ESTABLECE HIPÓTESIS DE NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE PARTICULARES Y EMPRESAS DE TELEFONÍA MÓVIL RELATIVOS A LA COLOCACIÓN DE ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL.
BOLETÍN N° 4422-15

1° Emitimos el presente proyecto de ley, con el objeto de determinar el marco jurídico actual, estado de tramitación de las reformas legales en materia relativa a la instalación de antenas base de telefonía móvil, así como los aspectos jurídicos de su naturaleza contractual y eventuales causas de ineficacia en los diversos contratos sobre instalación de dichos objetos, especialmente referido a la explosiva proliferación en sectores densamente poblados, a fin de orientar una propuesta de regulación.

2° Que durante el último tiempo se ha producido un aumento verdaderamente explosivo en la comunicación telefónica móvil, así se estima que hoy son casi siete millones los teléfonos móviles activos que existen en Chile, es decir, siete millones de personas que ocupan dicho servicio en forma regular.

3° De esta manera a contaminantes ya conocidos, en agua, atmósfera y tierra, se ha venido a sumar en los últimos años la contaminación electromagnética, debido al espectacular desarrollo de aparatos eléctricos y las comunicaciones. Dicha contaminación electromagnética está producida por campos eléctricos o magnéticos, y que son producidos por la corriente eléctrica, por transmisiones de radio y televisión, telefonía móvil, microondas, etc. Dada la proliferación incontrolada de fuentes de contaminación electromagnética a nuestro alrededor, numerosos científicos de renombre internacional han advertido del creciente riesgo a que estamos sometidos, señalando como efectos adversos: cefaleas, insomnio, alteraciones del comportamiento, ansiedad, depresión, cáncer, leucemia infantil, alergias, abortos, enfermedad de Alzheimer, malformaciones congénitas, etc. Dichos efectos están en relación con la potencia de emisión recibida y con la duración de dicha exposición, y es de tener en cuenta que la radiación electromagnética atraviesa las paredes, por lo que el único "resguardo" es mantener una distancia adecuada. Fruto de esta preocupación creciente por la electropolución surge el proyecto CEM (de campos electromagnéticos), auspiciado por la Organización Mundial de la Salud, en el cual participan numerosos países, y mediante el cual se pretenden aunar esfuerzos con el objeto de lograr un adecuado conocimiento sobre los efectos de la contaminación electromagnética. También es de importancia destacar la labor realizada por la Comisión de las Comunidades Europeas, que en 1998 elaboró en su seno unas Recomendaciones para los países europeos en materia de contaminación electromagnética.

4° Nuestra mayor preocupación en torno a este tipo de contaminación, va dirigida a las **estaciones base de telefonía móvil**, debido a su desmedida proliferación, aprovechando la baja regulación al respecto, ya que son los ciudadanos (a menudo desinformados) los que dan el consentimiento a esta instalación a cambio de suculentos ingresos.

5° Es por esta razón que es fundamental es tener presente **las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea**[1], las cuales son categóricas en el sentido de señalar a sus países miembros la necesidad de regular jurídicamente esta materia: En este sentido, el consejo establece:

a) **Exigir a las compañías prestatarias del servicio eléctrico que revisen los transformadores de media tensión instalados en zonas urbanas, a fin de que garanticen el mínimo de radiación electromagnética, o su traslado cuando no se garantice estos mínimos.**

b) **Instar a las mismas compañías a que soterren y aíslen adecuadamente contra campos electromagnéticos los tendidos de media tensión.**

c) **Exigir el traslado de los tendidos de alta tensión y las subestaciones de transformación lejos de las zonas habitadas.**

d) **Dictar normativas regionales prohibiendo la instalación de torres de telefonía móvil en las terrazas de los edificios, obligando a situarlas lejos del núcleo urbano, y tomar las medidas oportunas para el traslado de las ya existentes.**

e) **Promover el traslado de las emisoras de radio y televisión a una distancia mínima del casco urbano que asegure unos niveles de radiación no perjudiciales para la población.**

f) **Exigir estudios detallados de impacto medioambiental ante cualquier propuesta de instalación que pueda suponer un riesgo de irradiación electromagnética para los ciudadanos.**

g) **Explicar a la población cómo se evalúan y gestionan los riesgos relacionados con la electropolución, dada la gran ansiedad que despierta en la población este tema, y desarrollar campañas formativas en relación con la contaminación electromagnética.**

h) **Procurar el desarrollo de políticas de investigación y estudios epidemiológicos que permitan un adecuado conocimiento de los efectos biológicos de la electropolución (tanto en el ámbito local como autonómico y nacional).**

i) **Promover la comercialización de productos eléctricos y electrónicos electromagnéticamente seguros, que dispongan de tecnología de atenuación de campo.**

j) **Exigir que las instalaciones eléctricas en las viviendas de nueva construcción dispongan de las medidas idóneas que garanticen una mínima irradiación.**

[1] Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de Julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos (0 Hz a 300 Hz)

6° Ahora bien, el problema radica en que en la actualidad no es posible sostener la existencia de un conjunto de normas sistematizadas, de naturaleza especial en la materia del dictamen, pues si bien en sus diversos aspectos desde la regulación de la instalación de antenas repetidoras y sus vínculos contractuales pueden ser comprendidos bajo las reglas generales conforme a lo dispuesto por el Código Civil, la ley N°18.168, general de telecomunicaciones, la ley general de urbanismo y construcciones, la Ley Nº19.300, general de bases del medio ambiente (que no incluyó dentro del sistema de evaluación de impacto ambiental la instalación de estas antenas de telefonía móvil), etc. De *lege ferenda*, existen una serie de proyectos legislativos en actual tramitación en la cual se pretenden regular diversos aspectos de la materia referida a antenas de telefonía móvil. Entre estos destacan los siguientes:

a) Regula la instalación de antenas de telefonía móvil (Boletín 2532-15). En la moción se indica que, en los últimos años se ha registrado en nuestro país y en el mundo entero un explosivo aumento de la telefonía móvil o celular. A pocos años de haberse implementado este servicio en Chile, son miles las personas que lo utilizan, convirtiéndose en uno de los rubros de la economía nacional que ha demostrado mayor dinamismo. Por lo mismo, las empresas proveedoras de estos servicios constituyen una importante fuente de trabajo. Se plantea que, en la actualidad, nadie pone en duda la utilidad de los servicios que los teléfonos móviles prestan, que han generado importantes cambios tanto en la vida cotidiana como laboral. Sin embargo -añade-, no todo lo que guarda relación con esos aparatos es positivo. Para implementar la telefonía móvil, se han debido instalar antenas por todo el país, sin considerar el impacto que ellas pueden ocasionar tanto en el paisaje urbanístico de la ciudad como en la salud de las personas. En efecto, esas antenas han sido instaladas en cualquier lugar que les garantice una buena cobertura, sin considerar la cercanía de éstas a lugares densamente poblados. Por último, la iniciativa señala que estas antenas ocasionarían efectos tremendamente dañinos en la salud de las personas. Diversos estudios clínicos y epidemiológicos realizados internacionalmente han establecido que el campo magnético generado alrededor de ellas puede ser perjudicial para la salud, describiéndose afecciones que van desde simples alteraciones neurofuncionales hasta un aumento en la incidencia de determinados cánceres. Es de frecuente ocurrencia que quienes viven o trabajan en un lugar cercano a estas antenas presenten síntomas propios de la radiación electromagnética, como zumbido de oídos, migrañas, insomnio, cansancio crónico, etcétera. Concluye señalando que si bien los estudios a los que se ha aludido no son concluyentes, debido a la multicausalidad de las afecciones descritas, tampoco se puede afirmar con certeza que no sean del todo válidos, ni menos garantizar con seguridad la inocuidad de estas antenas. Por ello, autoridades del Instituto de Salud Pública han manifestado que, dadas las condiciones actuales y de manera preventiva, debe evitarse toda exposición innecesaria e injustificada a las antenas de telefonía móvil, sobre todo en el caso de niños y jóvenes, y han aconsejado, de paso, evitar su instalación en lugares densamente poblados. El proyecto tiene por objeto regular la instalación de las antenas correspondientes al servicio público de telefonía móvil, exigiendo a los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones que las antenas se instalen previo permiso de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Asimismo, propone modificar la ley General de Urbanismo y Construcciones, a fin de que se requiera, además, el permiso de la municipalidad para proceder a la instalación de dichas antenas.

b) Modifica la ley N°18.168, General de Telecomunicaciones, para regular instalación de antenas emisoras y receptoras y tendido de cables aéreos de suministro de señales y energía (Boletín 2533-15). El proyecto asume que en la actualidad hay dos tipos de problemas que es necesario regular: uno es la sobrepoblación de tendidos de cables y montajes de antenas y, en segundo término, la extrema cercanía con la población, en el caso de antenas o equipos generadores de señales electromagnéticas. Para el caso de instalación de antenas el proyecto propone que éstas

no se puedan instalar indiscriminadamente dentro del radio urbano. Así, no pueden instalarse en lugares que correspondan a establecimientos educacionales, de salud, religiosos o que sean comunitarios. Tampoco puedan instalarse a menos de 100 metros de alguna vivienda u oficina, salvo que cuenten con la correspondiente autorización escrita de sus propietarios. Para asegurar su cumplimiento, se plantea que la empresa concesionaria acompañe la información detallada de las ubicaciones de las antenas que pretende emplazar en sectores urbanos, y las autorizaciones correspondientes, junto con la petición de concesión, obras o modificaciones de éstas. No obstante lo anterior, otorga acción pública para que toda persona natural o jurídica que tenga antecedentes que justifiquen estar o haber sufrido ellos o sus bienes daños, molestias graves o lesiones, o amenazar daños o lesiones producto del funcionamiento de servicios de telecomunicaciones o de instalaciones que generen ondas electromagnéticas, podrán recurrir en cualquier momento y por una sola vez al ministro de Transportes y Telecomunicaciones para que éste disponga fundadamente la modificación o cese del todo o parte de la concesión, u ordene subsanar los problemas producidos, en caso de que así ocurriere. Igual derecho tendrán aquellas personas que sientan transgredidos los derechos establecidos en el inciso 2º del artículo 15, o sea respecto del emplazamiento de antenas y equipos emisores de ondas electromagnéticas. Además, se establece una ampliación del plazo de reclamo y oposición de 10 a 30 días, en el caso de solicitud o modificación de una concesión, de modo de hacerlo más accesible y factible.

c) Proyecto de ley sobre prevención de la ley sobre contaminación electromagnética (Boletín 3150-12). Los teléfonos celulares emiten radiaciones electromagnéticas lo que, debido a la expansión de la utilización de estas tecnologías, ha significado un aumento progresivo de estas radiaciones en el medio en que vivimos. Mencionan, por ejemplo, que en los últimos años el mercado de telefonía móvil ha experimentado un crecimiento vertiginoso, pasando de 4.886 suscriptores en 1989 a superar los 3.000.000. De esta manera, se ha sumado a los contaminantes tradicionalmente conocidos, la contaminación electromagnética, como subproducto del desarrollo tecnológico masivo basado en la electricidad y las comunicaciones. Son radiaciones invisibles pero perfectamente detectables por aparatos de medida específicos. Dada la proliferación incontrolada de fuentes de contaminación electromagnética se ha generado interés científico por el tema, advirtiendo del creciente riesgo a que las personas están expuestas. Sobre el particular, señalan que numerosas publicaciones científicas plantean la posibilidad de la existencia de efectos adversos originados por esta clase de contaminante, entre ellos, cefaleas, insomnio, alteraciones del comportamiento, depresión, ansiedad, leucemia infantil, cáncer, enfermedad de Alzheimer, alergias, abortos y malformaciones congénitas. Resultado de esta preocupación creciente por la electropolución surgió el proyecto CEM (de campos electromagnéticos), auspiciado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el que participan diversos países, y mediante el cual se pretende aunar esfuerzos con el objeto de lograr un adecuado conocimiento sobre los efectos de esta contaminación. Entre los principales “electrocontaminantes”, indican, se citan los tendidos de alta y media tensión, con sus subestaciones y transformadores; las emisoras de radio y TV; los electrodomésticos; las instalaciones eléctricas caseras; las instalaciones y aparatos de uso industrial, y, especialmente, las antenas de las estaciones base de telefonía móvil o celular. A esta últimas, explican, se atribuye una contaminación en el nivel de radiofrecuencia y microondas. En este caso, si bien los campos electromagnéticos producidos son pequeños, en la cercanía de las antenas emisoras (dependiendo de su potencia y frecuencia) pueden alcanzarse niveles de densidad de potencia y campo eléctrico perjudiciales para la salud. Además, estas radiaciones tienen un gran alcance y están experimentando un crecimiento exponencial, por lo que afectan a un sector cada vez más amplio de la población.

