

CORTE SUPREMA, 20 DE SEPTIEMBRE, 2004

“Banco de Crédito e Inversiones con Palma Lobos Víctor y Otra”

Recurso de Casación en el Fondo

MATERIA: El examen de una tesis sobre la figura del acto propio, a efectos de determinar si ella logra una configuración adecuada a la interpretación institucional del Derecho, es decir, si presenta suficientes lineamientos técnicos la figura, así como una adecuada incardinación con otras.

DISPOSICIONES APLICABLES: art. 98 L. 18.902, art. 2503 n° 1 CC., art. 55 inc. 2, art. 83 y art. 464 n° 17 CPC.

DOCTRINA: El deudor ejecutado no puede alegar un incidente de nulidad de la notificación y de todo lo obrado, y alegar, luego, la excepción de prescripción de la deuda, respecto de un pagaré con cláusula de aceleración facultativa. La Segunda alegación implica ir en

contra de un acto propio, pues es contradictorio pedir, por un lado, la nulidad de todo lo obrado, lo que incluye la aceleración hecha valer en la demanda y, por otro, aprovecharse de la aceleración hecha valer por el demandante. No es lícito hacer valer un derecho o pretensión en contradicción con la anterior conducta de la misma persona, y siempre que este cambio de conducta importe un perjuicio contra otro, o sea contrario a la ley, las buenas costumbres o la buena fe. En virtud de la figura del acto propio primarán las consecuencias de la primera conducta y se rechazará la pretensión que se invoca y que implica el cambio de conducta no aceptado.

FUENTE: Gaceta Jurídica, N° 291, 2004, pp. 118 a 120.

Comentario:

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO
“VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”.
 UN CASO DE VULGARISMO JURÍDICO

EDUARDO GANDULFO R.*

1. El problema del vulgarismo jurídico, según los historiadores del Derecho, es una situación que afecta la calidad técnica del Derecho. Ahora bien, si consideramos que el Derecho es un producto interpretativo y esta interpretación se expresa en tesis o teorías jurídicas, entonces el vulgarismo afecta la calidad de las tesis o teorías jurídicas. El sentido de la afectación se refiere a la falta de precisión de las teorías, en los diversos niveles y componentes de estas, en vistas a la estabilidad y previsibilidad en el desarrollo de las relaciones y situaciones de los ciudadanos en la vida jurídica.

A través de diversas épocas y contextos, para una diversidad bastante informe de problemas, se ha echado mano de ciertas fórmulas vagas; figuras sin fronteras o líneas

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Especialista en Argumentación Jurídica, Universitat d'Alacant.

definidas. Tal ausencia de contornos puede ocurrir en dos contextos: uno general y otro particular¹. En el contexto general —que versa sobre la justificación de las instituciones o figuras—, el interés o valor protegido aparece difuso, con escaso desarrollo de la fundamentación de la figura; esta tiende a superponerse con otras instituciones o razones de mayor carácter técnico y mejor fundamentadas, ampliando en alguna medida, los supuestos operativos de las normas y redundando en ciertas consecuencias jurídicas sin mayor justificación. En el contexto particular, estas figuras se extienden a una variedad informe de casos, sin mayor control o en que no hay un serio sopesamiento de las razones que contribuyen a ordenar el Derecho. No obstante, debo precisar, muchas instituciones importantes se han originado en este proceso, así como también muchas injusticias, por lo que para analizarlas es indispensable desarrollarlas y criticarlas, tanto en un contexto general como particular.

