente de texto. En efecto,

“Prueba de lo que decimos... es que el Código Civil, al referirse a este efecto que produce el transcurso del tiempo, no habla de prescripción de la acción de nulidad, sino de saneamiento de la nulidad. Por este motivo estimamos que el saneamiento de una y otra especie de nulidad produce unos mismos efectos, y que se trata de una misma institución, con la diferencia propia del plazo que debe transcurrir para que se produzca el

<sup>48</sup> ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 930, §1086.

<sup>49</sup> BARROS ERRÁZURIZ, cit. (n. 47), p. 288, §205.

<sup>50</sup> Véase CONCHA, Ricardo, “El juez puede declarar de oficio la nulidad absoluta aun transcurridos diez años desde la celebración del contrato”, en BARRÍA, M. (Ed.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 527. Alessandri Besa busca hacer sus dos observaciones compatibles distinguiendo el hecho de que el contrato sea válido y el hecho de que el contrato sea *considerado como* válido: “no se trata de darle existencia legal a un acto ilícito, sino a hacer caso omiso del vicio que contiene, a considerarlo purgado del defecto que en el hecho siempre tiene” (ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 935, §1089). La distinción es a mi juicio artificiosa. El significado preciso de que el derecho haga “caso omiso” de un vicio es que desde el punto de vista jurídico no hay vicio. No se ve en caso contrario qué podría significar lo primero.

saneamiento”.

“Si la ley hubiera querido que la extinción del derecho de alegar la nulidad constituyera exclusivamente extinción de acciones civiles, le hubiera bastado decir que la nulidad sólo podría ser alegada dentro de tal plazo, sin hablar de “saneamiento” de la nulidad”.<sup>51</sup>

Es verdad que el texto del artículo 1683 no se limita a disponer que a los diez años se extingue la acción de nulidad, sino que el acto o contrato se “sanea”. Pero esta consideración, aunque evidentemente relevante, no es decisiva. Es necesario considerar la racionalidad de una u otra regla en el sistema del Código Civil.

CORRAL, como Alessandri, ve que en principio hay algo problemático en que el vicio quede purgado, porque esto significaría, por ejemplo, que entonces una de las partes podría demandar de cumplimiento forzado a la otra. Para evitar esta consecuencia, explica, “se ha señalado que con el plazo de diez años se extingue por prescripción la acción de nulidad, pero no se sana o valida el acto nulo”.<sup>52</sup> Esta solución, sin embargo, es a juicio de Corral “contraria al mandato legal que claramente señala que el plazo es una forma de saneamiento del acto”. ¿Quiere decir esto que transcurrido el plazo de diez años el sicario podría demandar judicialmente el precio acordado? Corral sugiere varias vías para evitar esta conclusión:

Para remediar la situación de un posible demandado por un acto cuya nulidad se ha saneado por el transcurso de diez años, pueden utilizarse otras defensas, como la prescripción extintiva de la acción de cumplimiento (o resolutoria), o la prescripción adquisitiva de las cosas entregadas en virtud del título nulo.<sup>53</sup>

Estos remedios posibles solucionan algunos casos, pero no son suficientes: el plazo de prescripción extintiva de la acción de cumplimiento y la resolutoria, desde

<sup>51</sup> ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 930. Volveremos más adelante sobre esta idea de que el saneamiento es la misma “institución” tratándose de la nulidad relativa y la absoluta. En el mismo sentido y más categóricamente, pero sin mencionar los problemas a que esto da lugar, VIAL, cit. (n. 7), pp. 256-257, §178: “transcurridos diez años contados desde la fecha de celebración del acto o contrato, sin que se hubiera pedido la declaración de nulidad absoluta o sin que se hubiera declarado de oficio por el juez, el vicio de nulidad absoluta, sea éste cual fuere, desaparece. La enfermedad que afectaba al acto y de la cual éste podía morir cede; el acto se robustece y fortifica y ya no podrá ser invalidado, entendiéndose, a mayor abundamiento, que nunca existió el vicio que lo afectaba”.

<sup>52</sup> CORRAL, cit. (n. 15), p. 694.

<sup>53</sup> Ibid.

luego, no corre desde la celebración del acto, sino desde que la obligación se hace exigible o desde el incumplimiento, por lo que es enteramente posible que estas acciones no hayan prescrito a los diez años del contrato. En cuanto a la prescripción adquisitiva, ella no es de utilidad al que es demandado de cumplimiento, porque su alegación no es que ha comenzado a poseer bajo el contrato.

¿Hay que concluir que si ya han pasado diez años de la celebración del contrato pero la acción de cumplimiento forzado no ha prescrito el contrato nulo absolutamente puede ser ejecutado judicialmente? La conclusión es difícil de aceptar.<sup>54</sup> Corral invoca dos posibilidades más para evitarla: (su nombre para la “inexistencia”), ratificando de este modo que como está dicho más arriba la inexistencia se explica porque permite declarar una nulidad que la ley no permite declarar. La otra es que

“[I]a prescripción de la acción de nulidad no se aplicará en aquellos supuestos en los que se trata de un vicio fundado en la lesión de derechos fundamentales o de un interés público que se estima esencial para la estabilidad y funcionamiento del sistema jurídico.”<sup>55</sup>

Hay algo extraño en el argumento de Corral, primero, observa el problema de que el plazo sea uno de saneamiento; luego, pese al problema, sostiene que así debe entenderse el plazo, atendiendo al tenor literal del artículo 1683; pero esto no lo lleva a concluir que pasados los 10 años el contrato es válido, sino a crear otras formas de afirmar su nulidad, creando interpretativamente nulidades no reconocidas en el Código Civil o causales que tendrían un régimen especialísimo porque, a pesar de la letra, serían imprescriptibles e insaneables. En vez de un literalismo inicial que crea un problema que luego es solucionado de modo textualmente desaprensivo, parece más razonable adoptar una interpretación inicial menos literalista y más sensible al sistema del Código, que haga que el problema no surja.

El profesor Jorge Baraona, por su parte, sostiene que el plazo no tiene el efecto de sanear el contrato, y lo concibe como un caso de “caducidad de derechos, respecto de quienes tenían derecho o la facultad-deber de impugnar el acto (juez, partes, terceros interesados, ministerio público)”. Como consecuencia de esta caducidad, el acto deviene “inimpugnable” y se convierte “por el lapso de diez

<sup>54</sup> Concha observa acertadamente que “resulta complicado plantear que un juez, transcurridos diez años desde la celebración de un acto nulo, deba con su imperio ordenar la aplicación de una aparente regla contractual, que presenta manifiestamente algunos de los vicios recién reseñados”. CONCHA, cit. (n. 50), p. 536.

<sup>55</sup> CORRAL, cit. (n. 15), p. 695.

años, de título injusto en título justo, permitiendo que pueda operar el modo de adquirir prescripción adquisitiva”.<sup>56</sup>

Dados los efectos que Baraona le atribuye al transcurso del plazo, no es claro qué contenido tiene su categórica afirmación de que “no puede el mero transcurso del tiempo hacer legal y regular lo que desde un principio no lo fue”. No me queda claro cómo eso es compatible con decir que el título que era injusto se convierte, por el lapso de diez años, “de injusto en justo”.