El proyecto, establece la obligatoriedad que los proyectos de telefonía móvil que involucren la instalación de antenas se considerarán incluidos entre aquellos enumerados en el artículo 10º la

ley Nº19.300, de bases generales del medio ambiente y deberán cumplir las normas aplicables a éstos.

d) Proyecto de ley que establece normas destinadas a advertir los riesgos que importa a la salud humana el uso de Teléfonos Móviles (Boletín 3311-11). El proyecto asume los riesgos a la salud del uso prolongado de telefonía móvil, -refrendado por estudios internacionales- y con precedentes legislativos en el orden comparado. Sostiene que es deber de los órganos públicos velar por que se generen las condiciones sociales y materiales para el pleno desarrollo de la vida de las personas, resguardando -obviamente- sus derechos especialmente garantidos por el orden constitucional, como es el derecho a la vida y la salud. De ahí que se considera oportuno al existir indicios claros que el uso indiscriminado de los teléfonos celulares pude causar daños a la salud, se establezca la obligación legal que los aparatos telefónicos que se expendan en el territorio chileno, o se entreguen en comodato por parte de las empresas de telefonía móvil contengan una aviso que sirva de advertencia para los usuarios de los equipos, en el sentido que el uso prolongado de tales aparatos puede generar daños a la salud, de manera análoga como lo establece la Ley N° 19.419 respecto de los envases o envoltorios que contengan productos confeccionados con tabaco para el consumo humano. Esta medida es fundamental desde la perspectiva preventiva, toda vez que a juicio de los expertos los daños ocasionados a la salud humana por exposición a los rayos electromagnéticos son daños que se pueden ir generando en el mediano y en el largo plazo. Así, en el proyecto se establece la obligación de señalar en los aparatos de telefonía móvil que su uso puede causar daños a la salud, delegando potestades normativas en el ejecutivo, con la finalidad que, por la vía reglamentaria se establezcan las características técnicas de los avisos y advertencias.

e) Modifica la ley General de Urbanismo y Construcciones exigiendo permiso de la Dirección de obras Municipales para instalar antenas con sus soportes y elementos rígidos adicionales (Boletín 3938-09). El proyecto reconoce la irrupción de gran cantidad de antenas en las más diversas zonas de los territorios comunales, causando graves efectos adversos a los vecinos y la comunidad en general, ya que no se ha ejercido ningún tipo de control. Esta situación tiene como causa el hecho que la Ley General de Urbanismo y Construcciones si bien reconoce que toda construcción de cualquier naturaleza debe requerir permiso de la Dirección de Obras Municipales, permite que la Ordenanza General pueda establecer excepciones. Por tal motivo, resulta indispensable devolver a las Direcciones de Obras Municipales las facultades para revisar los proyectos de instalación de antenas y determinar si procede su construcción. De esta manera por el presente proyecto se elimina la facultad de eximir del otorgamiento de permiso a las antenas con sus soportes y elementos rígidos y adicionales, de forma tal que las Direcciones de Obras Municipales puedan verificar en cada caso el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias.

f) Modifica ley general de urbanismo y construcciones con el objeto de establecer que el Ministerio de Vivienda no puede excluir del permiso municipal a la instalación de antenas emisoras o trasmisoras de servicios telefónicos (Boletín 4012-15). En el sistema jurídico vigente, según se desprende que lo dispuesto en el artículo 5.1.2 de la Ordenanza de Construcciones, **la instalación de antenas <u>no requiere permiso</u> de la Dirección de Obras** de la respectiva municipalidad, bastando para ello un aviso previo de 15 días, se funda en la norma del artículo 116 de la Ley General, que en principio establece que toda construcción, reconstrucción, reparación, etc. requiere de un permiso del Director de Obras, salvo aquellas excepciones que señale la Ordenanza. De esta manera el proyecto de ley, corrige la situación descrita, la que conduce al absurdo que obliga a contar con permiso a un pequeño propietario para realizar una pequeña modificación a su

construcción, sin que ocurra lo mismo con quien desea instalar una antena, que como sabemos son construcciones de envergadura.

7° Por tanto, el problema radica en que en la actualidad no es posible sostener la existencia de un conjunto de normas sistematizadas, de naturaleza especial en la materia del dictamen. No obstante lo anterior, creemos que tomando como referencia la ya vieja y clásica Teoría del acto jurídico y la teoría de los Vicios del consentimiento, es posible subsanar una gran parte de los problemas, respecto a la instalación de antenas de telefonía móvil, especialmente, en aspectos como la desinformación de la ciudadanía al momento de celebrar contratos con las compañías de telefonía móvil, la falta de regulación al respecto y la falta de sistematización en las propuestas legislativas.

ANEXO: Algunas consideraciones respecto de las Teorías del acto jurídico, Vicios del consentimiento, en relación a la regulación de los contratos celebrados entre las empresas de telefonía móvil y particulares, relativos a la colocación de antenas de telefonía móvil.

I Naturaleza contractual. El contrato de adhesión en el contexto de la teoría del acto jurídico.-

Tradicionalmente la doctrina nacional y comparada, han sostenido que en materia contractual "la voluntad es soberana y ella es la que dicta el derecho"[2], la *autonomía de la voluntad* es según esto *la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan y de determinar su contenido efectos y duración*[3]. Llama la atención que en virtud de ésta las partes puedan discutir el contenido de sus estipulaciones, cuestión que -de hecho- no existe, sobre todo en los contratos materia del presente proyecto, pues el ejercicio de la referida autonomía supone "un perfecto pie de igualdad jurídica". Tal es la importancia que asume la idea de acuerdo de voluntades, que "la doctrina niega el carácter de contratos a los llamados de adhesión"[4].

Esa es la razón por la cual, el referido principio admite limitaciones pues, las exigencias de la vida social, las transformaciones económicas, hacen necesaria una revisión crítica de este principio, fundado en el hecho irrefutable de que generalmente es uno de los contratantes quién impone las condiciones del contrato, a las cuales la otra se limita a adherir, así sucede en los *contratos de adhesión*, que al decir del profesor ALESSANDRI "hoy día representan la parte más considerable de la vida contractual".

Los poderes públicos no pueden mirar con indiferencia los contratos que celebran los particulares por sus repercusiones de índole económica y también las injusticias atroces que pueden cometerse, sobre todos de aquellos que actúan en situación de necesidad. Toda intervención legislativa en las relaciones contractuales es saludable, siempre que como dice JOSSERAND, "tienda a organizar **el contrato racional y equitativamente"[5].**

Sin embargo, la apreciación a las características especiales de este contrato no son suficientes para abordar el tema de manera adecuada. Muchas de las obligaciones que resultan como consecuencia de estos contratos no están dotados de elementos que permitan una solución

[2] ALESANDRI, Arturo, *"De los Contratos"*, p. 10 y ss., apuntes de sus clases, Editorial Jurídica de Chile.
[3] Íbid.
[4] ABELIUK, Rene, *"Las Obligaciones"*, Tomo I, p. 58, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 2001.
[5] JOSSERAND, *"Cour de Droit Civil Positif Français"*, Tomo II, 3a edición, Nº405 bis, p. 227.

"diversa" a la forma general de cumplimiento ante el retardo o mora por parte del deudor, o bien ante situaciones que constituyen verdaderamente hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.

IV. De las causas de ineficacia en general en materia de actos jurídicos. Nulidad absoluta de contratos de antenas base.

Si no se cumplen con los requisitos de *validez* y de *existencia*, si se omite alguno de los requisitos del *acto jurídico*, la sanción que prevé la ley es la nulidad del acto. El Código Civil, en su artículo 1681 y siguientes, señala las normas por las que se rige la nulidad, que de acuerdo con las disposiciones referidas, determinan que esta puede ser *absoluta* o *relativa*. Estas reglas, no obstante estar referidas a los actos jurídicos patrimoniales, y en particular a los contratos, son de aplicación general para toda clase de actos, salvo algunas reglas de carácter especial que la ley ha dado para determinados tipos de actos. Por ejemplo: hay normas especiales en materia de nulidad de matrimonio. Pero, fuera de estos casos excepcionales, se aplican las disposiciones del Código Civil.

Sin embargo, en doctrina, se agrega otra sanción, que es la inexistencia[6] del acto o contrato cuando se omite alguno de los requisitos de existencia del acto o contrato. Se concibe como sanción para la omisión de los requisitos de existencia, es decir, la voluntad o consentimiento, el objeto, la causa y las solemnidades en su caso. Puede decirse que el acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de tal manera que no corresponde a la definición genérica que para él da la ley, y así, no puede haber una compraventa sin precio o una sociedad sin que se ponga algo en común. En efecto, si se omite alguno de estos requisitos, la sanción sería la nulidad absoluta del acto o contrato, pero los partidarios de la teoría de la inexistencia sostienen que el acto no ha nacido a la vida jurídica, y si no ha nacido a la vida jurídica, mal podríamos hablar de nulidad. Esta doctrina tuvo su origen después de la dictación del Código de Napoleón, que consagró el principio de que no podía haber nulidad sin un texto expreso que la declarara. Algunos autores encontraban que había ciertos casos en que la infracción del precepto no estaba sancionada por la nulidad y resultaba que en esos casos quedaba sin sanción, así por ejemplo, el matrimonio de personas de un mismo sexo no era sancionado.

Comparativamente entre estos dos institutos es posible distinguir las siguientes diferencias: a) La nulidad supone que el acto ha nacido, pero viciado, y requiere ser declarada por el tribunal. La inexistencia no necesita ser declarada por el tribunal, porque ésta es la nada y al tribunal le basta que se constate que el acto es inexistente; b) El acto nulo produce plenamente sus efectos mientras no se declare su nulidad por sentencia. En cambio, si el acto es inexistente no produce efecto alguno; c) La inexistencia no puede sanearse por el transcurso del tiempo, puesto que es la nada, y la nada con el transcurso del tiempo no se puede transformar en algo. En cambio, la nulidad si que puede sanearse por el transcurso del tiempo, ya que el acto existía (esto es aplicable a la nulidad relativa); d) La inexistencia no puede ser ratificada o confirmada por la voluntad de las partes, porque la nada no puede mediante la confirmación devenir en existencia, la nada confirmada continúa siendo la nada. En cambio, la nulidad puede ser ratificada por la voluntad de las partes; tratándose de la nulidad absoluta no puede ser ratificada por la voluntad de las partes, pero las razones son otras, distintas del caso de inexistencia: en efecto, lo

[6] **Esta teoría fue elaborada a principios del siglo XIX por el jurisconsulto alemán Zacharie, también participa en ella Rau y Aubert.**

que sucede es que es una institución de orden público, establecida, no en interés de las partes, sino en el de la moral y la ley; e) La nulidad puede hacerse valer como acción o excepción; en cambio, la inexistencia sólo puede hacerse valer como excepción, porque equivale a la nada y la nada no puede ser objeto de una acción y constituir materia de un juicio; f) Finalmente, el acto nulo es susceptible de conversión; mientras que el acto inexistente no. La conversión consiste en que ciertos actos pueden subsistir como válidos pero con un carácter diferente[7].

1.1 El Código Civil y la inexistencia

En nuestro país, los profesores Claro Solar y Fabres sostienen que en el Código Civil se distingue claramente la inexistencia de la nulidad[8]. Fundan su opinión de la siguiente manera: a) El art. 1681 dice que es nulo todo acto o contrato en el cual se omiten los requisitos que la ley exige para el valor de ciertos actos, según su especie y la calidad o estado de las partes; b) El art. 1444 señala que si falta algún requisito esencial el acto no produce efecto alguno, es decir, es inexistente; c) El art. 1701 señala que los actos en que se omitan las solemnidades se mirarán como no ejecutados o celebrados, esto es, inexistente; d) Del mismo modo, el art. 1801 dice que la venta de los bienes raíces, servidumbres y censos y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública; e) En el contrato de sociedad (art. 2055) expresa que no hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común; f) Lo mismo se puede señalar de los arts. 1460 y 1467. En todos estos casos la ley ha ido diferenciando la inexistencia y el legislador no los calificó de nulos porque no existen.

Sin embargo, frente al texto legal, la opinión contraria señala que nos encontramos que la ley sólo regula la nulidad[9]. En efecto, los artículos 1681 y 1682 no hacen ninguna distinción y declaran como nulos los actos en que se han omitido tanto los requisitos de existencia como los requisitos de validez. El profesor Alessandri sostiene que "los arts. 1681 y 1682 comprenden tanto a los requisitos de existencia como a los de validez"[10]. Por otro lado, el código no ha regulado los efectos de la inexistencia, de manera que, aún cuando en doctrina se pudiera aceptar la teoría de la inexistencia, lo cierto es que dichos actos son nulos de nulidad absoluta.