2. En nuestro caso, lo que pasaremos a analizar es, precisamente, la utilización de una figura en un contexto de aplicación de manera indiscriminada, bajo lo que llamaré la “*Teoría Expansiva del Acto Propio*”. El caso fue el siguiente: Se extendió un pagaré con cláusula de aceleración facultativa, y se demandó ejecutivamente ante la falta de pago, haciendo valer la cláusula. Se notificó la demanda. Luego, el deudor/ejecutado pidió la nulidad de todo lo obrado, por adolecer de un vicio la notificación de la demanda, a lo que se le dio lugar, quedando firme dicha resolución. Estando emplazado *ipso iure* el ejecutado, interpuso la excepción de prescripción, pues habría transcurrido más del año de prescripción del pagaré hasta que fue notificada la demanda. La Corte Suprema, en casación, rechazó la oposición a la ejecución vía excepción de prescripción, porque esta sería “contradictoria” con la alegación de nulidad del emplazamiento y de todo lo obrado en un proceso. Agrega la Corte que el ejecutado no puede desconocer el tiempo intermedio, y que al entrar en tal contradicción perjudica al acreedor. Ello se “expresa en la forma latina *venire cum factum non valet*, lo que implica que no es lícito hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la anterior conducta de la misma persona, y siempre que este cambio de conducta o comportamiento importe un perjuicio en contra de otro, o sea contrario a la ley, las buenas costumbres o la buena fe” (consid. 4°). La Corte consideró que al pedirse “la nulidad de todo lo obrado de autos”, quedó sin valor la aceleración hecha valer por el acreedor, sin mayor argumento. El fallo fue redactado por René Abeliuk M.).

3. Lo que pretendo mostrar aquí es que tal como fue formulado el principio carece de contornos definidos o precisos, en cuanto a lo que son los supuestos de operatividad de las consecuencias jurídicas. Y ello a causa de que no existe un razonamiento suficiente, acerca de la fundamentación del principio, lo que mostrará que la “tesis expansiva” está mal diseñada de base. Es por todo ello que termina superponiéndose con otras instituciones técnicamente bien fundamentadas, como la interrupción de la

¹ Para la diferencia entre ambos contextos vid. GANDULFO E., “La Validez en los Contextos de Fundamentación y de Aplicación”, en *Revista de Ciencias Sociales. John Rawls Estudios en su Memoria*, 47 (2002), pp. 513 y ss. GÜNTHER, K., “Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica, en *Doxa*”, 17-18 (1995), pp. 279 y ss., trad. J.C. Velasco.

prescripción y la teoría de la validez de las normas procesales, a las que termina desplazando. Es así que la teoría expansiva del acto propio termina siendo un grave atentado a un pilar del Derecho: la certeza jurídica, entendida como lo que se sabe y espera en el caso particular del Derecho. No voy a exponer una teoría completa del acto propio, sino aspectos relevantes al tema en discusión.

Creo que para enfocar este tema debe partirse con una pregunta: ¿Por qué no se puede ir en contra de los actos o conductas propias? Y la podemos complementar con lo siguiente: ¿No es que acaso la Constitución respeta la autonomía individual, en orden a dirigir nuestra conducta en cualquier sentido que deseemos? Ciertamente que sí, pero si nuestros actos son dañinos para un tercero y en protección del valor de la autonomía –dirá el lector–, entonces el Derecho no amparará tal conducta. Tenéis razón, mas yo puedo tener una conducta que perjudique a otro, pero la misma autonomía que protege al tercero, me tutela para efectos de que si yo realizo un acto lícito o protegido por el Derecho, y el tercero por su propia incapacidad resulta perjudicado, entonces mi conducta no resulte en el caso particular reprobada por el Derecho. No protege el Derecho contra la propia estupidez. Pero bien puedes argumentar, que en el caso que discutimos del *venire*, no estamos hablando de una conducta cualquiera; lo que toca un buen punto.

Efectivamente, el Derecho en virtud de la autonomía individual, no protege de la propia tontería. Sin embargo, supone que todos los individuos somos agentes racionales –cuestión en que se fundamenta nuestra autonomía. Así, señala John Rawls que, como agentes racionales, una de nuestras características es construir planes de vida, tomando en cuenta *expectativas razonables*, respecto de necesidades y exigencias futuras hasta donde podamos preverlas. Es decir, actuamos racionalizando nuestra vida, en base a razones, cualquiera que éstas sean. Esto significa que en Derecho, se nos debe considerar como individuos capaces de dirigir nuestra propia vida, en alguna medida. ¿De dónde obtenemos esas expectativas que juegan, como razones? La respuesta de Rawls es apelando al contexto de los individuos: el juzgamiento para actuar, el individuo lo hace a partir de su posición actual en la sociedad y las condiciones normales de una vida humana². Y aquí tenemos una buena base para que el principio no justifique demasiado –esto es, que no haga cosas que no queremos que haga–, ni muy poco –infrajustificación de casos–, en otras palabras, que no incluya cualquier caso y que no deje fuera casos que intuitiva y justificadamente necesiten de protección.