Esto último es además innecesario, porque la prescripción extraordinaria no requiere de título alguno y en todo caso (porque lo anterior es discutido) no exige justo título, por lo que “para que pueda operar el modo de adquirir prescripción adquisitiva” no es necesario que el título se convierta de injusto en justo.

Baraona, por último, sostiene que su posición es la misma de BARROS ERRÁZURIZ, quien sostenía que el transcurso del plazo no saneaba el contrato. Barros Errázuriz, en un pasaje que ya hemos citado, sostenía que

La prescripción de treinta años que establece nuestro Código para la nulidad absoluta no tiende a dar existencia legal a un acto prohibido por la ley, sino a destruir el efecto de las acciones que pasados treinta años quisieran intentar contra el que tiene en su favor una situación de hecho prolongada por tanto tiempo.<sup>57</sup>

La posición de Barros Errázuriz, sin embargo, es distinta a la de Baraona en dos puntos relevantes: primero, si es un plazo de prescripción su cumplimiento no implica que el título injusto deviene justo; segundo, la prescripción extintiva solo afecta a quienes tenían la acción: no cambia la posición del juez ni del Conservador de bienes raíces.

Para poder discutir este problema tomando en cuenta los tenores literales pero sin quedarse en ellos, es necesario preguntarse: ¿Cuál es el sentido de la limitación temporal del artículo 1683? Alessandri Besa apela al “interés público”, que “exige cierta estabilidad en las situaciones jurídicas, porque derechos inciertos impiden el normal desarrollo de las actividades”. Por eso no es conveniente, según él, “dejar en suspenso ese acto indefinidamente, como ocurriría si pudiese ser anulado en cualquiera época después de su celebración”.<sup>58</sup> Barros Errázuriz apunta a la misma necesidad de estabilización de las posiciones jurídicas: la ley “quiere que se consolide la situación de hecho que ha durado más de [diez] años, pues

<sup>56</sup> BARAONA, cit. (n. 5), p. 58.

<sup>57</sup> BARROS ERRÁZURIZ, cit. (n. 47), p. 288, §205.

<sup>58</sup> ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 933, §1088.

estima que un transcurso considerable de tiempo basta para sanear todo vicio”.<sup>59</sup>

Como puede observarse, hay una diferencia en la explicación de Alessandri Besa y la de Barros Errázuriz que aparece al preguntarse *qué es aquello de cuya consolidación o estabilización se trata*. Para Alessandri Besa lo que requiere estabilización es el acto o contrato, que por adolecer de un vicio de nulidad se encuentra “en suspenso”. Aquí “estabilizarlo” significa que deje de estar en suspenso porque ya no puede ser anulado. Barros Errázuriz, por su parte, no mira al acto o contrato que estaría en suspenso, sino a “situaciones de hecho” que se han producido bajo el contrato nulo absolutamente y que por consiguiente están expuestas a ser modificadas si la nulidad es declarada.

Esta diferencia hace a mi juicio toda la diferencia, y aquí la posición más adecuada es la de Barros Errázuriz. En efecto, se trata de consolidar situaciones de hecho que pueden ser alteradas mediante la declaración de nulidad. Es decir, se trata de poner a salvo de la declaración de nulidad las situaciones jurídicas que se han creado por el cumplimiento de un contrato que adolece de un vicio de nulidad absoluta. La hipótesis aquí es precisamente que, de hecho, el contrato *no quedó en suspenso*, sino que fue cumplido modificando las situaciones jurídicamente relevante anteriores y creando otras nuevas. Si el contrato es declarado nulo esas situaciones pueden verse alteradas. El sentido del artículo 1683 es que las situaciones que se hayan producido como consecuencia de la ejecución de un contrato absolutamente nulo queden consolidadas a los diez años. Pero si el contrato no se ha ejecutado, no hay nada que requiera ser consolidado. La cuestión en este caso pasa a ser una enteramente distinta: ¿puede invocarse el contrato, ahora (por hipótesis) purgado del vicio por el lapso de tiempo (“saneado”), para exigir su cumplimiento? Nótese que desde el punto de vista de lo que la ley pretende consolidar, en la explicación de Barros Errázuriz, esto sería *contrario a la finalidad legislativa*, porque permitiría alterar situaciones de hecho invocando un contrato nulo. Si de consolidación de situaciones de hecho se trata, lo que debe ser consolidado es el *statu quo* frente al intento de ejecución del contrato. No es la nulidad absoluta la que es saneada; son los efectos que se han efectivamente realizado los que se sanean por el paso del tiempo.

Es verdad que, como notan Alessandri Besa y Corral, esta interpretación supone que el texto de la parte final del artículo 1683 debe ser corregido. Pero la corrección no es una solución *ad-hoc*. Es una corrección necesaria para hacer la regla en él contenida compatible con el sistema del Código Civil.<sup>60</sup> Lo que muestra

<sup>59</sup> BARROS ERRÁZURIZ, cit. (n. 47), p. 288, §205. Ya hemos visto que Barros Errázuriz afirma que el transcurso del plazo no sana los vicios, por lo que esta última frase resulta desconcertante.

<sup>60</sup> Algo similar ocurre respecto del artículo 724, que por razones sistemáticas no puede ser interpretado conforme a su letra, cuestión en la que al menos desde TRUCCO (“Teoría de la posesión inscrita dentro del

de modo más categórico que esas consideraciones sistemáticas exigen no dar a esa regla su sentido literal es que los mismos autores que defienden esta última interpretación rechazan la consecuencia que se sigue de ella: que un contrato nulo es, desde los diez años, un contrato “sano” cuyo cumplimiento puede ser judicialmente exigido, que obliga al Conservador, etc. Para esto recurren a soluciones que no dejan de tener cierto artificio, como introducir al sistema del Código Civil una categoría que permite declarar la nulidad cuando conforme a sus propias interpretaciones la nulidad ya no puede ser declarada, o condiciones o causales de nulidad que no son parte del sistema del Código.

Porque lo que las consideraciones anteriores muestran es que no hay razón alguna substantiva para entender que el transcurso de los diez años sana el contrato en el sentido de que lo purga del vicio. Tampoco lo hay para entender que la extinción de la acción de nulidad implica la extinción de la excepción de nulidad. En efecto, ¿por qué la ley habría de permitir a una de las partes de un contrato prohibido por la ley exigir su cumplimiento? ¿Qué sentido tiene negarle a aquél en contra de quien se pretende hacer cumplir un contrato nulo absolutamente que se defienda alegando la nulidad? Como ya hemos explicado, para evitar esta conclusión evidente de la tesis del “saneamiento” del contrato, existe el comodín de la inexistencia.

#### *IV. LA NULIDAD RELATIVA Y LA RESCISIÓN*

##### *4.1.- La nulidad relativa*

En el caso de la nulidad relativa, estamos frente a un acto o contrato que adolece de un vicio suficiente para que sea totalmente desconocido, pero que es inicialmente reconocido. Es usual explicar esta distinción haciendo referencia al hecho de que la nulidad relativa salvaguarda intereses privados, mientras la nulidad absoluta salvaguarda el interés público. Aunque esto no es enteramente incorrecto, es una fórmula que a mi juicio es preferible evitar, porque sugiere, por ejemplo, que no hay un interés público en que los contratos se celebren sin amenazas o engaño.<sup>61</sup> Lo característico de la nulidad relativa, como veremos, es que supone la infracción de reglas que buscan asegurar condiciones para atribuirle a las partes la voluntad que

---

código civil chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1910, vol. 6, pp. 131-155) hay unanimidad en la doctrina.