Claro Solar dice que es cierto que el código, sólo reglamenta la nulidad, pero esto no significa que los actos inexistentes queden comprendidos entre los actos nulos, pues los actos inexistentes no producen obligaciones y no puede, por lo mismo, tratarse de la extinción de las obligaciones con respecto a tales actos que no las producen. Alessandri señala que el art. 1682 da un argumento muy serio para confirmar que el código no hace la distinción entre inexistencia y nulidad: hay asimismo nulidad absoluta en los actos de los absolutamente incapaces. Si el código aceptara la inexistencia, no pudo haber sancionado expresamente con la nulidad

[7] **Tal es el caso del art. 1701 del Código Civil que señala "Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes".**

[8] En materia comercial, la actual ley Nº 18.046, sobre sociedades anónimas admite en su art. 6 A, expresamente la inexistencia, aunque si bien habla de *nulidad de pleno derecho*, comparte además con el instituto, el no admitir saneamiento y operar de pleno derecho.

[9] ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *"Curso de Derecho Civil". Parte General y los sujetos de derecho*, primera parte, p. 462 y ss., redactada, ampliada y puesta al día, por Antonio Vodanovic, 4ª edición, Editorial Nacimiento, 1971.

[10] Ídem.

absoluta los actos de estos incapaces, porque en estos actos falta un requisito de existencia y la ley debió haber dicho que ese acto era inexistente y, en cambio, lo sancionó con la nulidad absoluta. Claro Solar responde que en este caso es cierto que no hay voluntad, pero como estos absolutamente incapaces en algunas situaciones pudiera aparecer que aparentemente consiente, la ley prefirió sancionar sus actos con la nulidad absoluta. La jurisprudencia chilena se ha inclinado por la teoría de Alessandri, y en caso de omisión de un requisito de existencia, ha sancionado el acto con la nulidad absoluta,[11] sólo existen casos aislados en que se ha aceptado la inexistencia[12].

1.2 De la nulidad.

La nulidad *es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes*[13]. Se puede concluir que hay dos casos de nulidad: *absoluta* y *relativa*. La *nulidad absoluta* sería la sanción legal impuesta a la omisión de requisitos exigidos en consideración a la naturaleza o especie del acto. La *nulidad relativa* es la sanción impuesta por la omisión de un requisito exigido en atención al estado o calidad de las partes.

Esta materia está tratada en el Libro IV del código civil, título XX De la nulidad y la rescisión. Sin embargo, la rescisión está referida a la nulidad relativa y la nulidad propiamente tal está referida a la absoluta. No obstante, el código confunde en algunos casos estos conceptos. Esto es importante porque en materia judicial, si se acciona demandando la nulidad de un acto jurídico y se califica erróneamente la nulidad, el juez puede calificarla de relativa o absoluta. La petición de una nulidad determinada no le impide al juez declarar una nulidad distinta de la que se le pide. Cabe señalar que la regla general es la nulidad relativa (art. 1682 inc. final).

La nulidad, sea absoluta o relativa, sólo produce sus efectos en virtud de sentencia judicial ejecutoriada. Los efectos tanto de la nulidad absoluta como de la relativa son los mismos, no hay diferencias entre los efectos de la nulidad judicialmente declarada. Estos efectos

---

[11] **Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló el 17 de septiembre de 1966: "La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos es aceptable en doctrina, porque, en efecto, sólo puede hablarse de una apariencia de acto, carente de eficacia y de efecto cuando no se dan los requisitos de existencia que la ley señala para que éste nazca a la vida jurídica. Así sucede cuando no concurren la voluntad, el consentimiento en los actos bilaterales, el objeto, la causa y las solemnidades. Pero la tesis de la inexistencia del acto jurídico es ajena a nuestro sistema legislativo y, en particular, al Código Civil chileno, que no la establece como causal de ineficacia, señalando en cambio otra sanción. Y ésta es precisamente la nulidad, para los casos de omisión de requisitos que la ley prescribe para la validez de ciertos actos y contratos. Por consiguiente, carece de fundamento la petición en orden a declarar la inexistencia del acto jurídico cuestionado".**

[12] **Corte de Apelaciones de Santiago el 5 de diciembre de 1929, señalando lo siguiente: "Careciendo de causa la obligación, ésta no puede calificarse de absolutamente nula, pues tal sanción corresponde a la causa lícita, pero no a la falta de causa; dicha obligación es inexistente, constituye la nada jurídica".**

[13] ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *"Curso de Derecho Civil"*, cit. p. 467.

son: a) volver las partes al estado que tenían antes de la celebración del acto nulo; b) realizar las restituciones recíprocas.

Las diferencias que existen entre la nulidad absoluta y relativa se hacen notar en cuanto a sus causales, a la alegación (titulares de la acción), a la declaración, al saneamiento y a su extensión. Finalmente, el código no tiene una teoría general y sistemática de la nulidad, sólo tiene las reglas del Libro IV que se refiere a los actos patrimoniales y, específicamente, a los contratos. Pero, estas reglas se han generalizado a los demás actos jurídicos, sin perjuicio de que en ciertas materias existan normas especiales, como es el caso de la nulidad matrimonial. Pero cualquiera que sea el tipo de normas especiales, hay un principio fundamental, y es que la nulidad *siempre requerirá de la sentencia judicial ejecutoriada*.

1.2.1 Nulidad Absoluta.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.

Su fundamento está en el interés general, en las buenas costumbres y en la ley, por esto, es una institución de orden público. Ello explica que la acción nulidad pueda ser ejercida por el ministerio público que representa a la sociedad, y que el ministerio público pueda pedir la nulidad del contrato, aun a pesar de la voluntad de las partes. Esta tiene lugar:

1. Cuando falta un requisito de existencia, es decir, causa, voluntad, objeto o solemnidades.

2. Objeto o causa ilícita.

3. Actos de los absolutamente incapaces.

4. Error esencial.

1.2.1.1 Características.

1. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez: según el art. 1683, la nulidad puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Por lo general, en materia civil el juez obra a requerimiento de parte, salvo los casos en que la ley lo faculta para proceder de oficio, uno de estos casos estaría constituido por la nulidad absoluta. Con respecto a la expresión manifiesto se aplica el concepto que da el Diccionario de la Real academia de la lengua, que para que quede establecida, basta sólo leer el instrumento en que el acto o contrato se contiene, sin relacionarlo con ninguna otra prueba o antecedente del proceso[14].

2. La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella: según el mismo art. 1683 la nulidad puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Se refiere al que tenga

[14] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Corte Suprema, 7 de abril de 1924, tomo 22, sección primera, pág. 937.

interés, al que le interese la nulidad del acto o contrato que le afecta y cuyos resultados propios le conviene eliminar[15]. Por su parte, la Corte de Santiago señaló que no es necesario haber intervenido en el contrato cuya validez se impugna; basta tener interés en la nulidad absoluta[16].

La ley dice que puede alegar la nulidad todo el que tenga interés en ella, esto es, todo el que tenga interés pecuniario en que desaparezcan los efectos del acto o contrato nulo. La palabra interés se encuentra tomada en un sentido restringido, porque no cabe en esta materia un interés moral, como es el que motiva la intervención del ministerio público.

En los proyectos del código, se decía que la nulidad absoluta podía alegarse por todo el que tenga un interés pecuniario en ello, pero la Comisión Revisora prefirió la redacción que daba Delvincourt a esta exigencia, sin haber entendido darle a la disposición un sentido más amplio del que tenía antes. Lo único que el cambio puede significar es que no se requiere que el interés pueda estar representado por una cantidad determinada[17].

La excepción a esta regla la señala el mismo art. 1683 cuando expresa que no puede alegar la nulidad absoluta el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Según la Corte Suprema, este artículo distingue dos situaciones perfectamente definidas: la primera relativa al conocimiento personal de ese vicio por el que ejecuta el acto o celebra el contrato, expresado en la palabra sabiendo, y la segunda relativa a la obligación conocerlo en virtud de deducirse del contexto de otros preceptos legales, situación expresada en las palabras debiendo conocerlo.

Al disponer el art. 1683 que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, exige que concurran los siguientes requisitos: a) que el interés exista al tiempo de producirse la nulidad, o sea, al producirse la infracción que lleva consigo esa sanción; b) que ese interés, que nace de la lesión o perjuicio producido por la infracción, tenga en éste su causa jurídica y necesaria. De esta manera se expresó la Corte Suprema el 21 de agosto de 1940[18]

Para incurrir en la sanción de no poder alegar la nulidad absoluta no basta el conocimiento presunto de la ley a que se prefiere el art. 8 del código; es necesario el conocimiento real y efectivo del vicio que invalidaba el acto[19]. La misma idea del legislador aparece en el art. 1468 que al decir que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado para un objeto o causa ilícita a sabiendas, con esta última expresión se refiere al conocimiento real y efectivo de la ilicitud de la causa u objeto; no basta el conocimiento presunto que se supone de la ley que puede dar origen a esa ilicitud. Supongamos que una persona contrata por intermedio de un representante y que éste obre con dolo. Podría el representado demandar al otro contratante pidiendo la nulidad del contrato.

La jurisprudencia no ha dado una respuesta uniforme. En 1938[20] la Corte Suprema responde negativamente, porque de acuerdo con el art. 1448 lo hecho por el representante se estima hecho por el representado. Pero en 1941[21] la Corte Suprema dice lo contrario: el representado puede pedir la nulidad absoluta del acto celebrado con dolo por su

---

[15] *Rev. de Derecho y Jurisprudencia,* Corte Suprema, 2 de abril de 1941, tomo 34, sección primera, pág. 37.
[16] *Rev. de Derecho y Jurisprudencia* 21 de agosto de 1939, tomo 34, sección primera, pág. 37.
[17] **CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil y comparado*, tomo XII, pág. 606.**

[18] *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* Corte Suprema, 5 de nov. de 1940. t. 37, sección primera, pág. 417.
[19] Corte Suprema, 26 de abril de 1934 publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 31, secc. primera, pág. 337.
[20] *Revista*, t.36, secc. primera, p.104.
[21] *Revista*, t. 39, secc. primera, p.148.

representante, porque el dolo es un acto personalísimo y porque el representante sólo está autorizado para ejecutar acto lícitos. El art.1683 se refiere al que ha intervenido directamente en el contrato, pero no al que ha sido representado legal o convencionalmente y mal podría aplicarse la sanción a quien no ha participado en la realización del acto. En el fondo, este problema tiene íntima relación con las teorías de la representación. De acuerdo con la *teoría de la ficción* debe concluirse que el representado no podría alegar la nulidad absoluta, pues se considera que es su voluntad la que concurre al acto o contrato. Si se acepta la *teoría de la modalidad* es claro que quien concurre a la celebración del acto o contrato es el representante y es la modalidad la que permite que los efectos del acto se radiquen en el representado, y podría éste alegar la nulidad absoluta en consideración de que no sabía el vicio, porque la alegación no es el efecto del acto, sino que está establecida por la ley. En este último tiempo la jurisprudencia ha sido uniforme en cuanto a declarar inhabilitados para alegar la nulidad absoluta a los herederos del que ejecutó el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

3. Puede pedir la declaración de nulidad absoluta el ministerio público: el ministerio público puede solicitar la nulidad absoluta en consideración a la moral y a la ley.

4. No puede sanearse por la ratificación de las partes: esto se explica porque la nulidad absoluta está establecida en el interés de la sociedad, el que no puede ser supeditado a la voluntad particular.

5. La nulidad absoluta no puede sanearse por un lapso que no pase de 10 años: el acto nulo absolutamente se convalida después de transcurridos 10 años de su celebración. Este plazo coincide con el plazo máximo de la prescripción adquisitiva. Aquí hay una relación estrecha con la norma de los arts. 2510 y 2511.

6. Irrenunciabilidad de la acción: la acción para pedir la nulidad absoluta es irrenunciable, porque se trata de una institución de orden público.

7. La nulidad absoluta no se produce de pleno derecho: ello es así porque la nulidad debe ser declarada judicialmente, así se desprende de los arts. 1683, 1687 y 1689 del CC y del art.37 de la Ley de Matrimonio Civil.

1.2.2 Nulidad Relativa.

Es la *sanción por la omisión de algún requisito o formalidad que la ley exige en atención al estado o la calidad de las partes*. A la inversa de la nulidad absoluta protege los intereses de ciertas y determinadas personas en cuyo beneficio la establece la ley, es decir, no está destinada a proteger intereses generales. En el inc. final del art.1682 se señala que la regla general es la nulidad relativa. Ello se desprende porque luego de señalar los casos de nulidad absoluta expresa que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto contrato. Principales casos de nulidad relativa:

1. actos de los relativamente incapaces sin formalidades habilitantes.