Creo que esto pone en contacto y llena de contenido las ideas de la buena fe, como la de las buenas costumbres, de la siguiente manera. Los individuos no se desenvuelven en la nada, sino que lo hacen en un determinado contexto social, a veces, más grande para unos y, otras, más pequeño o particularizado para otros. Sin embargo, de ese determinado contexto se extraen las informaciones necesarias, para la toma de decisiones en la vida. Por ejemplo, dos personas acuerdan traspasarse una determinada cantidad de bienes, a cambio de una cierta cantidad de dinero. Insertos en el tráfico negocial, ese

² J. RAWLS, ambas citas de *Prioridad de lo Justo e Ideas del Bien*, en *Liberalismo Político*, pp. 173 y 174, FCE., trad. S. Madero.

acuerdo tendrá conexión, quizá, con otro acuerdo de uno de ellos para la entrega de esos bienes a un tercero, a cambio de otra cantidad de dinero, y que eso podrá cubrir determinadas necesidades, que son esperables que él tenga. Algo muy normal para el hombre común. De la enorme variedad de expectativas que existen en cada individuo, el legislador selecciona algunas clases, y las estabiliza y garantiza a través de normas específicas, a modo de paradigma. Esas expectativas no son unas cualesquiera, sino que responden o son consecuentes con los principios jurídicos del ordenamiento, que les hace tener el carácter de *legítimas*. Sin embargo, hay otras que no quedan específicamente mencionadas por el legislador, como la gigantesca variedad de circunstancias de tipo extracontractual o de contratos no típicos, sino que más bien deja que tengan solución vía la globalidad del ordenamiento jurídico. Esto es, a través del trabajo conjunto de juristas, abogados, jueces y la administración pública, que van desarrollando el Derecho tanto en la generalidad, como en la particularidad.

De ahí la difícil tarea de calificar los diversos casos, no expresamente regulados por el legislador, pero que no son indiferentes para el Derecho. Dicha tarea se cumple a través de la construcción de modelos de diverso grado de generalidad, a los cuales los juristas llaman instituciones y figuras. Se formulan y desarrollan principios jurídicos aplicables a los casos; como decía Portalis, para hacer una aplicación sabia y razonada de los casos particulares de la ley, se debe “estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata”³. A través de ese desarrollo, se ordenan y tipifican las diversas circunstancias. Es en él que sopesamos la importancia o trascendencia de las expectativas para la vida de los individuos, a efectos de hacer posible su vida como personas autónomas, y dichas expectativas por su conexión con los principios jurídicos tienen el calificativo de legítimas (sin perjuicio de que puedan perderlo en el caso particular).

Y aquí encontramos esa sensibilidad hacia el contexto del individuo; contexto al cual los antiguos llamaban “*buenas costumbres*”. Esto es, un *cierto estado de cosas* y una *cierta dinámica de los eventos*, como *conjunto*, ante los cuales los individuos se enfrentan para vivir diariamente. En la interacción social, se refiere a las *conductas* que tienen los otros con respecto a uno, desplegadas sobre el paño de un cierto estado de cosas –fáctico o jurídico–, que en cada decisión te *van abriendo o cerrando posibilidades de actuación* (dejaré de lado el problema de la univocidad de la conducta). Y, en buena medida, sobre la base de ello podemos tomar o no esas posibilidades, con otras consecuencias en las que algunas podrán ser predecibles y otras no, algunas serán beneficiosas, como otras perjudiciales.