<sup>61</sup> ALESSANDRI BESA correctamente observa que “a la afirmación de que la nulidad relativa solo está destinada a salvaguardar intereses individuales no debe dársele un valor absoluto” (ALESSANDRI BESA, cit. (n. 5), p. 86, §77).

manifestaron. En esas condiciones, desconocer de pleno derecho el contrato sería manifiestamente desproporcionado, en el sentido de que llegaría mucho más lejos de lo que las irregularidades en el ejercicio de la potestad justifican. Como el vicio afecta las condiciones de atribución a un individuo de su voluntad manifestada, si ya libre del vicio el individuo hace suya esa voluntad desaparece toda razón para declarar nulo el contrato. Por consiguiente, en estos casos la ley reconoce el contrato, pero adicionalmente reconoce a aquel cuya voluntad fue afectada por el vicio un *derecho*: el derecho a decidir si el contrato subsiste y produce todos sus efectos legales o es en cambio declarado nulo. Esto es lo que quiere decir que solo él tenga la acción de nulidad. Como tiene derecho a decidir la suerte del contrato, también puede sanarlo o ratificarlo (la vinculación entre ambas cosas es explícita en el art. 1696). Por esto no es correcto decir que el “saneamiento” es la misma “institución” en el caso de la nulidad absoluta y la nulidad relativa: en el primero, es la extinción de la acción de nulidad para consolidar situaciones de hecho producidas bajo el contrato; en la segunda, es el reconocimiento de un derecho del titular de la acción de nulidad a decidir la suerte del contrato.

Esto quiere decir que el contrato es inicialmente reconocido, pero será desconocido si, en ejercicio de su derecho, el afectado pide la nulidad. La consecuencia de esto es que el contrato obliga a todo el resto: a la contraparte a cumplir, al juez que no puede declararlo nulo sin que el titular de la acción así lo requiera, y a los terceros en la medida en que estos deban reconocer su existencia como hecho institucional. Por esto, por ejemplo, no puede el Conservador negarse a inscribir un título en el que consta un vicio de nulidad relativa.<sup>62</sup>

#### 4.2.- Rescisión como género, nulidad relativa como especie

Ha habido interesantes aportaciones recientes respecto del tema de la nulidad, que intentan superar la idea de que la función de la nulidad es sancionar ilícitos. Particular atención se le ha prestado a la nulidad relativa. Patricia LÓPEZ la entiende como un medio de tutela;<sup>63</sup> Nathalie Walker, por su parte, cree que las reglas sobre rescisión (el género) y nulidad relativa (la especie) han de ser reconstruidas sobre la idea de que su sentido es la protección de la buena fe, en las dos dimensiones que ella formula de contenido del contrato y comportamiento de

<sup>62</sup> La jurisprudencia ha sostenido que “el Conservador de Bienes Raíces no tiene facultades para negarse a inscribir cuando el defecto del título eventualmente podría conducir sólo a la nulidad relativa” (*Condeza con Conservador y Barria con Conservador*, en ambos casos c. 5°. Ha sostenido lo contrario en *Silva con Conservador*. Al respecto, véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Comentario de Jurisprudencia: Negativa del Conservador a inscribir título que contiene acto que adolece de nulidad relativa”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2019, n° 245, pp. 311-319.

<sup>63</sup> Véase a LÓPEZ, cit. (n. 8).

las partes, respectivamente.<sup>64</sup>

LÓPEZ explica la finalidad protectora de la nulidad (relativa) del siguiente modo:

La pregunta... es qué persigue el legislador al tipificar estas causales [de nulidad]: ¿proteger o sancionar? Y la respuesta es que pretende *tutelar* a quien hay quedado vinculado por un contrato viciado a través de su aniquilación, debiendo desestimarse, a nuestro juicio, idea según la cual ‘que la ley declare nulo el acto y sin valor’ equivale a que ella lo ‘sanciona’.<sup>65</sup>

A mi juicio la disyuntiva no está bien planteada, porque sancionar y proteger no son dos funciones ni exhaustivas ni excluyentes de las reglas. Es posible sancionar para proteger, por ejemplo;<sup>66</sup> y es también posible que una regla no busque ni sancionar ni proteger, sino habilitar.

Que no es una distinción excluyente aparece en el propio argumento de López cuando aplica la disyuntiva a la nulidad absoluta. Como en este caso es posible que no sean las partes del contrato las que la “activen”, “no podría considerarse, en todos los casos en que ella proceda, un medio de tutela”. Esto, explica, no significa que no sea una medida de protección, “toda vez que, dependiendo del caso, ella tutela el orden jurídico o a ciertas personas que están en situación de inferioridad”.<sup>67</sup> Pero si “proteger” incluye “proteger el orden jurídico” (y ¿por qué no habría de incluirlo?), entonces resulta especialmente claro que sancionar y proteger no son dos funciones excluyentes; de hecho, es difícil pensar en casos en que sancionar *no es* proteger.

Pero ignoremos por ahora este punto y continuemos con el argumento de LÓPEZ. Reconocer la “naturaleza tuitiva” de la nulidad relativa, explica, tendría dos consecuencias benéficas:

(i) permitiría prescindir de su declaración judicial,

<sup>64</sup> WALKER, Nathalie, “Origen del tratamiento conjunto de la nulidad relativa y la rescisión en el título XX del Libro IV del Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2019, Vol. 32, pp. 9-32.

<sup>65</sup> LÓPEZ, cit. (n. 8).

<sup>66</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, de hecho, explica que “la invalidez, concebida como se ha hecho más arriba, es una sanción civil y una medida de protección” (*Teoría General del Negocio Jurídico*, cit. (n. 5), p. 174, §148).

<sup>67</sup> LÓPEZ, cit. (n. 8).

concibiéndola como una forma de autotutela y (ii) admitir su eventual concurrencia con la resolución por incumplimiento y contrastar la tutela que ambas dispensan al acreedor.<sup>68</sup>

Lo primero consiste en reconocer que el derecho a decidir sobre la subsistencia del contrato pueda ser ejercido extrajudicialmente por su titular, de modo que manifestada su voluntad aun sin ejercer la acción de nulidad el contrato deje de ser reconocido. En caso de que la contraparte dispute la existencia del vicio, sería ésta la que debería acreditar judicialmente la validez del contrato; si se negara a restituir lo recibido bajo el contrato, debería la indemnización por el retraso desde el momento en que la voluntad del otro se manifestó en el sentido de desconocer el contrato.

Lo segundo supone que hay supuestos de hecho en que la acción de nulidad y la de resolución concurren. Dado que las consecuencias de una y otra no son las mismas (por ejemplo, la acción reivindicatoria contra terceros en caso de nulidad procede generalmente, conforme al art. 1689, pero en caso de resolución solo contra terceros de buena fe, conforme a los arts. 1490 y 1491), reconocer la posibilidad de mecanismos alternativos de protección del acreedor mejora su protección.