2. dolo principal y determinante.

3. error substancial.

4. fuerza.

1.2.2.1 Características de la nulidad relativa.

1. En cuanto a la alegación: sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes, sus herederos o sus cesionarios. Por lo tanto, la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio por el juez, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley. (art. 1684).

No siempre quien puede alegar la nulidad relativa ha debido tener una intervención en el acto o contrato respectivo, sino que puede ser una persona que no intervino en la celebración del acto o contrato, pero que tiene derecho a invocar la nulidad por haberla establecido la ley en su beneficio. Así por ejemplo, la incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin la autorización del marido o del juez en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y el marido (art. 1684 inc.2), de modo que el marido o la mujer o indiferentemente ambos juntos, pueden en este caso solicitar la declaración de nulidad relativa.

2. Puede sanearse por el transcurso del tiempo: el art. 1691 señala que el plazo para pedir la rescisión dura 4 años. Esto significa que si transcurren los 4 años y la persona que podía alegar la nulidad, no lo hace en tal tiempo, el vicio desaparece y el acto queda sano. El mismo art. 1691 señala que para determinar el inicio de los plazos en el caso de la fuerza, error, dolo e incapacidad se debe estar a las siguientes reglas: a) Violencia o fuerza: se contará desde el día que ésta haya cesado; b) Error y dolo: se contará desde el día de la celebración del acto o contrato. c) incapacidad legal: el cuadrienio se contará desde el día en que haya cesado la incapacidad. Lo anterior es sin perjuicio de lo que hayan establecido leyes especiales.

3. Puede sanearse por la ratificación de las partes: aquí debe hablarse de confirmación del acto nulo, ya que en el hecho importa una renuncia a la posibilidad de alegar la nulidad relativa. Por su parte, la ratificación tiene dos sentidos. En una designa al acto en virtud del cual una persona asume por su cuenta los actos ejecutados a su nombre por otra que no tenía poder para ello. En otro sentido, y que es el que corresponde ahora, equivale a la confirmación del acto nulo relativamente, y no es otra cosa que la renuncia del derecho de pedir la nulidad; no importa renovación del acto jurídico que adolece de nulidad relativa.

Esta característica se justifica plenamente en esta clase de nulidad, porque ella está establecida en el interés de ciertas y determinadas personas, por ello cabe perfectamente dentro de la norma del art.12 del código, porque mira sólo al interés de la persona que la renuncia y no está prohibida por la ley. Para que esta confirmación o ratificación sea válida se requiere que:

a) el acto adolezca de nulidad relativa.

b) debe provenir de la parte en cuyo beneficio la ley ha establecido la nulidad relativa.

c) la parte que ratifica debe tener capacidad para hacerlo (art. 1697). Si se trata de la ratificación de un incapaz deberá hacerla con las formalidades habilitantes.

d) la ratificación es posible mientras no se haya declarado la nulidad por sentencia firme.

e) no es requisito para la validez de la ratificación que en el acto se diga expresamente que se renuncia a la acción de nulidad, ya que la ratificación lleva envuelta la renuncia de la acción de nulidad.

f) la ratificación tiene que efectuarse con conocimiento del vicio que afecta al acto y teniendo conciencia del derecho que le asiste a pedir la nulidad relativa.

g) no debe adolecer del mismo vicio del acto que se ratifica.

h) es procedente hasta antes de la declaración judicial de la nulidad. Declarada judicialmente, se producen los efectos de la nulidad y no es posible sanearla por la ratificación.

1.2.2.3 Efectos de la nulidad

Para que la nulidad produzca efectos necesita haber sido declarada judicialmente por medio de una sentencia ejecutoriada. El acto que aún no se ha anulado produce sus efectos normalmente, porque lleva envuelto en sí una presunción de validez. Una vez que la nulidad ha sido declarada, opera con efecto retroactivo, retrotrayendo a las partes al estado anterior a la celebración del acto o contrato y desapareciendo las causales del acto nulo.

Si bien la nulidad relativa y la nulidad absoluta se diferencian en cuanto a las personas que las pueden pedir y alegar, en cuanto a que una es susceptible de declaración de oficio y la otra no, y en cuanto al saneamiento por ratificación de las partes y el transcurso del tiempo, en lo que se refiere a los efectos no hay diferencia alguna que hacer. Por eso, los arts. 1687 y 1689 se refieren a los efectos de ambas nulidades.

1.2.2.3.1 Efectos de la nulidad entre las partes.

La nulidad judicialmente declarada produce efectos sólo respecto de las partes en cuyo favor se ha decretado, por disponerlo así el art.1690, que expresa “Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras”. Esta disposición está en concordancia con el art. 3 inciso segundo del código del ramo, que dice que las sentencias judiciales no tendrán fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Pero se debe distinguir entre dos situaciones:

a) si el contrato no ha sido cumplido.

b) si el contrato ha sido cumplido por uno de los contratantes o por ambos.

Si el contrato no se ha cumplido por ninguna de las partes, no se producen los efectos normales de la nulidad y el contrato desaparece con las obligaciones surgidas de él. La nulidad va actuar aquí como un modo de extinguir las obligaciones (art.1567 N.8). Si el contrato ha sido cumplido en forma parcial o total, el efecto es el de restituirse al mismo estado en que se hallaban antes de contratar y para que ocurra tal efecto tendrán que restituirse (art.1687).

El art. 1687 señala que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto y la causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Por la declaración de nulidad las partes deberán restituirse lo que hubieran percibido en virtud del acto o contrato anulado, o sea, el contrato se destruye en el pasado, y las cosas quedan como si éste nunca se hubiere celebrado.

Pero para que opere esa restitución al estado anterior y dado que el acto ha estado produciendo efectos, el art. 1687 dice que estas restituciones se regirán por las reglas que el código da en los arts. 904 y siguientes en lo relativo a las prestaciones mutuas.

En estas restituciones, si como consecuencia de la nulidad judicialmente pronunciada se debe devolver dinero, deberá realizarse la restitución reajustada en la desvalorización que haya experimentado la moneda, sólo así se cumple el supuesto del art.1687 y se vuelve al estado anterior[22].

1.2.2.3.2 Efectos de la nulidad respecto de terceros.

La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales (art.1689). Una vez pronunciada la nulidad, sus efectos no se limitan a las partes, sino que alcanzan a los terceros. Anulado el contrato sus efectos se producen retroactivamente y se reputa que el contrato no ha existido nunca, que no ha habido adquisición de dominio por parte del adquirente y que el dominio no ha salido jamás del poder del tradente.

De la misma manera, si en vez de haber sido enajenada la propiedad, ha sido gravada con hipoteca, censo, servidumbre o cualquier otro derecho real, o se ha ejecutado cualquier acto que despoje al propietario de sus atributos, el verdadero dueño tiene acción para hacer caducar esos gravámenes, por haber sido constituidos por quien no era dueño de la cosa. Por eso, el art. 2416 señala que "El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho; aunque así no lo exprese".

Esta es la regla general: la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin entrar a averiguar si estos poseedores son de buena o mala fe, y esta es una de las principales diferencias que existen entre los efectos de la nulidad y los efectos de la resolución, porque la resolución únicamente da acción reivindicatoria contra terceros poseedores de mala fe (arts. 1490 y 1491). Sólo por excepciones legales la nulidad judicialmente pronunciada no da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, que son:

i) La rescisión por lesión enorme: si se rescinde un contrato por lesión enorme, no se produce una acción para caducar los gravámenes constituidos sobre la cosa. Así lo dispone el art.1895.

[22] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 72, secc. primera, pág. 49.

ii) Muerte presunta: cuando se rescinde el decreto de la posesión definitiva de los bienes del desaparecido se recobran los bienes en el estado que se encuentran, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos (art.94 N.4).

iii) Donación entre vivos: el art.1432 dice expresamente que la rescisión no da acción contra terceros poseedores ni para la extinción de hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas. Salvo las excepciones que contempla el propio art.1432.

iv) Caso del tercero poseedor que hubiese adquirido el dominio de la cosa por prescripción: no se contempla expresamente, pero se deduce de los arts. 682, 683 y 717. No afecta al tercero la acción reivindicatoria cuando ha adquirido la cosa por prescripción, porque los vicios o defectos que puedan adolecer los títulos de sus antecesores, no se transmiten a él.

v) Acción de indignidad para suceder (art.976): declarada la nulidad no afecta a los terceros.

1.2.2.4 Acciones a que da origen la nulidad.

1. Acción para pedir la nulidad: ella tiende a obtener la nulidad de un contrato celebrado con algún vicio o defecto, pretende que el acto o contrato sea anulado produciéndose los efectos propios de la nulidad. El acto se va a anular entre las partes que concurren a su celebración y esta circunstancia va a determinar las personas contra las que se va a dirigir la nulidad. De esta manera, si la entabla un contratante la acción de nulidad va a ir dirigida contra el otro contratante; si la entabla un tercero, en el caso de la nulidad absoluta, deberá entablarla en contra de todos los contratantes.

2. Acción reivindicatoria: está señalada por el art.1689. Como la nulidad judicialmente declarada opera retroactivamente, la persona que transfirió su derecho en el acto o contrato nulo, es considerada como si nunca hubiera sido titular de éste. Por ello, la ley le confiere la acción reivindicatoria para que recupere aquello que le pertenece. Esta es una acción real que se debe hacer valer en contra del actual poseedor de la cosa. La reivindicación o acción de dominio se define como la acción que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 889 código civil).

1.2.2.4.1 Formas en que se hace valer la nulidad.

No hay discusión en cuanto en cuanto a que la nulidad absoluta y relativa puede hacerse valer como acción, esto es, demandando en el juicio respectivo por quien tiene derecho a alegarla. El problema se plantea en ciertos juicios con respecto a la excepción de nulidad. El art.464 Nº14 del código de procedimiento civil, señala que en el procedimiento ejecutivo la nulidad se puede hacer valer como excepción. Para el caso que se estime como excepción, si la persona demandada en juicio quiere hacer valer la excepción de nulidad, deberá interponerla por vía de reconvención. No procede declarar la nulidad de un contrato por la vía de la excepción, sino que, para ello, debe hacerse valer

en la reconvención[23]. La acción de nulidad se tramita en juicio ordinario y es incompatible con cualquier otra acción que tenga como fundamento la validez del acto o contrato.

1.2.2.5 Otros tipos de nulidades.

La nulidad puede ser *absoluta* o *relativa*, pero hay otras clases de nulidades civiles que la doctrina y jurisprudencia mencionan como categorías de nulidades.

a) Nulidad total y nulidad parcial: en la primera, el vicio de que adolece el acto o contrato lo afecta en su integridad. Mientras que en la nulidad parcial, ella se presenta en determinados actos jurídicos en los cuales se comprenden cláusulas que en cierto modo son independientes entre ellas, de modo que la nulidad que pudiera afectar a algunas partes o cláusulas no traerán aparejada la nulidad total del acto o contrato. Así por ejemplo, en el testamento se pueden contener cláusulas o disposiciones que son independientes y en estos casos puede haber un error sobre la persona de un legado y se va a hablar de nulidad parcial[24].

b) Nulidad consecuencial: se presenta en el caso de los actos o contratos accesorios y siguiendo al principio de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tendríamos que si el acto principal es declarado nulo, el accesorio también lo será. Ejemplo: en el caso de las cauciones (arts. 2381 fianza, 2343 hipoteca y 2385 prenda) y en la cláusula penal (art.1536), donde se expresa que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal.

c) Nulidad refleja: hay ciertos actos jurídicos solemnes en que la solemnidad es la forma con que la ley admite al acto o contrato. En los casos en que no se ha cumplido con los requisitos que se exige para la solemnidad, por ejemplo: la escritura pública en la compraventa de un bien raíz, la nulidad de esta escritura acarreará la nulidad del acto o contrato contenido en ella[25].

1.3 La Inoponibilidad.

Se la define como *la ineficacia de un acto jurídico o de su nulidad respecto de ciertos terceros por no haber las partes cumplido algún requisito externo de eficacia dirigido precisamente a proteger a esos terceros*[26].

La inoponibilidad no afecta de manera alguna la validez del acto jurídico, a diferencia de lo que sucede con la nulidad. Quien impugna la inoponibilidad no pretende invalidar el acto, sino que

[23] Corte de Santiago, 9 de septiembre de 1941, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t.42, secc. primera, p.551.

[24] cfr., *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, Código Civil, tomo VI, art.1681, p.101.

[25] La Corte de Apelaciones de Valdivia, el 15 de diciembre de 1933, aceptó este tipo de nulidad, cfr., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t.33, secc. segunda, p.1.