La decisión de creer en ciertas expectativas y no otras, depende del análisis del destinatario de la información. No obstante, la forma y velocidad de la interacción social hace que sea razonable no andar sometiendo al *mismo* examen de contrastación, todas las expectativas que se nos presenten. Algunas veces, el buen juicio nos exigirá un duro examen, como otras, uno más blando e incluso ínfimo, todo basado en la *confianza*

³ J.E.M. PORTALIS, *Discurso Preliminar del Código Civil Francés*, pár. LXIV, p. 45, Edeval, trad. M. de Rivacoba.

hacia el otro. En efecto, como dice Neil MacCormick, esta confianza no solo nos lleva a formar expectativas respecto de otros, sino también a basar nuestra propia conducta en ellas; así, únicamente se puede defraudar a aquellos en que se tiene razones para confiar⁴. Pero esta confianza puede generarse con razones más o menos fundadas y reales. La posición que ocupen los involucrados, así como el contexto que rodea la información, entregará las razones para juzgar su mérito. La confianza así sopesada, se convierte, en nuestra conducta, en algo razonable, en buena medida, para el desenvolvimiento social⁵. Y por esta razonabilidad de la medida de la confianza, ella se convierte en un valor que debe ser protegido. La lealtad en las conductas de todos para con terceros se vuelve un valor que necesariamente se complementa tanto con la confianza como con las expectativas.

Ahora bien, es posible –como dije– utilizar la conducta propia, para generar una determinada expectativa en terceros, en particular o en general. Entonces, a ese tercero se le abren ciertas posibilidades, que no tenía factibilidad de realizar en cierto grado. Por supuesto que el contexto, indicará si ellas son meramente precarias, como cuando se trata de una autorización por mera tolerancia; o también es posible que se trate de un mero consejo o entrega de una información, ambas tan solo informalmente; o bien cuando del contexto jurídico tenemos una razón de orden público que hace entender al acto como provisorio. El tercero puede tomar las expectativas y optar por esa vía, realizando planes en torno a ella e invirtiendo esfuerzos en estos planes. Es decir, sobre la base de la expectativa creada, se da un proceso de previsión. Pero la apertura de dicha posibilidad puede depender, por el momento, todavía de quien se la abrió. En tal caso, siendo algo más o menos estable, y sabiendo o no menos que debiendo saber tal situación, quien abrió tal expectativa al tercero, no puede con su conducta ir en contra de ella. Ello porque con su conducta sorprende y traiciona las expectativas de este tercero, y lo perjudicaría en su nueva posición.

Es esa la justificación que se halla completamente ausente en el razonamiento de la Corte. De hecho, la mención hacia la buena fe y las buenas costumbres aparece totalmente vacua, *sin desarrollo de hipótesis*, por lo que no se determinan sus consecuencias para el caso, *ni*, por tanto, *la clase de contorno o dominio de casos* que en la especie importen. Tan solo está presente, por un lado y en lo que nos interesa, la idea de cambio de conducta, que en sí mismo, como vimos, no es antijurídico, sino que debe justificarse causalmente su antijuridicidad, y, por otra parte, el del perjuicio que debe estar conectado causalmente con el cambio de expectativas (hasta aquí *grosso modo*).

Y en esto L. Díez-Picazo y M.F. Ekdahl coinciden, pues el quiebre de la confianza respecto de una situación generada por un tercero, es lo que está a la base de esta

⁴ D.N. MACCORMICK, *Obligaciones Voluntarias*, en *Derecho Legal y Social Democracia*, pp. 158, 159 y 166, Tecnos, trad. L. González.

⁵ CH. FRIED, sostiene que cuando “mi creencia en que otra persona me asistirá activamente deriva de mi convicción de que hará lo que es correcto (no solo lo que es prudente), entonces confío en ella, y esa confianza es una herramienta poderosa para desarrollar nuestras mutuas voluntades en el mundo”. *La Obligación Contractual. El Contrato como Promesa*, p. 20, Edit. Jurídica, trad. P. Ruiz-Tagle.

institución. Así, señalan que todo aquel que suscita una expectativa seria de conducta futura, debe ser consecuente con la expectativa suscitada⁶. Asimismo, Ch. Fried sostiene, en materia de *estoppel*, que si se “crea una expectativa para que otra persona actúe conforme a ella, es una especie de trampa” alegar posteriormente que la actuación de la otra persona a quien indujo a actuar así, constituiría una violación de los derechos de usted⁷.

Siendo así las cosas, la teoría expansiva que ha sostenido en este fallo la Corte Suprema, no ofrece ningún dique de contención —ni siquiera frente a situaciones en que hay negligencia en la conducta del tercero—, pues la teoría no es capaz de contener las consecuencias del principio del *venire*, respecto de situaciones absolutamente lícitas.