LÓPEZ rechaza la comprensión de la nulidad como una sanción, y en ese sentido su reconstrucción está libre de muchos de los problemas que hemos estado considerando. Pero en su reemplazo ofrece una explicación que pareciera ser poco más que reemplazar un término negativo por uno análogo pero positivo. Y mira a la nulidad en términos de pura funcionalidad. Pero la sola función no sirve para construir conceptos jurídicos, porque hay diversas formas en que las funciones pueden desempeñarse (“el derecho no tolera la ausencia de forma” decía Jhering<sup>69</sup>). Los conceptos jurídicos existen en ese espacio donde lo determinante es el modo en que las funciones se desempeñan, para hacerse así probable. No basta mostrar que desde el punto de vista tuitivo las dos consecuencias indicadas más arriba son adecuadas, es necesario mostrar que ellas son compatibles con la estructura de la nulidad. Para eso es instructivo tratarlas separadamente.

La primera, explica López, se sustenta sobre la “categoría dogmática” de la autotutela. Pero ya hemos visto que no hay autotutela en el que se niega a cumplir un contrato nulo.<sup>70</sup> Por cierto, en el caso de la nulidad relativa el contrato no es

<sup>68</sup> Ibid, §2.

<sup>69</sup> IHERING, Rudolph von, *El Espíritu del Derecho Romano*. Comares, Granada, 1998, p. 645. Sobre la relación entre función y estructura de los conceptos jurídicos, véase ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2016, cap. 7.

<sup>70</sup> Véase *supra*, n. 35.

desconocido sin más, sino que su desconocimiento está entregado a la decisión del titular de la acción.

Aquí podemos observar el sentido de la diferencia entre nulidad absoluta y nulidad relativa. En el caso de la nulidad absoluta, hemos visto que el hecho de que todo el que tenga interés en ello puede alegarla y que pueda ser declarada de oficio significa que el contrato no obliga: todos están en posición de ignorarlo, y eso es acusado como ilícito podrán defenderse alegando la nulidad; y cualquier en contra de quien el contrato sea judicialmente invocado podrá oponer la excepción de nulidad.

La nulidad relativa, por su parte, es asimétrica. Normalmente el vicio será sufrido solo por una de las partes,<sup>71</sup> que será entonces quien puede alegarla. Este podrá negarse a cumplir el contrato, y podrá justificar su incumplimiento ante el juez en caso de ser demandado de ejecución. Su contraparte, sin embargo, se encuentra en una situación distinta: el contrato sí lo obliga, porque no podrá justificar su incumplimiento invocando la nulidad en caso de ser demandado de cumplimiento.

Por consiguiente el que tiene la acción puede desde luego actuar como sugiere López: puede negarse a cumplir, y la carga de demandar judicialmente la tendrá el otro, que se enfrentará a la excepción de nulidad; si el contrato ya ha sido cumplido y la nulidad persigue la restitución, la cuestión requerirá decisión judicial, en que se discutirá la validez del contrato.<sup>72</sup> Como está explicado más arriba a propósito de la nulidad absoluta, la necesidad de intervención judicial tiene que ver más con cuestiones generales acerca de la forma adecuada de solución de controversias entre individuos y menos con “paradigmas” acerca de la nulidad.

La segunda consecuencia del enfoque tuitivo de la nulidad relativa era que llevaba a admitir su eventual concurrencia con la acción de resolución. Esto nos sirve para avanzar, porque aquí la idea es que como la nulidad relativa y la resolución por incumplimiento cumplen la misma función (tuitiva), el sujeto protegido con ambas debería poder elegir entre ambas.

Pero hay evidentemente una diferencia entre ambas acciones, que hace

<sup>71</sup> ¿Pueden ambas partes haber sufrido el vicio? Esto es en principio posible (podrían haber sido ambas amenazadas), aunque no es el caso normal. Que no sea el caso normal implica que, aunque es un caso posible, no debe ser el principalmente tenido a la vista al reconstruir el régimen de la nulidad relativa.

<sup>72</sup> LÓPEZ, cit. (n. 8), se pregunta “si efectivamente existe en nuestro Código una exigencia de declarar judicialmente la nulidad relativa”, y su respuesta es dubitativa. A mi juicio, la razón por la que es indudable que existe es la de siempre: es posible que la otra parte crea que no hay vicio... ¿cómo se soluciona esa diferencia, si no es con una declaración judicial? Adicionalmente, el beneficiario de la acción tiene cuatro años para ejercerla (art. 1691), y si no la ejerce el contrato es válido. Una notificación extrajudicial de su voluntad de obtener la nulidad del contrato no es suficiente para que el derecho reconozca ejercido el derecho del titular de la acción de nulidad al desconocimiento del contrato, por lo que ella no evitaría que el plazo siga corriendo en su contra.

que en principio no sean compatibles. La acción de resolución supone un vínculo contractual existente, mientras la nulidad supone el desconocimiento del vínculo contractual que las partes pretendieron crear mediante el ejercicio de la potestad contractual. Esto significa que, en principio, no puede haber concurrencia entre ambas.

Pero esto no es todo lo que hay que decir. Hemos ya visto que la nulidad relativa es una forma de desconocimiento parcial, en el sentido de que el contrato no es derechamente desconocido, como ocurre en las hipótesis de nulidad absoluta. En vez de desconocerlo, el derecho concede a alguien derecho a decidir si el contrato será desconocido o reconocido. Esto crea espacio para la posibilidad de concurrencia de acciones. Un ejemplo de concurrencia es el discutido en *Transportes Trancura con Tocales* comentado por el profesor Íñigo de la Maza:

Con fecha 13 de abril de 2004 se celebraron, por escrito, dos contratos de compraventa correspondientes, cada uno a un camión marca Mercedes Benz. El comprador adquirió dos camiones que, a su solicitud, había importado el vendedor desde Holanda. En la cláusula primera de ambos contratos de compraventa se mencionaba una serie de características de los vehículos, entre ellas, su marca, modelo, color, número de chasis y motor, año de fabricación, número de patente única, etc. Respecto del año de fabricación se estableció que correspondía a 2000 en el caso de uno de los camiones, y a 2001 tratándose del otro. Los vehículos fueron entregados por el vendedor al comprador. Según consta en los contratos el demandante revisó detenidamente y a su entera satisfacción los camiones y los consideró conforme a lo pactado en el contrato. El comprador utilizó los camiones entre julio de 2004 y octubre de 2005 para labores propias de su rubro. El 16 de agosto de 2005 el comprador demandó la nulidad de ambos contratos de venta alegando que había padecido error. La fecha de fabricación de los camiones no correspondía a los años 2000 y 2001, sino a 1997 y 1998.<sup>73</sup>

<sup>73</sup> DE LA MAZA, Íñigo, “El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio”. En DE LA MAZA, I. (ed.), *Incumplimiento Contractual. Nuevas perspectivas*. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 218.

En principio, es claro que o las partes contrataron la venta de camiones de los años 2000 y 2001, caso en el cual no hay error y lo que hay es incumplimiento, o el comprador creyó estar comprando camiones de esos años, pero el vendedor entendió estar obligándose a entregar camiones definidos por características distintas al hecho de haber sido fabricado en esos años. En el primer caso no hay error, y hay incumplimiento; en el segundo el contrato adolece de un vicio de nulidad.<sup>74</sup> La cuestión de cuál de estas hipótesis es la correcta respecto del caso es una pregunta por el contenido del contrato, y en este sentido una de hecho.