[26] ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *"Curso de Derecho Civil"*, cit. p. 494.

alega que el acto no produce efectos respecto de él. El código no trata a la inoponibilidad en forma orgánica, sino que sólo menciona casos en que ella se produce. Así sucede con los arts.1707 y 1902. Según el art.1707 una escritura pública destinada a alterar el contenido de otra escritura pública anterior, no produce efectos en contra de terceros si no se ha anotado al margen de la matriz de la primera escritura y de la copia en virtud de la cual ha obrado el tercero.

Pero hay veces que la inoponibilidad se plantea como consecuencia de la nulidad de un acto y es la situación que se plantea en el art.2058 respecto de la nulidad del contrato de sociedad y que expresa: La nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe, contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho.

Se ha entendido que la inoponibilidad sólo se puede alegar como excepción.

i) Inoponibilidad de forma: el acto no se puede hacer valer frente a terceros si no se han cumplido ciertas formalidades exigidas por la ley. El caso más notorio es el de las contraescrituras públicas del inc.2 del art.1707. También está el caso del art.191 y la falta de fecha cierta del art.1703. En el caso del art.1901, el acreedor puede ceder un crédito a un tercero entre cedente y cesionario, por la entrega del título. Pero para que esta cesión—que es perfecta entre las partes—pueda afectar al tercero deudor, se requiere cumplir con las formalidades del art.1902, es decir, debe ser notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste. En el caso del art.2513, en materia de prescripción adquisitiva, declarada la prescripción adquisitiva por sentencia judicial se adquiere el inmueble, pero para el que prescribió pueda oponerla a un tercero tendrá que inscribirla en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. De no hacerse esta inscripción, la prescripción o declaración de ésta es inoponibible a terceros.

ii) Inoponibilidad de fondo: en este caso falta la concurrencia de un requisito o del consentimiento. Se puede citar los casos de los arts.1490 y 1491, 1815 y 2160. Según el art.1490, en caso de resolución del contrato, no habrá derecho de reivindicar la cosa contra terceros poseedores de buena fe. En el caso del art.1815 (venta de cosa ajena), algunos lo mencionan como inoponibilidad por falta de concurrencia. Esta venta es válida, pero inoponible frente al verdadero dueño. Pero, en todo caso, el dueño puede renunciar a la inoponibilidad y ratificar la venta. En el caso del art.2160, es decir, al mandatario representante extralimitado, sus actos no obligan al mandante y le son inoponibles por falta de poder.

iii) Inoponibilidad respecto de la declaración de nulidad: en este caso pudieran verse afectados terceros que podrían tener derechos derivados como consecuencia del acto que con posterioridad es declarado nulo. Es por esto que la ley, en algunos casos, en protección de terceros, declara que los efectos de esta declaración de nulidad no los alcancen, es decir, que le sean inoponibles siempre que se traten de terceros de buena fe.

1.2 Análisis de algunos elementos del acto jurídico.

Del análisis de las causas que conforme al derecho común, dan lugar a la ineficacia del acto jurídico se hace necesario analizar algunos de los elementos de la teoría general, que podrían –en principio- ser vulnerados bajo las modalidades típicas de contratación utilizadas por las compañias en la instalación de antenas base de telefonía móvil.

1.2.1 La voluntad o consentimiento.

De la definición de acto jurídico puede establecerse que la concepción de los actos jurídicos es esencial y principalmente voluntarista. Está sustentada y elaborada sobre la base y la idea de la voluntad, porque el acto jurídico es la proyección de la voluntad del individuo hacia el exterior, proyección que va a producir consecuencias de derecho. En su sentido ético, la voluntad es la disposición moral para querer algo. En los actos jurídicos unilaterales se habla propiamente de voluntad, pero en los bilaterales toma el nombre de consentimiento.

1.2.1.1 Requisitos de la voluntad.

1. Que se exteriorice. No hay voluntad mientras ella no se exprese o manifieste hacia el exterior en alguna forma. Mientras el individuo la guarda para sí, la voluntad no tiene relevancia para el derecho. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando el contenido del propósito es revelado explícita y directamente, sin la ayuda de circunstancias concurrentes; por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública cuando se celebra un contrato de compraventa. La voluntad es tácita cuando el contenido del propósito se deduce de ciertas circunstancias concurrentes, cuando se infiere de ciertos hechos, conductas o comportamientos. Pero el comportamiento y los hechos de los cuales se deduce la voluntad, deben ser concluyentes e inequívocos, es decir, no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones.

Como el código civil no dice en forma genérica que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, esto se ha deducido en casos concretos. Uno de estos sería en la aceptación de una herencia (arts. 1241, 1242 y 1244). Art.1241: La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero ; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero. Si no se ha aceptado la herencia, la enajenación constituye un hecho inequívoco y concluyente del que se deduce que tácitamente se ha aceptado la herencia. Otros casos de voluntad tácita se comprende en los arts. 1449, 1904, 2164, 1516, etc. A decir del profesor Pescio, la ejecución de hechos que supongan que la aceptación puede ser excluida mediante la formulación de una protesta o de una reserva. Así lo dice el art.1244.

La voluntad expresa o tácita tiene igual valor jurídico, según lo establece el Código de Comercio en su art.103: La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa. Excepcionalmente, la ejecución de hechos que supongan voluntad tácita es inoperante cuando la ley exige una manifestación expresa de voluntad o declaración categórica, como en materia de solidaridad (art.1511 inc.3 parte final), en la novación por cambio de deudor (art.1635 primera parte), en la facultad para subarrendar (art.1946), también se da en la condonación (art.1465). La novación es la sustitución de una obligación nueva a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida (art.1628). La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor (art.1635). Un sector de la doctrina dice que fuera de estos dos casos de manifestación de voluntad (expresa y tácita), existiría el de la voluntad presunta, que sería aquella que se deduce o presume de determinados hechos, esto es, que una conducta de un sujeto es considerada por la ley como una manifestación de voluntad. No obstante estos dos casos, la opinión generalizada es que los hechos constitutivos de la voluntad tienen que manifestarse en forma inequívoca, en una forma que no deje duda sobre el verdadero querer de la persona. Así la jurisprudencia ha resuelto que si el consentimiento puede ser tácito o implícito, no puede ser presunto o supuesto, porque lo que se exige es la voluntad positiva de obligarse, lo cual no coincide con una voluntad presunta.

2. Seriedad de la voluntad. Sostienen algunos autores que la voluntad es seria cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico (art.1445 N.2). Se dice que no es seria y no hay voluntad en los actos de los absolutamente incapaces, del mismo modo que el acuerdo de voluntades en que se conviene ir a un paseo. Se señala, por algunos autores, que tampoco hay voluntad en el caso del error esencial.

1.2.1.2 Voluntad declarada y voluntad real.

Se deben distinguir los requisitos internos y externos de la voluntad. Los primeros están constituidos por la decisión de realizar un acto jurídico, por la conciencia de los elementos del acto jurídico y por la intención de realizar dicho acto. Los requisitos externos consisten en la exteriorización y proyección de esta voluntad desde el fuero interno hacia el exterior.

Puede suceder que la voluntad interna o real esté en desacuerdo con la voluntad declarada, para determinar cual prevalece se han formulado varias teorías:

a) Teoría de la voluntad real o subjetiva: fue desarrollada por Savigny. La voluntad interna es el principal elemento del acto jurídico; la declaración no es más que el medio de revelar o exteriorizar aquélla. Según esta teoría prevalece la voluntad interna, lo que el derecho protege y lo que da nacimiento al acto jurídico es el verdadero querer de la persona. Crítica: no lleva a una seguridad en las relaciones jurídicas, la buena fe desaparecería. Para esto se enunció la teoría de la culpa “in contrahendo” (Ihering), según la cual, los contratantes deben poner diligencia no sólo en el cumplimiento de las relaciones jurídicas ya formadas, sino también en las relaciones en gestación y a las previas conducentes a la realización del acto jurídico.

b) Teoría de la declaración de voluntad u objetiva: surge como reacción a la anterior. Se basa en la mayor seguridad jurídica y en la buena fe de terceros. Señala que a los hombres se los dotó de un medio para comunicarse que son las palabras, por lo tanto, es justo suponer que quien recibe una declaración de voluntad crea que esa declaración corresponde a la efectiva voluntad del declarante. Según esta teoría, la declaración de voluntad debe primar sobre la voluntad interna, porque aquélla determina la formación de los actos. Supone que el querer interno del individuo sólo puede ser considerado por el derecho en la medida que se declare. Crítica: presenta el riesgo de que en ciertas circunstancias no se considere para nada al elemento interno y da eficacia a una mera apariencia de voluntad.

A la época de la dictación del código civil la tendencia predominante era la doctrina de la voluntad real o interna. El código se inspira principalmente en los postulados de la revolución francesa, con los que pretenden reafirmar y asegurar la libertad del individuo frente al poder central representado por el rey. Se trata en lo posible de asegurar la libertad individual y la autonomía de las personas. Es por lo anterior que nuestro código, sigue la teoría de la voluntad real o subjetiva, así se desprende del art. 1560, según el cual “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Además, el art.1069 en su inc. segundo dice que para

conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido. Este principio se manifiesta también en las normas sobre vicios del consentimiento y en la teoría de la causa, puesto que ésta última atiende a los motivos de las partes. Sin embargo, el principio de prevalencia de la voluntad interna se encuentra atemperado en ciertas disposiciones del CC, especialmente con el objeto de evitar perjuicios a terceros. Esta es la idea contenida en el art.1707, en virtud de esta disposición, los terceros sólo se atienen a la voluntad declarada (escritura pública), aunque la voluntad real sea diferente (escritura privada).

1.2.2 Vicios del consentimiento.

Entre los requisitos de validez el art.1445 señala que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 3) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio". En el mismo libro y título, art.1451 se dice, "los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo"; vicios que son aplicables en general a todo tipo de actos jurídico. La doctrina nacional cree, en forma mayoritaria, que estas normas son de aplicación general. Sin embargo, hay algunos que consideran que no puede darse a estas reglas una aplicación tan general, porque hay actos jurídicos que por su naturaleza requieren un análisis especial en lo que se refiere a los vicios del consentimiento. Así sucede en los actos jurídicos unilaterales y en todos los actos relacionados con la sucesión por causa de muerte, en ellos, el problema de los vicios debe ser llevado más profundo, y se estima que los vicios han de tener un carácter distinto que en materia contractual, porque la naturaleza misma de estos actos es diversa. Se señala además, que los vicios contemplados en el art.1451 sólo son aplicables en materia patrimonial. No obstante lo anterior, las normas sobre vicio del consentimiento también son aplicables a la voluntad, es decir, a los actos jurídicos unilaterales.

Ciertas teorías, suponen que existen causas que suprimen la voluntad o excluyen el consentimiento. Estas causas serían la demencia o privación de razón (arts.1447 y 1682 CC) y el error esencial obstativo u obstáculo, el que se presentaría cuando: a) recae sobre la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra; b) recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata; y c) recae sobre la causa de la obligación.

1.2.2.1 El error.

El error es el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa. En lógica, es la disconformidad del pensamiento con la realidad. A diferencia con el error, la ignorancia es el estado de una persona que desconoce un hecho real, que nada sabe. No obstante esto, el legislador equipara al ignorante con el que incurre en error.

1.2.2.1.1 Clasificación del error.

Error de derecho y error de hecho: el error de hecho es la ignorancia o el concepto equivocado que se tiene de una persona, de una cosa o de un hecho. Error de derecho es el falso concepto o ignorancia que se tiene de la ley. Efectos

del error de derecho: según el art.1452 El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Esta disposición viene a ser una consecuencia del art. 8 que expresa: Nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia. También está en concordancia con el art.706 inc. final, que dice: Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario.

Pero, para evitar el enriquecimiento injusto el legislador admite un caso de error de derecho que no vicia el consentimiento; es el art.2297 que expresa: Se podrá repetir aún lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural. Por su parte, el art.2299 señala: Del que da lo que no debe, no se presume que dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho. Con todo, la ley no permite el error del derecho para eximirse de su cumplimiento, sino que para que éste efectivamente se cumpla.

El fundamento del error del derecho se encuentra -en la doctrina tradicional- que no puede admitirse que una persona alegue la ignorancia de la ley para justificar sus acciones, porque en caso de permitirlo, la norma jurídica perdería su fuerza (cuestión cuestionada modernamente). Permitir que se declare sin efecto una declaración de voluntad alegando que se hizo esa manifestación por no tener conocimiento del ordenamiento jurídico equivale a permitir que el orden jurídico pueda ser contrariado sin problemas. La doctrina moderna y algunas legislaciones nuevas, como el CC italiano de 1942, declara que el error de derecho vicia el consentimiento, sólo cuando ha sido la razón única o, al menos, la principal del contrato.