4. En los procesos jurisdiccionales, también es indispensable la mantención del principio de la buena fe y la exigencia de la lealtad de las conductas. Las figuras de la congruencia procesal y, en alguna medida, la de la preclusión⁸, también buscan proteger la lealtad en el debate y la protección de las expectativas de la defensa procesal (que protege la Constitución en el art. 19 N° 3 inc. 2), indispensable para que exista un “debido proceso”. En este contexto, en donde se juegan los bienes más preciosos para el ciudadano, su vida, libertad o patrimonio, el Derecho es más riguroso con el tema del debate y las expectativas. Y uno de los elementos fundamentales del debido proceso es la inviolabilidad de la defensa procesal. En efecto, una de las normas básicas del racional y justo procedimiento, que consagra el art. 19 N° 3 inc. 5 CPR., es que este sea precisamente “racional”, es decir, que en él se actúe en base a razones que sean posibles de reconstruir y fijar sus expectativas por cualquier agente racional, en particular, el demandante, el demandado o el acusado.

Esta fijación de las expectativas procesales, permite que cualquiera que sea parte o imputado de un proceso, pueda *intervenir en él de manera eficaz*, a los efectos de *poder influir en el contenido final de la sentencia definitiva*⁹. Ahora bien, esa fijación de expectativas se logra, por ejemplo, mediante la congruencia procesal, es decir, que si alguien es, vgr., imputado por un delito, sea ese mismo *hecho punible específico* por el cual sea

⁶ L. DÍEZ-PICAZO, pp. 142, 215 y 216, *La Doctrina de los Propios Actos. Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch: “La Prohibición de ‘venire contra factum’ es, ante todo, un dique contra la veleidad y contra los cambios de parecer nocivos para terceros. El cambio de parecer, el cambio de actitud no es amparado en cuanto supone una contravención a la buena fe del tráfico y una lesión a las disposiciones que los terceros han podido adoptar, sobre la base de la confianza que en ellos haya podido suscitar la actitud de la persona”. M.F. Ekdahl, *La Doctrina de los Actos Propios*, pp. 70, 71, 111 y 115, Edit. Jurídica.

⁷ CH. FRIED, *op. cit.*, p. 184.

⁸ En contra respecto de la figura de la preclusión, L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 180 a 182.

⁹ E. GANDULFO: “El elemento básico de la defensa procesal es, en nuestra opinión, que los que tengan un interés legítimo en el fallo, por la razón de que se verán afectados por la resolución que se adopte, podrán intervenir para influir en la formación de la decisión del juicio de la causa particular. La determinación del interés para poder gozar del derecho en concreto, se realiza en base a la titularidad de los bienes jurídicos, vgr., orden público, la libertad, etc., que efectivamente están en juego en el proceso. Las ideas de posibilidad de intervención e influencia hacen girar toda la amplia estructura del derecho de defensa”. “Principios del Derecho Procesal Penal en el Nuevo Sistema de Procedimiento Chileno”, en *Revista de Derecho*, UCV., 20 (1999), pp. 450 y 451.

juzgado y sentenciado, y no se pueda alterar o cambiar los hechos. Así, también, la limitación del contenido de lo propiamente discutido, por ejemplo, en la demanda ejecutiva, forma parte de la lealtad en la discusión, para efectos de no sorprender a otro litigante diligente, con un escrito de sobre marcha que contenga una alegación de una norma o calificación, respecto de la cual ese otro no preparó defensa en el momento procesal oportuno.

En el caso examinado, la Corte sostuvo que, si se alegó la nulidad de todo lo obrado por falta de notificación, entonces no se puede alegar la prescripción de toda la deuda, cuando se ha hecho valer la cláusula de aceleración en la demanda ejecutiva. ¿Contradice aquello, las expectativas de conducta de las partes, entendidas sobre un cierto trasfondo jurídico y social? ¿En el contexto del proceso, esa sola conducta debe interpretarse como una renuncia del demandado a la cláusula, tomando en consideración la ley?

Lo primero que debemos tener presente para comprender correctamente las consecuencias jurídicas de las acciones en el proceso, es el contexto o trasfondo jurídico en que se desenvuelven. Este es un proceso, y, luego, que en este se discute la prescripción en el fondo.