Pero un contrato que adolece de un vicio de nulidad relativa no es por eso mismo desconocido. Asumiendo que hubo error apto para viciar el consentimiento, en *Transportes Trancura con Tocales* el comprador tenía derecho a decidir si el contrato sería reconocido o no. Por eso el caso era efectivamente uno de concurrencia en el sentido de que el titular de ambas acciones podía elegir cuál de ellas ejercer: ejercer la de resolución era la renuncia tácita a la de nulidad, es decir, era la ratificación tácita del contrato. No es necesaria una comprensión tuitiva de la nulidad relativa para reconocer al titular de la acción este derecho a opción, precisamente porque la acción le es reconocida como un derecho a decidir sobre el reconocimiento del contrato.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Por cierto, la conclusión de que el contrato adolece de un vicio de nulidad requiere aclarar otros puntos: si se trata de una calidad substancial o accidental, y en este último caso si la contraparte sabía que la consideración de esa calidad esencial era determinante para la otra (arts. 1454, 1455). El error sustancial, adicionalmente, se puede entender en sentido “subjetivo” u “objetivo”. Todas estas cuestiones adicionales están discutidas en *ibid*. Para considerar la posibilidad de concurso es necesario asumir que en esta segunda hipótesis se trataría de lo que de la Maza denomina “error con trascendencia anulatoria”.

<sup>75</sup> En muy estricto rigor no hay posibilidad de concurrencia entre las acciones. Si el contrato adolecía de un vicio de nulidad relativa, porque el comprador creía estar comprando camiones del año 2000 y el vendedor creía estar vendiendo camiones de ciertas características que no incluían el año, el comprador podría demandar la nulidad. El sentido de que el comprador decida no demandar la nulidad, como ya hemos dicho y se explicará con más detención en la sección siguiente, es que el comprador acepta que el vicio no afectó el contenido de su voluntad, por lo que lo manifestado en el contrato fue, a pesar de su error, querido por él. Es decir, el hecho de que no demande la nulidad es aceptación del contrato con su error incluido; en el ejemplo, que el contrato en que se obliga a pagar el precio por dos camiones de las características tales y cuales, sin especificar el año, es tan suyo, tan querido por él como el que él creyó haber celebrado. Si eso es así, entonces resulta natural pensar que no puede posteriormente alegar que el hecho de que el vendedor no le entregó dos camiones de los años precisos cuenta como incumplimiento. Entonces deberíamos concluir que su renuncia a la acción de nulidad tiene el sentido preciso de aceptar los (para él) nuevos términos del contrato. Aunque a mi juicio este argumento es estrictamente correcto, aquí es relevante que las relaciones humanas no deben ser interpretadas como relaciones lógicas porque, como dijera el que probablemente es el más célebre juez norteamericano, “la vida del derecho no es lógica, sino experiencia” (HOLMES, O. W. *The Common Law*. Harvard University Press, Cambridge, MA, 2009, p. 3). Consideraciones pragmáticas y de conveniencia recomiendan una mirada menos estricta de las cosas y aceptar, entonces, que hay hipótesis de concurrencia.

### 4.3.- La función de la rescisión

Para la doctrina tradicional, en el Código Civil “rescisión” es uno de los nombres para la nulidad relativa. Esto también ha sido controvertido. Jaime ALCALDE y Nathalie WALKER, ente otros, han sostenido que la nulidad relativa es solo una forma posible de rescisión, que es el género.<sup>76</sup> De esto se sigue que todas las características que definen a la rescisión han de estar presentes en la nulidad relativa y que ésta debe caracterizarse por alguna nota adicional.

Un buen punto de partida para indagar sobre esto es el artículo 1865 del proyecto de 1853, que fuera eliminado por la comisión revisora:

Los contratos que, válidos en su principio, pueden rescindirse por alguna causa que han previsto las leyes, están sujetos a las mismas reglas que los contratos que adolecen de nulidad relativa; salvo en cuanto se hayan dictado reglas especiales para ciertos contratos o para ciertas causas de rescisión.

La referencia inicial no era muy afortunada, porque todos los casos de nulidad relativa son casos de contratos *válidos en su principio*, en el sentido de que son contratos que valen mientras el que tiene la acción no la ejerce. Pero la referencia a contratos válidos en su principio no debe ser entendida, creo, de esta manera estricta. La contraposición siguiente, a los contratos que adolecen de nulidad relativa, explica qué significa que sean válidos en su principio: precisamente que no adolezcan de un vicio de nulidad relativa. Pero si no adolecen de un vicio de nulidad relativa, ¿por qué son rescindibles?

WALKER cree que la respuesta está en el principio de buena fe. La nulidad relativa y los demás casos de rescisión se refieren a “dos momentos diversos de la actividad negocial”. Esos dos momentos serían “1. El comportamiento de los contratantes; y 2. El contenido del negocio”. En lo que se refiere a lo primero, lo que importa “es examinar cómo las partes se han conducido en la celebración del contrato”, atendiendo a su calidad. Aquí aparecen los vicios de dolo y de fuerza (Walker no hace referencia al error), y con ellos la nulidad relativa. En lo que respecta al segundo momento, “la buena fe servirá para valorar el contenido del contrato”, y permitirá concluir que “es contrario a la buena fe el acuerdo que contenga un desequilibrio inaceptable entre las prestaciones”.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> ALCALDE, cit. (n. 24); WALKER, cit. (n. 64), pp. 9-32.

<sup>77</sup> WALKER, cit. (n. 64), pp. 9-32, 21-22. A mi juicio es acertado, por razones que veremos más adelante, en reducir los casos de rescisión que no son nulidad relativa a la lesión enorme.

Esta unificación de todos los casos de rescisión en la noción de buena fe es, a mi juicio, interesante pero demasiado rápida. Para empezar, porque hay hipótesis de nulidad relativa que no suponen mala fe, como el error, y porque el caso principal (o único) de rescisión que no es nulidad relativa, el de la lesión enorme, no exige mala fe, solo exige suficiente desproporción entre las prestaciones de ambas partes; por otra, porque la sola mala fe es insuficiente como causal de rescisión; es necesario siempre *algo más*, y ese algo más queda oculto al apelar directamente a la buena fe. Esto es una nueva ocasión en que la dimensión funcional de los conceptos jurídicos se muestra como relevante, pero insuficiente porque no da cuenta de su caracterización específicamente jurídica, institucional. Como todo concepto jurídico, la rescisión es caracterizada por ciertas *formas* de las que la explicación debe dar cuenta. Parte de lo que significa “dar cuenta” de esas formas es mostrar el modo en que están sistemáticamente vinculadas al desempeño de una función, pero como parte de la reconstrucción de una estructura jurídicamente dada.

La función del derecho de contratos es hacer probable el intercambio justo, entendido como el intercambio de prestaciones de valor suficientemente equivalente. Ahora bien, el valor de las cosas está dado por su aptitud para servir intereses humanos. *¿Cuánto* valen? Al menos desde Hobbes, la respuesta es:

el valor de todas las cosas contratadas se mide por la  
apetencia de los contratantes, y, por consiguiente, el  
justo valor es el que convienen en dar.<sup>78</sup>

No hay, en principio, un criterio conforme al cual sea posible determinar independientemente el valor de cada cosa para poder comparar el valor de cada prestación y responder, así, a la pregunta de si el intercambio es equitativo.