1.2.2.1.2 Clasificación del error de hecho y sus efectos.

Nuestro código civil, siguiendo a Pothier, distingue entre:

i) error esencial.

ii) error substancial.

iii) error sobre las cualidades accidentales de la cosa.

iv) error sobre la persona.

i) Error esencial, obstáculo o impidiente (art.1453): lo que sucede es que el error es de tal magnitud que, más que viciar el consentimiento, impide que éste se forme. Por eso se le llama impidiente, porque impide la formación del consentimiento. Art. 1453 El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entiéndese comprar otra. De esto se desprende que el error esencial puede recaer sobre:

a) la naturaleza o especie del acto o contrato que se ejecuta o acuerda (error in negotia). Las partes se equivocan en cuanto al acto que ellas celebran, resultando que el acto celebrado es distinto del que pensaban celebrar. Más que decir que hubo un vicio, no hay consentimiento porque no hubo acuerdo.

b) la identidad de la cosa específica de que se trata (error in corpore). El consentimiento no ha podido formarse porque lo que una parte supone que es el objeto del contrato en realidad no tenía ninguna relación con ese objeto.

La doctrina agrega otro tipo de error esencial, y es el error de la causa que señala el art.1467. La causa es el motivo que induce al acto o contrato, de tal manera que si hay error en la causa no habría causa y, por lo mismo, no habría una manifestación de voluntad.

La sanción es discutida. Para algunos es nulidad absoluta y para otros la nulidad relativa.

a) Nulidad absoluta: para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria la sanción sería la nulidad absoluta, y aún la inexistencia (Claro Solar). Se basan para esto, en que al manifestar la voluntad las partes incurren en un error de tal magnitud que no pueden generar un acto jurídico. Tratándose de los actos bilaterales, el error obstáculo impide el acuerdo de voluntades, pues las partes no se entienden. Así, el error esencial, tendrá por sanción la nulidad absoluta, porque falta un elemento esencial del acto: la voluntad o consentimiento; de ahí que en doctrina este error sea denominado error obstáculo o impidiente. Esta opinión se funda en el art. 1682, que dice que la falta de un requisito de existencia es sancionado con la nulidad absoluta; y no hay duda que cuando hay error esencial no hay voluntad. Además, el art.1445 señala en su N.2 que el consentimiento es un requisito de existencia del acto jurídico, sin el cual no hay acto jurídico.

b) Nulidad relativa: según otros autores la sanción para el error esencial sería la nulidad relativa del acto, porque tal es la regla general en materia de vicios del consentimiento. En efecto, el art.1453 dice que: El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto contrato que se ejecuta o celebra..., o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata... Fundamentan además su posición en la redacción del art.1454 que expresa que el error de hecho vicia asimismo` el consentimiento... y se refiere a casos de error sustancial que, de acuerdo con el art.1682, está sancionado con la nulidad relativa. El empleo de la expresión asimismo estaría manifestando que el error obstáculo del art.1453 vicia de la misma manera el acto que el error substancial del art. 1454 que trae la nulidad relativa

Todavía, si se considera que la razón de la nulidad absoluta dice relación con el interés público, tendremos que concluir que el error obstáculo cae, desde este punto de vista, dentro de la nulidad relativa, porque su presencia perjudica solo el interés privado de los individuos. La nulidad absoluta impide la ratificación o confirmación del acto, y qué inconveniente habría para que, por ejemplo, si yo entiendo comprar un caballo y la otra parte entiende vender otro, haya confirmación de la venta por encontrar también de mi agrado este caballo ?; ninguna perturbación hay aquí del interés social, el orden público o las buenas costumbres.

ii) Error substancial. Según el art.1454 inc. primero, el error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree, como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún metal semejante. Este error no requiere expresión de las partes ni que el otro contratante lo sepa. A diferencia del error esencial, al decir del art.1454: ... como si por alguna de las partes ..., se entiende que puede sufrirlo sólo uno de los contratantes.

En doctrina se discute lo que debe entenderse por “sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato”. Al respecto hay dos interpretaciones.

a) Interpretación objetiva: en este caso, la substancia se define como el conjunto de elementos materiales y calidades que constituyen la naturaleza específica del objeto, asimilándolo a un género determinado. Substancia es la materia de que se compone el objeto sobre que recae la obligación. Son cualidades esenciales las que dan al objeto una fisonomía propia que lo distingue de los demás. Pothier da un ejemplo clásico, y se refiere a la persona que compra un candelabro de cobre plateado creyendo que se trata de plata pura. También hay error substancial cuando se adquiere un caballo de carrera y el animal es de tiro. Pothier señala que la substancia es la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente en vista.

b) Interpretación subjetiva: en este caso se atiende a la voluntad de las partes. La calidad esencial y substancial debe buscarse no objetivamente en la cosa misma (materialidad), sino subjetivamente en la apreciación de las partes.

   El error substancial puede entonces, no sólo recaer sobre la substancia de la cosa, sobre su composición, sino cualquiera otra cualidad que es determinante para contratar y que es conocida por las partes sin necesidad de cláusula especial, como la antigüedad o el valor artístico de un objeto.

Se estima por la doctrina mayoritaria, que el error substancial es el que recae sobre las cosas que han sido determinantes en la celebración del contrato. Para Claro Solar la substancia es la cualidad que hace que una cosa sea lo que es. Por su parte, Alessandri sostiene que el problema de substancia se reduce a la materia con que está compuesta la cosa. Las dos doctrinas tienen argumentos a favor: Así, se ha sostenido que Pothier dice que la substancia es la calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, y que esa calidad esencial no tiene porque ser la materia de que se compone la cosa. Por otro lado, nos encontramos que el ejemplo que da el código no está referido a la calidad esencial, sino que a la materia misma de que está compuesta la cosa. Hay que recordar que el Mensaje del CC señala que los ejemplos sirven para ilustrar el verdadero sentido de cada disposición, es decir, la intención del legislador.

Otros señalan que el problema de la substancia no puede limitarse a un aspecto puramente material, y ello porque la concepción del código en materia de actos jurídicos es esencialmente voluntarista. Por consiguiente, el análisis de la substancia debe hacerse en relación con la voluntad y no con la materia de que está hecha la cosa. Indican además, que lo que debe considerarse es la calidad de la cosa que lleva a celebrar el acto jurídico.

Otros afirman que hay que tener en cuenta que la técnica adoptada por el código en esta materia se basa en observaciones objetivas y subjetivas. Afirman que el error substancial se refiere a cualidades esenciales de la cosa, de carácter objetivo que dependen de la naturaleza misma de la cosa y que son conocidos por las partes sin necesidad de una manifestación de voluntad en tal sentido.

Pero nuestra legislación considera también los motivos que haya tenido una de las partes referidas a cualidades no esenciales y que hayan sido conocidas de la contraparte. Se piensa que el código adopta una posición ecléctica, distinguiendo el error substancial de otros errores que también vician el consentimiento, pero separándolos. De tal manera que ese error es substancial cuando aquel recae sobre calidades que tienen una objetividad suficiente que permiten ser conocidos por las partes sin necesidad de una declaración de voluntad expresa en tal sentido. De tal manera que si el error recae sobre otras calidades de la cosa, para que haya vicio del consentimiento es necesario que la contraparte haya sabido que la consideración de esas calidades no esenciales fue lo que llevó a la otra parte a ejecutar el acto o celebrar el contrato. Esa calidad no esencial tiene que haber sido determinante para que la parte que la invoca haya celebrado el acto o contrato, y ello tiene que

haber sido sabido por la contraparte. El art.1454, respecto del error substancial, comprende la concepción objetiva y subjetiva.

En cuanto a la sanción al error substancial como dice el art.1454, el error substancial vicia el consentimiento o voluntad y, por regla general (art. 1682), la sanción será la nulidad relativa del acto o contrato.

iii) Error sobre las calidades accidentales de la cosa sobre que versa el acto o contrato. Son aquellas calidades que ordinariamente son indiferentes para determinar la voluntad o el consentimiento. El inc. segundo del art.1454 dice, "el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte". Esta regla permite entender que el código no ha abandonado la concepción subjetiva. Por regla general, el error sobre las cualidades accidentales no vicia el consentimiento (color, marca, año de fabricación, etc.).

Pero, si una calidad accidental es el principal motivo que induce a una de las partes a contratar, y ese motivo ha sido conocido de la otra parte; y luego, se produce error sobre esa calidad, tal error vicia el consentimiento porque se trata de una cualidad accidental que ha sido elevada a la categoría de esencial y ha sido conocida de la otra parte. Se trata de una calidad determinante. Deben cumplirse dos requisitos para que vicie el consentimiento:

1) que sea motivo principal o determinante del contrato, y

2) que ese motivo haya sido conocido de la otra parte.

En cuanto a la sanción al error accidental: por regla general no vicia el consentimiento, sino cuando es determinante para contratar. En este caso, su sanción será la nulidad relativa (art.1682). El vicio no afecta a la existencia del acto, sino que afecta a la validez, porque en este caso ha existido y se ha manifestado la voluntad, pero el fin que se perseguía con esa manifestación no ha sido alcanzado. Son las concepciones subjetivistas, es decir, aquellas que dan principal importancia a la voluntad, las que determinan que el legislador le de importancia al error sobre las cualidades accidentales. Ello porque, en ciertos casos, son esas cualidades accidentales las que determinan la manifestación de voluntad, es decir, lo que a él le interesan son esas cualidades y no otras; por esa razón es que el código establece que el error en la calidad accidental es vicio cuando esa calidad determina la manifestación de voluntad y ello ha sido conocido por la contraparte. De esta forma el legislador protege la voluntad de la persona y el motivo que lo llevó a manifestar su voluntad.

Pero, si bien es cierto que nuestra legislación acepta en este punto a la teoría subjetivista, no lo hace en forma absoluta y toma algunos resguardos en protección de terceros, porque exige la expresión de esos motivos. Debe tenerse presente que el conocimiento de la calidad de la cosa que ha motivado a una de las partes es condición en los actos jurídicos bilaterales, porque el art.1454 se refiere a éstos y no cabe la menor duda que este artículo está referido a los actos bilaterales: El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

iv) Error acerca de la persona. Dice el art.1455, "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato". Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato. El error debe recaer sobre la identidad física de la persona y no sobre las cualidades físicas de ella (morales, intelectuales, patrimoniales, etc.).

Por regla general el error in persona no vicia el consentimiento. Qué le importa al comerciante que vendió al contado su mercadería que el comprador haya sido Pedro o Juan lo único que le interesa es el pago del precio. Por excepción el error in persona vicia el consentimiento en los contratos "intuito personae", esto es, que la consideración de la persona sea la causa principal del contrato. Pero en estos eventos, La persona con quien erradamente se hubiere contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato. (art.1455 inc.2).

Son particularmente intuito personae los actos jurídicos a título gratuito, que son realizados en relación a la persona, por ejemplo: los contratos de familia matrimonio (error en cuanto a la identidad de la persona del otro cónyuge); en la adopción (respecto a la identidad de la persona del adoptado). En los actos jurídicos onerosos patrimoniales el error in persona no vicia el consentimiento, salvo en aquellos celebrados en consideración a la persona, por ejemplo: el mandato, sociedades colectivas, transacción (art.2456).

La sanción al error in persona: nulidad relativa e indemnización.

1.2.2.1.3 Prueba del error.

Es válido cualquier medio de prueba. El error debe ser excusable, es decir, que quien lo invoca tenga una conducta justificable. El error no debe tener origen en la negligencia propia del que lo invoca. Por principio nadie puede aprovecharse de su torpeza o mala fe.

Problema: Surge una duda con respecto al error en los actos bilaterales, si es necesario que el conocimiento del error en que incurre una parte lo haya tenido la contraparte. Está fuera de discusión el hecho de que en los actos bilaterales basta que una de las partes haya incurrido en el error para que se produzca vicio del consentimiento, esto queda demostrado con el ejemplo que da el inc.1 del art.1454. La duda que se plantea es que si la otra parte debe haber sabido o no que la contraparte estaba incurriendo en un error, sin advertirle ni decirle nada que estaba incurriendo en él. Lo que sucede es que si una parte está actuando con error, y la otra nada dice, estaríamos ante otra figura constitutiva de otro vicio, que es el dolo, y éste es un vicio del consentimiento independiente del error. Por ello, se concluye que no es necesario para que haya error, que la contraparte haya tenido conocimiento de él.