Las condiciones de validez de los contratos, especialmente aquellas cuya omisión es causa de nulidad relativa, especifican las condiciones del intercambio que ha de ser reconocido como un contrato que obliga. Esas condiciones no son solo el resultado de un *fiat* legislativo, tiene un sentido que permite reconstruirlas racionalmente, lo que significa: intentan mediar (= hacer probable) una función. La función es la de identificar intercambios justos (= suficientemente equitativos) en circunstancias en que no hay criterios que permitan medir directamente la justicia (en esos términos) de un intercambio. Si las cosas valen lo que las partes están dispuestas a dar por ellas, lo determinante es que ambas partes concurren en los términos del intercambio: si para A la cosa vale más del precio acordado, y para B el precio acordado vale más que la cosa, es posible afirmar de ese intercambio que es conmutativamente justo... salvo que A haya sido engañado, o amenazado, etc. La

<sup>78</sup> HOBBS, T. *Leviathan*. Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 75.

idea aquí es que si las partes han pactado en esas condiciones (sin error, amenazas ni engaño; en condiciones de que cada una de ellas tiene el desarrollo cognitivo y volitivo adecuado para saber qué es lo que quiere etc.), la voluntad de cada una de ellas expresa el valor que le atribuye a la cosa que da como a la que recibe. Esas condiciones, entonces, son la estructura que media la función de identificar los intercambios equitativos, y los hace de ese modo probables.

Cuando esas condiciones no se han cumplido (porque una de las partes carecía de la capacidad necesaria para evaluar adecuadamente el valor de las cosas, o porque una de ellas tenía una representación incorrecta del mundo, o más claramente porque actuó bajo amenaza o engañada) el hecho de que haya un acuerdo entre las partes no cumple la función de mostrar que es probable que el intercambio sea equitativo. Por eso el derecho desconoce parcialmente el contrato. El desconocimiento es parcial, porque queda entregado a la voluntad de aquél cuya voluntad se formó o expresó en condiciones deficitarias: el incapaz, la víctima del error, del engaño o la amenaza. La razón de esto es clara: si una vez que está libre de ese déficit decide insistir en el contrato, esa decisión de insistencia muestra que el vicio no tuvo, a su propio juicio, el efecto de alterar de modo significativo la conmutatividad del intercambio, o que los ajustes en los términos del intercambio acordados posteriormente (que llevan al saneamiento del contrato) hacen que ahora sí el intercambio sea debidamente conmutativo.

Desde una perspectiva como la anterior, ¿qué podemos decir de los casos de rescisión en que no hay vicio de nulidad? Para responder esta pregunta, es útil considerar esos casos.<sup>79</sup> El Código Civil reconoce lo que llama una acción “rescisoria” en los siguientes casos:

1. El desaparecido (si reapareciere), y sus cónyuge o hermanos habidos durante el desaparecimiento, pueden pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva (art. 93);
2. El cónyuge no propietario puede pedir la rescisión de la enajenación de un bien familiar, si se realizó sin su autorización (art. 143);
3. El aceptante puede pedir la rescisión de la aceptación de una asignación obtenida con fuerza o dolo (art. 1234);
4. Los acreedores del que repudia una asignación en perjuicio de ellos, pueden rescindir la repudiación, solo hasta concurrencia de sus créditos (art. 1238).
5. Los beneficiarios de separación pueden pedir la rescisión de las enajenaciones hechas por el heredero de los bienes del causante dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión (art. 1384);
6. Los legitimarios pueden pedir la rescisión de las donaciones que exceden la parte en que el causante podía disponer de lo suyo (art. 1187);

<sup>79</sup> Aprovecho aquí, con ciertos ajustes, la lista de ALCALDE, cit. (n. 24), p. 71.

7. El donante puede pedir que se rescinda la donación cuando el donatario esté en mora de cumplir la obligación que la donación le ha impuesto (art. 1426);

8. El acreedor de una cosa debida bajo condición, cuando la condición se ha cumplido y la cosa se ha deteriorado por culpa del deudor, puede pedir la rescisión del contrato (art. 1486, 1590);

9. La mujer o sus herederos pueden pedir la rescisión de su renuncia a los gananciales, si han sido engañados o sufren error sobre el estado de los negocios sociales (art. 1782);

10. El afectado puede pedir la rescisión por lesión enorme de la aceptación de una asignación (art. 1234), en la partición (art. 1348), en la compraventa (1888) y en la permuta (art. 1900);

11. El comprador puede pedir la rescisión del contrato si la cosa es parcialmente evicta, pero la parte evicta es tal que pueda presumirse que no habría comprado la cosa sin ella (art. 1852);

12. El comprador puede pedir la rescisión del contrato por vicios redhibitorios (art. 1857);

13. Los acreedores pueden pedir la rescisión de los actos realizados en fraude de ellos antes de la apertura del concurso (art. 2468).

Para lo que ahora nos interesa (aislar los casos de rescisión que no son nulidad relativa) necesitamos depurar esta lista. En algunos de estos casos el Código habla de “rescindir” el contrato como una de dos opciones que le reconoce a la parte cumplidora ante algo que cuenta como incumplimiento del contrato (casos 7, 8, 11). Estos casos son aplicación de la regla general del artículo 1489, y no necesitan ser incorporados en una explicación general de la rescisión, porque son casos de resolución. Otras veces se trata de casos en que hay un vicio de nulidad relativa, aunque en un contexto particular (casos 2, 3, 9; en mi opinión, el caso 12 es también un caso de error o dolo y por consiguiente nulidad relativa<sup>80</sup>). Esos son casos de rescisión en el sentido de nulidad relativa, y no requieren explicación adicional. Un tercer grupo de casos está compuesto por formas específicas de ejercicio ilegal de poderes, por lo que deben también asimilarse a nulidad relativa (casos 1, 5, 6).<sup>81</sup>

<sup>80</sup> La cuestión de la acción redhibitoria es más compleja de lo que puede discutirse aquí. El hecho de que ella esté sujeta a un plazo especialmente breve de prescripción (arts. 1866, 18967), dificulta entenderla como un caso especial de error.

<sup>81</sup> Se trata de lo que uno podría llamar “vicios especiales de nulidad” (por oposición a los vicios que son “generales” en el sentido de que pueden en principio afectar a cualquier acto jurídico). Nótese que estos casos se caracterizan por un intento de ejercicio de un poder que el que pretende ejercer no tiene, pero no suponen necesariamente que ese intento de ejercicio es hecho a sabiendas de no tenerlo, y por eso es de nuevo importante insistir que aquí no corresponde hablar de sanciones. En todos estos casos es posible que el que realiza el acto rescindible actúe de mala fe (es decir, pretendiendo ejercer a sabiendas un poder que no tiene), pero la mala fe no es condición de la rescisión.