1.2.2.1.4 Error común.

Es el compartido por un número considerable de personas. Su invocación no tiene por objeto la nulidad del acto, sino que permite que el acto se considere válido, a pesar de no estar ajustado a la

ley. Por regla general no se acepta sino en casos excepcionales, donde se aplica la máxima error communis facit jus. Tiene por fundamento el interés social, porque se estima que hay conveniencia de fiarse de las apariencias compartidas por todos o por un grupo de personas. El error común hace derecho donde concurran los siguientes requisitos:

a) debe ser compartida por todas o la mayoría de las personas en la localidad en que el acto se celebra, este es el elemento que le da su fisonomía;

b) debe ser excusable, tener un justo motivo, como cuando se invoca un título con apariencia de legítimo. Es lo que sucede con el funcionario público ilegalmente nombrado por la autoridad competente. En este requisito se encuentra la validez del acto: _la apariencia_ que hace producir efectos jurídicos válidos.

c) debe padecerse el error de buena fe, que es la amparada por la ley, es decir, que quien lo invoque ignore la verdad. (art.706 inc.1).

En nuestra legislación el error común no se consagra en forma general, pero si en forma excepcional, como en los arts. 704 N.4; 1013 en relación con el 1012 N.10; y 2058. En este último caso, el error común, supone que terceros de buena fe han contratado con la sociedad que existiendo de hecho, su contrato de constitución es nulo[27].

1.2.2.2 La fuerza.

Es *la presión física o moral ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarla a ejecutar un acto jurídico*[28].

Señalan los autores que no es la fuerza en sí misma el vicio del consentimiento, sino el miedo que motiva a la celebración del acto que de otra forma no se habría realizado. La fuerza física consiste en el empleo de procedimientos materiales de violencia; por ejemplo, al hombre que se le toma la mano y se le obliga a firmar. La fuerza moral consiste en amenazas o intimidaciones, las que pueden ser al honor, dignidad, prestigio, patrimonio y la persona en sí. Es esta fuerza la que vicia el consentimiento y no la fuerza física en la que no hay consentimiento y, por ende, falta de vicio.

La víctima de la fuerza puede actuar de diversas maneras: no hacerle caso a la amenaza, o bien, movido por el temor ejecuta el acto que se le ordena, y al ejecutarlo efectúa una manifestación real de voluntad, pero sucede que esa voluntad está determinada por el temor. La ley entonces, busca un medio para amparar a esta persona y se le otorga la facultad de pedir la anulación del acto por existir un vicio de la voluntad.

La fuerza como vicio del consentimiento siempre debe provenir del hombre. Así, la situación económica y los hechos de la naturaleza no son constitutivos de fuerza. Se sostiene por un sector de la doctrina que en los casos de los actos en estado de necesidad no hay vicio del consentimiento, porque tal estado no ha sido creado para obtener la manifestación de voluntad; se indica además, que conforme al art.1545, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no habría razón para anular el

[27] Cfr., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T.36, secc. primera, p.286.

[28] ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *"Curso de Derecho Civil"*, cit. p. 364.

contrato invocando el estado de necesidad. Otros autores opinan que si bien el acto ejecutado en estado de necesidad no adolece de vicio del consentimiento, podría obtenerse la declaración de ineficacia o su modificación. Lo anterior, porque si bien es cierto que en este caso hay un vacío en nuestra legislación, ya que en ella no se da una solución concreta, no es menos cierto que reclamada la intervención de un tribunal en forma legal y en materias de su competencia, éste no puede negarse a ejercer su jurisdicción ni aun a pretexto de no haber ley que resuelva el conflicto cometido a su decisión, ya que en éste caso, el juez va a tener que resolverlo conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad; y no hay duda que los principios de equidad pueden llevar a determinar que un acto es ineficaz o que debe ser modificado. No es obstáculo para ello lo que establece el art.1545, ya que ésta disposición razona sobre la base de un contrato que se ha celebrado en circunstancias normales. La otra opinión contrargumenta señalando que el art.1545 no distingue entre estados normales y estados de necesidad y que, por lo tanto, no podría hacerse distinción alguna al respecto. Pero no cabe duda que los principios generales de equidad deben prevalecer en este aspecto y llevar necesariamente a la invalidación de los contratos defectuosos celebrados en tal situación.

1.2.2.2.1 Requisitos para que la fuerza vicie el consentimiento.

1. Debe ser grave: la fuerza debe presentar cierta intensidad, cierta gravedad. La fuerza es grave cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, aspectos que deberá considerar un juez (art.1456). Presunción simplemente legal de gravedad de la fuerza: el inc.1 en su segunda parte, establece una presunción de gravedad de la fuerza, se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta élla, su consorte o algunos de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable o grave. De esto se desprende que la fuerza no sólo es grave cuando infunde temor a una persona de verse ella misma expuesta a un mal, sino también su cónyuge, ascendientes y descendientes. La enumeración hecha en la presunción del art.1456 no obsta para que haya otros casos en que el mal recaiga sobre una persona distinta de las mencionadas, como por ejemplo sobre la novia o un hijo adoptivo del contratante. Pero, en tal caso, quien alegue la fuerza deberá probar que se produjo una impresión fuerte. Si se está dentro de la presunción, tales actos se presumen grave (como presunción legal admiten prueba en contrario), bastando con probar que se amenazó en forma verosímil al contratante con exponerlo a un mal irreparable y grave. Si la amenaza versa sobre personas no enumeradas en el art.1456, el contratante deberá probar que le produjo una impresión fuerte, ya que tales actos no se presumen graves. Según el inc.2, el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento. El temor reverencial es el sólo temor de desagradar a la persona a quien se debe sumisión y respeto.

2. Debe ser injusta o ilegítima: debe ser una fuerza contraria a derecho. La amenaza de ejercer una acción judicial en contra de una persona no será constitutiva de fuerza. Para Claro Solar no hay fuerza cuando se ejerce debidamente un derecho. La amenaza de denunciar un delito respecto a otra persona puede constituir abuso de derecho, es decir, injusta o ilegítima fuerza. Esta fuerza depende de cada caso particular. Hay ciertos casos en que el derecho acepta la utilización de la fuerza, pero por el hecho de ser reconocido por la ley pasan a ser legítimos, como por ejemplo el art.1456 inc.2 que señala que el temor reverencial no es constitutivo de fuerza, no obstante serlo, ya que éste entraba la libre manifestación voluntad.

3. Debe ser determinante: la fuerza debe haberse ejercido con el objeto de obtener la manifestación de voluntad, en términos tales, que de no mediar aquélla, no se habría manifestado la voluntad. Según lo establece el art. 1457 en función de los actos jurídicos bilaterales. Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento.

4. Hay autores que exigen además que la fuerza sea actual. Sin embargo se señala que esta exigencia va implícita en el requisito de gravedad de la fuerza. Que la fuerza sea actual significa que la amenaza tiene que existir al momento de la manifestación de voluntad, aun cuando el mal que ella envuelve haya de realizarse con posterioridad.

Prueba de la fuerza: Corresponde probar la fuerza al que alega su existencia, sin limitación de medios probatorios. Sanción a la fuerza: el acto jurídico adolecerá de nulidad relativa como vicio del consentimiento (arts.1681 y 1682). En el caso del testamento (art.1007) la doctrina cree que la sanción será la nulidad absoluta.

1.2.2.3 El dolo.

El dolo *consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*. (Código Civil, artículo 44 inc. final).

Para referirse al dolo el código, emplea además las expresiones engaño (art.1782 sobre renuncia de los gananciales), mala fe (art.706 sobre error de derecho y art.2468 N.1 a propósito de la acción pauliana revocatoria). En doctrina, dolo es la maquinación fraudulenta destinada a engañar a la víctima, determinándola a celebrar el acto. Se induce a la víctima a incurrir en un error en dicha manifestación de voluntad.

1.2.2.3.1 Clasificación del dolo.

a) Dolo positivo y dolo negativo. Dolo positivo: consiste en un hecho. es el actuar del sujeto manifestado en hechos concretos, con el objeto de obtener la manifestación de voluntad que de otro modo no se habría obtenido; por ejemplo: usurpar un nombre, usar una calidad que no se tiene. Se traduce en una actitud activa del individuo. Dolo negativo, consiste en una abstención. Es el silencio o reticencia para hacer algo que engaña con el objeto de obtener la manifestación de voluntad. El silencio constituye dolo en términos generales, cuando una persona calla estando obligada a hablar por la ley, la costumbre y las circunstancias del caso, y otra persona celebra un acto que no habría celebrado, o lo habría hecho en otras condiciones, si la primera hubiera hablado.

b) Dolo principal y dolo incidental. Dolo principal o determinante, es el que determina o decide a una persona a celebrar un acto jurídico. A no mediar este dolo la persona no habría contratado. Ejemplo: cuando una persona compra un determinado objeto, pidiéndole al vendedor que sea de determinado metal y el vendedor le entrega ese objeto pero de un metal distinto. Dolo incidental, es el que no determina a una persona a celebrar el actos jurídicos, pero si ha concluirlo en distintas condiciones que en las que habría concluido, generalmente menos onerosas si las maniobras dolosas no hubieran existido.

1.2.2.3.2 Aplicación del dolo.

i) Dolo vicio del consentimiento: se presenta en la celebración del actos y contratos. Debe ser anterior a la ejecución del acto jurídico, es decir, “ab initio”.

ii) Dolo fraude: tiene lugar en la ejecución de los contratos, en que obra como agravante de la responsabilidad del deudor, el cual se vale de procedimientos ilícitos para burlar al acreedor en el cumplimiento de las obligaciones. El art.1558 contempla el caso del dolo fraude, esto es, como agravante de la responsabilidad civil del deudor.

iii) Dolo en la responsabilidad civil extracontractual: en este caso el dolo, se contempla como elemento del delito civil que da origen a una indemnización de perjuicios; por ejemplo: El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito (art.2314). En este caso, el delito puede ser civil. Ver además los arts. 2317 y 2284 del CC.

1.2.2.3.3 Elementos del Dolo.

Debe existir intención de causar perjuicios, manifestada en hechos concretos o en el silencio o reticencia; y que deberán ser objeto de prueba. En esta intención hay cierto grado de elasticidad para calificar si los hechos o maquinaciones son constitutivos de dolo, esto porque hay maquinaciones que no constituyen dolo (dolo bueno). Será elemento del dolo la sola intención de causar perjuicios, o se requiere que los perjuicios sean provocados efectivamente. En el dolo vicio basta la sola intención, por lo que no se requiere la materialización del perjuicio. En cambio, en el dolo contractual y extracontractual, debe haberse causado un perjuicio efectivo, no bastando la mera intención.

1.2.2.3.4 Requisitos para que el dolo vicie el consentimiento.

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos, el dolo da lugar solo a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo hayan fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta ocurrencia del provecho que han reportado del dolo. (art.1458).

a) Debe ser obra de una de las partes: el dolo de terceros no vicia el consentimiento. Tampoco hay vicio en el dolo incidental obra de una de las partes. La sanción para el dolo que no constituye vicio será la prevista en el inc.2 del art.1458: indemnización de perjuicios.

b) Debe ser principal o determinante, es decir, cuando aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

1.2.2.3.5 Sanción al dolo vicio del consentimiento.

Según lo prescrito en los arts.1681 y 1682 la sanción será la nulidad relativa. El dolo incidental no vicia el consentimiento y tampoco lo vicia aquel que no es obra de una de las partes en los actos bilaterales. En doctrina se plantea el siguiente problema: Podría el contratante víctima del dolo pedir además de la nulidad del acto jurídico, la indemnización de perjuicios. Según algunos autores se podría por las siguientes razones:

1.- El art.1458 inc.2 dice que: En los demás casos el dolo da lugar solamente a la indemnización de perjuicios por lo que el contratante tendría contemplada además de la nulidad relativa del acto, la indemnización de perjuicios (inc.1).

2.- Se argumenta además, que todo dolo es un delito civil, y según lo establece el art.2314, el que ha cometido un delito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización.

1.2.2.3.6 El dolo en los actos jurídicos unilaterales.

El art.1458 sólo se refiere al dolo obra de una de las partes. Según se desprende de diversas disposiciones, el dolo vicia la voluntad cuando es principal o determinante, siendo indiferente que las maniobras dolosas sean obra del que se beneficia con el acto o de un tercero. Tratándose de los actos jurídicos unilaterales, el único requisito para que el dolo vicie la voluntad es que sea determinante.

1.2.2.3.7 El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley.

La ley presume la buena fe de los contratantes y no la mala fe. Sólo en casos excepcionales la ley presume la mala fe; por ejemplo en los arts. 706 inc. final y 968 Nº5 en materia de indignidades para suceder. En los demás casos, el dolo debe probarse por quien lo alega. Al respecto, no hay límite de los medios de prueba.