Esto nos deja entonces dos grupos de hipótesis de lo que podríamos llamar *rescisión en sentido estricto*: el de los actos realizados en perjuicio de los acreedores (4, 13), y el de las diversas hipótesis de lesión enorme (10).<sup>82</sup>

En estos casos hay derecho a pedir la rescisión pero no hay ejercicio irregular de poderes. No es que el acto se ha realizado por quien no tenía poder para realizarlo, porque el deudor no pierde, mientras no sea declarado en quiebra, la administración de lo suyo. Pero su mala fe (y de su contratante, si el contrato es oneroso) da a los acreedores la acción.<sup>83</sup> Lo que en este caso el Código llama “rescisión” no implica la invalidez del contrato, solo su inoponibilidad a los acreedores respectivos. En lo que no afecte a los acreedores, el acto sigue siendo válido. Se trata de una forma parcial de desconocimiento: el derecho desconoce el contrato en lo que perjudique a los acreedores porque (en la medida en que) los poderes normativos que el derecho confiere fueron utilizados con una finalidad ilícita, la de perjudicarlos.

El caso más interesante de rescisión que no es nulidad porque no hay vicio es el de la lesión enorme. WALKER, como hemos visto, explica la lesión enorme junto con los vicios de nulidad relativa apelando a la misma función, la de la protección de la buena fe:

Dentro de este nuevo enfoque, los vicios del consentimiento pueden ser estimados como mecanismos que permiten controlar el resultado final del negocio convenido. Así, la sanción del error, la fuerza o el dolo no hace más que anticiparse a un determinado resultado: el resultado lesivo. De modo que un negocio celebrado en tales condiciones hace presumible que, desde un punto de vista patrimonial, se produzca una ventaja intolerable para una de las partes, en desmedro de la otra. Por ende, la diferencia cualitativa entre un vicio del consentimiento y la lesión es que, en los primeros, el

<sup>82</sup> Podría uno agrupar junto a los casos 4 y 13 el caso 5, en que también hay un acto en perjuicio de los acreedores. ABELIUK, de hecho, cree que este es un caso más de acción “revocatoria”, que es el modo en que caracteriza el caso 13 (y presumiblemente el caso 4): véase ABELIUK, R. *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: López-Viancos, 1971, 504, §788. La razón por la que no lo hemos hecho es que en el caso 5, a diferencia de los casos 4 y 13, la rescisión se pide invocando la infracción por el heredero de un derecho del acreedor, el beneficio de separación. Esta infracción a un derecho hace una diferencia a mi juicio suficiente como para agrupar este caso junto a otros en que el poder no ha sido ejercido regularmente.

<sup>83</sup> Como correctamente enfatiza DELGADO, los poderes normativos están limitados también por principios generales “de fraude de ley y abuso del derecho” (*cit.*, n. 9, p. 88).

perjuicio patrimonial se presume –por haber contratado bajo esas adversas condiciones– y en la lesión, en cambio, dicho perjuicio deberá ser invocado y acreditado.<sup>84</sup>

En los casos de vicios, el perjuicio se presume de derecho, explica.<sup>85</sup> Esta explicación podría ser objetada: si se trata de evitar el perjuicio, ¿Por qué no tratar el perjuicio como un hecho a ser probado? Si la situación es tal que es probable que haya perjuicio, ¿Por qué no presumirlo legalmente, pero darle la oportunidad al demandado para que pruebe que no hubo perjuicio? De hecho, ¿qué diferencia hay entre decir que el perjuicio se presume de derecho y decir que el perjuicio es irrelevante? Responder esta última pregunta nos permite dar un paso en la explicación. Porque desde el punto de vista de las condiciones de aplicación de las reglas, una presunción de derecho siempre es equivalente a la irrelevancia operativa del hecho que se dice presumirse de derecho.<sup>86</sup> En virtud de la presunción de derecho, el hecho que dice presumirse de derecho deja de ser un hecho relevante para la aplicación de la regla en cuestión.<sup>87</sup> Es decir, la presunción de derecho no es relevante para la operatividad (=aplicación) de las normas. ¿Qué se gana con ella? A mi juicio la respuesta es inteligibilidad: ella es (puede ser) relevante para la reconstrucción racional, al modo por ejemplo en que ella aparece en el argumento de Walker.

Mi explicación ya está parcialmente expuesta, y debe ampliarse ahora para cubrir la lesión enorme. Los vicios de nulidad relativa identifican condiciones en las cuales no puede asumirse que la voluntad manifestada por una persona expresa su juicio respecto del valor de las cosas. La voluntad expresada, entonces, no es jurídicamente suya. El afectado puede, por supuesto, *hacerla suya* más tarde, saneando el contrato o simplemente cumpliéndolo sin alegar la nulidad pudiendo hacerlo. El “perjuicio” que se presume de derecho es el perjuicio de estar vinculado sin que esa vinculación sea, en el sentido relevante, querida.

En el caso de la lesión enorme es el contenido de lo querido lo que es deficitario. La ley por regla general entiende que si alguien quiere algo en las condiciones adecuadas, eso es lo que va en el interés de esa persona: *volenti non fit*

<sup>84</sup> WALKER, cit. (n. 64), pp. 26-27.

<sup>85</sup> Ibid, n. 51.

<sup>86</sup> Por esto Kelsen sostenía que las ficciones cumplen o pueden cumplir un rol relevante en la ciencia del derecho, pero no en la práctica (lo que aquí hemos llamado: operatividad) del derecho (KELSEN, H. *Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas*. En *Ficciones Jurídicas*. México: Fontamara, 2015).

<sup>87</sup> Así, por ejemplo, la regla del art. 2510 (que presume de derecho la buena fe del prescribiente) implica que para la prescripción extraordinaria la buena o mala fe del poseedor es indiferente, etc.

*injuria*. Pero aquí hay un acto o contrato que va manifiestamente en contra de sus intereses. Aunque el hecho de que no haya habido error, fuerza o dolo, y que el que ejecuta o contrata sea mayor de edad son razones para concluir que efectivamente quiere el contrato, el extraordinario desequilibrio entre el valor de las prestaciones muestra que algún déficit *debió haber* en la formación de su voluntad. Podríamos decir, usando la lógica de Walker: cuando hay lesión enorme, es el vicio lo que se presume de derecho, y por eso el contrato puede rescindirse.

De modo que es correcto decir que nulidad relativa y rescisión se unifican, pero no se unifican en la noción de buena fe, se unifican en la reconstrucción de las características estructurales de la rescisión (usándolo ahora como nombre del género) como desconocimiento de un pretendido ejercicio de potestades normativas cuando esas potestades se han ejercido de modo que la voluntad expresada por una parte no puede ser jurídicamente atribuida a ella. La razón para no atribuirle la voluntad expresada puede ser directa, en el sentido de que hubo un vicio en su manifestación (casos de nulidad relativa), o indirecta, atendiendo al contenido de la voluntad que se pretende imputar (casos de lesión enorme). Pero en ambos casos se trata de lo mismo.

## V. CONCLUSIÓN

Como la nulidad es solo la contracara de las normas que confieren poderes, la reflexión sobre ella no puede comenzar desde la noción de acto ilícito, como de modo más o menos explícito lo hacen las explicaciones que la ven como una sanción. En vez, ella debe comenzar desde la noción de poder normativo, y de que un poder normativo se ejerce con la finalidad de que sea reconocido por el derecho. Es esta noción de reconocimiento la que es fundamental. La nulidad no es sino una forma institucionalizada de desconocimiento, necesitada cuando el pretendido ejercicio de poderes normativos ha alcanzado algún grado de apariencia.

Este artículo ha intentado mirar la nulidad entendida de este modo, y al hacerlo ha pretendido ofrecer una reconstrucción alternativa del régimen de la nulidad en el Código Civil. Respecto de la inexistencia, el argumento ha pretendido mostrar que lo que explica su persistente atractivo es que ella permite solucionar los problemas creados por una explicación de la nulidad que la ve primera mente como sanción. Desechada ésta, la necesidad de la inexistencia desaparece. La reconstrucción entonces se ha centrado en el régimen de la nulidad absoluta y la nulidad relativa, como una modulación de la radicalidad del desconocimiento de ejercicio de pretendidos poderes normativos. Respecto de la primera, se ha intentado mostrar que en una reconstrucción del sistema de la nulidad en el Código es necesario abandonar muchas de las limitaciones que la doctrina encontrar a la declaración de nulidad (en cuanto a la titularidad de la acción, al saneamiento, a

la necesidad misma de declaración judicial, etc.). En cuanto a la segunda, se ha presentado la nulidad relativa como una forma condicionada de reconocimiento, conforme a la cual el pretendido ejercicio de poderes normativos es, en principio, reconocido, pero entregando también a la parte afectada un derecho a decidir si ese reconocimiento inicial ha de mantenerse. Esta explicación ha sido luego proyectada respecto de casos de rescisión que no son de nulidad relativa, para encontrar lo que es común a ambos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### a) Doctrina

- ABELIUK, René, *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: López-Viancos, 1971.
- ALCALDE, Jaime, “La rescisión en el Código Civil chileno”. En DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UDEC (Eds.), *Estudios de Derecho Civil V.*, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 47-77.
- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil. Parte General y las Personas*. ed. por A. VODANOVIC. Ed. Nascimento, Santiago, 1945.
- ALESSANDRI BESA, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Ediar, 1983.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, J., “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”, *Doxa*, 2003, Vol. 26, pp. 719-735.
- ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- “El sistema de acciones reales, parte especial. Los interdictos posesorios”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2018, 30, pp. 9-54.
- “La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2023, Vol. 36, n° 1, pp. 27-48.
- “Una tesis y tres problemas sobre la nulidad”. en prensa, 2024.
- BARAONA, Jorge, *La Nulidad de los Actos Jurídicos*. Universidad Javeriana, Bogotá, 2012.
- BARROS ERRÁZURIZ, A. *Derecho Civil, Segundo Año, Primera parte*. Imprenta Cervantes, Santiago, 1921.
- CLARO SOLAR, Luis, *De las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.
- CONCHA, Ricardo, “Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar”, *Revista de Derecho Universidad del Norte (Barranquilla)*, 2015, vol. 44, pp. 31-49.
- “El juez puede declarar de oficio la nulidad absoluta aun transcurridos diez años desde la celebración del contrato”, en BARRÍA, M. et. al. (Eds.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016.
- CORRAL, Hernán, “El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante”, en GUZMÁN BRITO, A. (Ed.), *Estudios de Derecho Civil III*. Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 671-689.
- *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Legal Publishing, Santiago, 2018.

- DE LA MAZA, Iñigo, “El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio”. En DE LA MAZA, I. (ed.), *Incumplimiento Contractual. Nuevas perspectivas*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, pp. 213-234.
- DELGADO, Jesús, *Validez de Normas y de Actos Jurídicos. Estudios de teoría general desde el derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- DETMOLD, M. J., “Law as practical reason”, *Cambridge Law Journal*, 1989, Vol. 48, n° 3, pp. 436-471.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.
- “Comentario de Jurisprudencia: Negativa del Conservador a inscribir título que contiene acto que adolece de nulidad relativa”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2019, n° 247, pp. 311-319.
- DUCCI, Carlos, *Derecho Civil: Parte General*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- FABRES, José C., “De la nulidad y la rescisión, análisis crítico y jurídico”. En *Obras Completas de don José Clemente Fabres*. Ed. Cervantes, Santiago, 1909.
- HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*. Traducido por G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*. Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- HOLMES, Oliver W. *The Common Law*. Harvard University Press, Cambridge, MA., 2009.
- JHERING, Rudolph v., *El Espíritu del Derecho Romano*. Comares, Granada, 1998.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (1957). Eudeba, Buenos Aires, 1967.
- “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas”, En *Ficciones Jurídicas*. México: Fontamara, 2015.
- LÓPEZ, Jorge, “¿Tiene interés para alegar la nulidad absoluta de unas compraventas el hijo mayor que, basado en la demencia del vendedor, acciona contra sus padres y hermanas?”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1989, T. 86, pp. 7 ss.
- LÓPEZ, Patricia, “La nulidad como un medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno”, *Revista de Derecho UCN (Coquimbo)*, 2019, Vol. 26.
- MACCORMICK, D.N.; RAZ, Joseph, “Voluntary Obligations and Normative Powers”, *Proceedings of the Aristotelian Society* (Supplementary Volumes), 1972, 46, pp. 59-102.
- PEÑAILILLO, Daniel, *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*. Thomson Reuters, Santiago, 2019.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*. J. M. Cajica, Mexico, 1991.
- RODRÍGUEZ, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- ROSSEL, Enrique, *Teoría de las Nulidades*. Balcels, Santiago, 1926.
- SAN MARTÍN, Lilian, “La teoría de la inexistencia y sus faltas de cabida en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 2015, Vol. 42, n° 3, pp. 745-784.
- TRUCCO, H., “Teoría de la posesión inscrita dentro del código civil chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1910, T. 6, pp. 131-155.
- VARAS, Juan A., “El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil”, *Actualidad Jurídica*, 2004, N° 9.
- VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*. 5a ed., Editorial Jurídica de Chile,

Santiago, 2006.

WALKER, Nathalie, *La Rescisión por Lesión en el Código Civil Chileno. Historia, regulación y vínculos con las nulidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

WALKER, Nathalie, “Origen del tratamiento conjunto de la nulidad relativa y la rescisión en el título XX del Libro IV del Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2019, Vol. 32, pp. 9-32.

#### b) Jurisprudencia

*Barría con Conservador*. Corte Suprema, 18 de julio de 2022, causa rol 21743-2021; Corte de Apelaciones de Valdivia, 25 de febrero de 2021, causa rol 29-2021; Primer Juzgado de Letras de Osorno, 22 de noviembre de 2019, causa rol 122-2020.

*Condeza con Conservador*. Corte Suprema, 29 de septiembre de 2016, causa rol 19470-16, en reclamación; Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de febrero de 2016, causa rol 155-16; 1er Juzgado Civil de Talcahuano, 20 de octubre de 2014, causa rol 31-2014.

*Silva con Conservador*. Corte Suprema, 15 de enero de 2019, causa rol 21811-17, en reclamación; Corte de Apelaciones de Arica, 18 de abril de 2017, causa rol 74-2017; 3er Juzgado de Letras de Arica, 17 de febrero de 2017, causa rol 404-2016.

*Transportes Trancura con Tocales*. Corte Suprema, 19 de enero de 2010, causa rol 1908-2008.