Esto es así porque el dolo tiene un carácter excepcional, por eso la parte que alega que su voluntad se encuentra viciada por un dolo, va a tener que probar los elementos de éste y sus caracteres, sobre ella recaerá la prueba sobre las maquinaciones fraudulentas, intención de hacer daño y los perjuicios que le produjo, y si es un acto bilateral, deberá probar que es obra de una de las partes, y además, que sin él no habría contratado. Esta regla del art.1450 está en plena armonía con el art.707.

1.2.2.3.8 El dolo no puede condonarse o renunciarse anticipadamente.

La maquinación existente en el dolo justifica que la ley no permita a los contratantes condonar o perdonar anticipadamente el dolo futuro en virtud de una cláusula especial. Se ve en esto, una norma de orden público, y como tal irrenunciable. Así, por ejemplo, no se puede estipular en un contrato que si la otra parte de cumplirlo dolosamente, no podrá ejercerse acción en su contra; tal cláusula sería nula por adolecer de objeto ilícito (art.1465 en relación con los arts. 10, 1466 y 1682). Al contrario, los efectos del dolo, como derechos particulares pueden renunciarse (art.12). Así, el dolo sólo puede condonarse una vez cometido o conocido por la otra parte. Por eso, el art. 1465

dispone que El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale.

1.2.2.4 La lesión.

El art.1451 no consagra la lesión como vicio del consentimiento. Según la doctrina, la lesión es el detrimento patrimonial que una parte experimenta cuando, en un contrato conmutativo, recibe de la otra un valor inferior al de la prestación que suministra. El perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores de las prestaciones de un contratante y otro, la cual debe ser notoria. La figura de la lesión sólo tiene cabida en los contratos patrimoniales onerosos conmutativos, ya que en ellos el beneficio o pérdida se puede determinar de inmediato, excluyéndose por tanto los contratos, onerosos, aleatorios, gratuitos y de familia.

La lesión en el derecho distingue:

a) Concepción subjetiva: Algunos autores consideran que la lesión se funda en una presunción de vicio del consentimiento, porque, afirman, quien sufre lesión con el acto que celebra o ejecuta es por presión de la circunstancias, circunstancias que de no mediar, habrían determinado que el contratante que sufre el detrimento patrimonial no habría contratado, o lo habría hecho en condiciones no tan desventajosas. Sostienen algunos autores que en la lesión el contratante resulta perjudicado por un vicio que afecta su voluntad que no es distinto de otros vicios del consentimiento, o es porque celebró el contrato sin darse cuenta (por error), o por temor o miedo (fuerza), o porque fue engañado por maquinaciones o artificios de carácter dudoso (dolo).

b) Concepción objetiva: Otros sostienen que la lesión es un simple vicio objetivo, en que sólo basta probar o acreditar el desequilibrio o la desproporción matemática de las prestaciones haciendo abstracción de las causas que han motivado la manifestación de voluntad, esto es, si ha habido o no vicio del consentimiento.

Quien alegue la concepción subjetiva debe probar que la voluntad esté viciada, en cambio, el que alega la concepción objetiva solo debe probar el desequilibrio de las prestaciones. El reconocimiento de la figura de la lesión es la introducción del principio moralizador en las relaciones jurídicas.

1.2.2.4.1 La lesión en la legislación chilena.

Para aseverar que nuestra legislación considera a la lesión como vicio objetivo, los autores se apoyan en las siguientes razones:

a) La historia de la ley: el Proyecto de 1853, en su art.1629, enumera a la lesión entre los vicios del consentimiento; su posterior supresión estaría demostrando la intención del legislador de no considerarla entre estos vicios.

b) No es de aplicación general: ya que el CC señala los casos determinados en que se admite: 1) Compraventa (arts. 1889 y 1890); 2) Permuta (art. 1900), 3) Aceptación de una asignación hereditaria (art. 1234), 4) Partición de bienes (art. 1348), 5)

Mutuo (art.2206 en relación con el art.8 de la ley 18010), 6) La anticresis (art. 2443), y 7) Cláusula penal (art. 1544).

c) La naturaleza de la sanción: la sanción a los vicios del consentimiento es la nulidad del acto; tratándose de la lesión en cambio, la sanción es variada y tiende a evitar el perjuicio de la parte lesionada. En la lesión hay una acción rescisoria, pero de naturaleza especial, puesto que no produce la nulidad.

d) Se agrega que en nuestra legislación se considera a la lesión como vicio objetivo porque sólo basta demostrar la desproporción.

1.2.2.4.2 Sanción a la lesión.

Concluyendo se debe apuntar a que la sanción de la lesión no es siempre la misma. A veces, puede comportar la nulidad del acto, de la cual puede librarse el ganancioso, en ciertos casos, completando la prestación deficiente en los términos señalados por la ley, cual ocurre en la compraventa (art. 1890). En otras ocasiones la sanción de la lesión es reducir la estipulación lesiva a términos razonables, como sucede en el mutuo y en la cláusula penal. En general, puede decirse que la sanción de la lesión es la nulidad del acto en que incide o la reducción de la proporción de las prestaciones[29].

ANEXO II: **Comunicado de prensa del 6 junio de 2001. Presentado en la conferencia los Teléfonos Móviles y Salud - Los Últimos Desarrollos, Londres el 6-7 de junio de 2001.**

Estudio Sueco del riesgo de tumores cerebrales por el uso de los teléfonos celulares e inalámbricos

El fondo:

El sustena del teléfono celular aanalógico se introdujo en Suecia en 1981, operando a 450 MHz, y en 1986 empezaron los de 900 MHz, (cerrados en 2000). El sistema digital (GSM) empezó en 1991 y es ahora el el tipo del teléfono móvil más común en Suecia. Los primeros teléfonos inalámbricos estaban disponibles en Suecia en 1988. La exposición a microondas por el uso de los teléfonos celulares ha sido discutida durante los últimos años como un potencial factor de riesgo en los tumores cerebrales. Nuestro primer estudio indicó un aumento del riesgo para los tumores cerebrales en el área más expuesta del cerebro. Ahora hemos realizado un estudio más extensso.

Los métodos:

Incluimos en el estudio a 1 617 pacientes de edad entre 20-80 años de ambos sexos con tumor del cerebro diagnosticados durante el periodo 1997 - al 30 de junio del 2000. Estaban

[29] Sobre las tendencias de las legislaciones modernas en cuanto a la lesión, cfr., por todos, ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *"Curso de Derecho Civil"*, cit. p. 364.

vivos en el momento del estudio y la histopatología verificó el tumor del cerebro. Un grupo de control par cada caso se seleccionó del El Registro Sueco de Población . El área del estudio furon las regiones médicas de Uppsala-Örebro, Stockholm, Linköping y Göteborg de Suecia. La exposición fue evaluado por una encuesta que fue contestada por 1.429 (88%) de los casos y por 1.470 (91%) del grupo control.

Los resultados:

En el uso del total de teléfonos celulares analógicos dio un aumento de riesgo en la proporción de (OR)=1.26, 95%, intervalo de confianza (CI)=1.02-1.56.

Con un período de inducción del tumour de más de 10 años este riesgo aumentó más, con una proporción del OR=1.77, CI=1.09-2.86. No se encontró una clara asociación para los teléfonos digitales o inalámbricos. Con respecto al área anatómica del tumor y la exposición a las microondas, el riesgo se aumentó para tumores localizados en el área temporal del mismo lado del cerebro en el que se usó el teléfono durante las llamadas. Para los teléfonos celulares analógicos la proporción calculada fue OR=2.50, CI=1.28-4.88. Con respecto a los tipos de tumores diferentes, el del riesgo más alto se encontró para el neurinoma acústico con OR=3.27, CI=1.67-6.43, entre los usuarios del teléfonos celulares analógicos, pero un aumento de riesgo para otros tipos de tumores no se podría extrapolar.

Conclusión:

Este estudio mostró un riesgo incremmentado para los tumores del cerebro entre los usuarios de teléfonos celulares analógicos. Ninguna asociación clara se encontró en el uso de teléfonos celulares digitales o de los teléfonos inalámbricos, pero es necesario hacer una observación durante un tiempo más largo para descartar un aumento del riesgo con este tipo de teléfonos.

El grupo de estudio:

- Lennart Hardell, MD, PhD, Profesor, Departamento de Oncología, Örebro Centro Médico, S-701 85 Örebro y Departamento de ciencias naturales, Universidad de Örebro, S-701 82 Örebro, Suecia (el investigador principal) Correo electrónico: lennart.hardell@orebtoll.se Phone +46 19 602 10 00 (Para más la información)
- Kjell Hansson Mild, PhD, Profesor, National Institute for Working Life, S-907 13 Umeå y Departamento de ciencias naturales, la Universidad de Örebro, S-701 82 Örebro, Suecia (responsable de los aspectos técnicos) El Correo electrónico: mild@niwl.se. Telefono +46 70 5916885 (Para más información)
- Arne Hallquist, MD, PhD, el Departamento de Oncology/Pathology, Karolinska Institute, Radiumhemmet, S-171 76 Stockholm (participó en todos los aspectos de el estudio)
- Michael Carlberg, MSc, el Departamento de Oncología, Örebro el Centro Médico, S-701 85 Örebro (responsable de los cálculos estadísticos)
- Anneli Påhlson, MD, el Departamento de Neurología, Örebro el Centro Médico, S-701 85 Örebro (evaluó todos los datos de histopatología y de radiología)

- Anders Lilja, MD, PhD, el Profesor Asociado, Departamento de Neurorradiología, Karolinska Institute, S-112 35 Stockholm (responsable de la valoración de los datos de radiología)
- Iréne Larsson, ayudante de la Investigación, el Departamento de Oncología, Örebro Medical, Centre, S-701 85 Örebro (coordinadora del estudio)
- Louis Slesin, PhD, Editor, Microwave News Un Informe de la Radiación de No-Ionizante Teléfono: 212-517-2800; Fax: 212-734-0316 Correo electrónico: <mwn@pobox.com>, Internet: <www.microwavenews.com> Correo: PO Box 1799, Grand Central Station Nueva York, NY 10163, E.E.U.U.

POR TANTO, los diputados que suscriben vienen en someter a la consideración de este Honorable Congreso Nacional el siguiente proyecto de ley:

Título I
De la autorización de instalación, sus requisitos y causas de ineficacia.

Artículo 1º. Todos los proyectos de telefonía móvil que involucren la instalación de antenas base o repetidoras, deberán cumplir con las exigencias del artículo 10 de la ley Nº19.300 y deberán cumplir las normas aplicables a éstos como condición previa.

Artículo 2º. Una vez cumplida la condición previa establecida precedentemente y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24 A de la ley Nº 18.168, para la instalación de las antenas correspondientes a Telefonía Móvil se requerirá de un permiso otorgado por la autoridad competente, la cual deberá pronunciarse en el lapso señalado en el inciso segundo. En su decisión deberá considerar factores como la ubicación específica de la antena y su cercanía con sectores poblacionales y la existencia de otras antenas de igual o similares características. En ningún caso podrá conceder este permiso cuando la Dirección de Obras Municipales lo hubiere denegado, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Título II
De las causas de ineficacia.

Artículo 3. Los actos por los cuales se realizan instalaciones que no se ajusten a los requisitos establecidos en la presente ley serán nulos de pleno derecho y no podrán ser saneados.

Tratándose de contratos vigentes para la instalación de antenas de telefonía móvil, en que no se hubiere expresado la voluntad real de las personas naturales o jurídicas

llamadas a prestar su consentimiento, o aquellos en que la voluntad estuviera viciada en razón de error obstáculo, fuerza, dolo o lesión, serán nulos de pleno derecho y no podrán ser saneados.

Corresponderá fiscalizar el cumplimiento a las Direcciones de Obras Municipales, las que podrán imponer multas de 5000 a 15000 UTM, por no efectuar la desinstalación respectiva.

Título III
De la publicidad

Artículo 4º. Todo equipo de comunicación telefónica móvil, sea nacional, importado, o cualquiera su denominación, así como, toda acción publicitaria referida a este tipo de comunicaciones, cualquiera sea la forma o el medio en que se realice, deberá contener una advertencia clara y precisa acerca de los riesgos que, para la salud, implica su utilización en los términos que fije el reglamento.

Además, en el aparato, deberá indicarse detallada y claramente los niveles de radiación del aparato confrontándolo con los niveles sugeridos y permitidos, señalando también las cantidades.

Título IV
De la copropiedad inmobiliaria.

Artículo 5°. Para que los contratos a los que se refiere esta ley, celebrados entre copropietarios y las empresas de telefonía móvil, tengan pleno efecto jurídico, se necesitará para su perfeccionamiento, de la anuencia unánime de los copropietarios.

* * * * * * * *