Desechada las teorías sobre el Proceso y la Jurisdicción como un cuasicontrato o de resolución de conflictos, asimismo también se ha desechado que el proceso se formaría con la “traba de la litis”. El proceso tiene más bien como objetivo resolver *problemas jurídicos* para el tráfico, poniendo certeza en la situación (G. Chioyenda y P. Calamandrei, dirían para la sustitución de la actividad de parte, cuando esta no puede resolverla por sí misma) y *no necesariamente conflictos jurídicos* (concepto mucho más estrecho). De ahí que podemos tener ya un proceso, sin la notificación ni emplazamiento, porque esta solo viene exigida a título de debido proceso y defensa procesal. De hecho, tenemos ejercicio de jurisdicción al proveer la demanda, como primer acto del proceso, e incluso —como señalaba E. Wiegand— una sentencia definitiva ejecutiva con el despáchese, que resuelve el fondo de la pretensión demandada, en materias como la ventilada en el caso particular de la sentencia¹⁰. Y a más, está la posibilidad de la tipicidad de un posible delito de denegación de justicia, cuando la demanda no sea tomada en cuenta para nada por el juez, es decir, cuando no se ejerza jurisdicción ni siquiera para ser proveída.

Pues bien, si la figura de la “traba de la litis” no juega ningún papel, siendo reemplazada por la garantía defensa y la idea de emplazamiento, entonces tenemos proceso antes de la notificación. De esta manera, cuando un demandado pide “la nulidad de todo lo obrado”, en verdad no está pidiendo, ni puede pedir, lo que sus palabras aisladamente parecerían dar a entender, sino que deben comprenderse en el contexto procesal debido: esto es, que está pidiendo la nulidad de todo lo que se obró desde la

¹⁰ WEIGAND FRÖDDEN, E., *El Concepto del Procedimiento Ejecutivo en Nuestra Legislación*, en *Anales de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2 (1955), pp. 41 a 43 y 54 a 58. Así, también, R. TAVOLARI, “¿Puede Invocarse como Título ejecutivo en contra del Tercer Poseedor de la Finca Hipotecada, La Sentencia Dictada contra el Deudor Personal en un Juicio Ejecutivo?”, en *Tribunales Jurisdicción y Proceso*, pp. 93 a 96, Edit. Jurídica.

notificación en adelante, y no del proceso completo. En efecto, mantienen vigente el proceso y se mantienen vigentes ellas: tanto la demanda, como la resolución, que en el caso fue el despáchese y el mandamiento; suficiente como para que exista jurisdicción y proceso.

Es por ello que no es válido el argumento de la Corte de que “no solo pidieron la nulidad de la notificación, sino que además la “de todo lo obrado en autos”, lo que debe entenderse como que “impugnaron la aceleración” y que “así lo habría resuelto el tribunal incluyendo, por ende, la aceleración producida” (considerando 3°).

Es más, la Corte olvidó un apartado legal que es base de toda la *institución de la nulidad procesal*, el art. 83 del CPC., que señala expresa y tajantemente en su inciso final que: “La declaración de nulidad de un acto no importa la nulidad de todo lo obrado”; y que se llama la vigencia “extensiva de la nulidad”. Dentro de la triada presupuesto-requisito-condición, los dos primeros son los que ante su ausencia producen la nulidad o invalidez, y que son circunstancias previas o coetáneas al acto, mientras que el tercero solo es condición de eficacia, por lo que una vez que se cumple la condición es eficaz el acto. Bajo tal supuesto es que el legislador ha ordenado, complementando la vigencia extensiva de la nulidad, que cuando se la declara –la invalidez–: “El tribunal deberá establecer *precisamente* cuáles *actos quedan nulos* en razón de su *conexión con el acto anulado*”.

Esto significa que el órgano jurisdiccional debe identificar, para qué actos del proceso dicha notificación es presupuesto o requisito, de validez y para cuáles no. Es decir, no todo acto futuro o coetáneo con el acto anulado será anulado consecuentemente, sino solo aquellos actos que específicamente guarden esa conexión aludida, el resto no. Como dice J. Salas Vivaldi, esta advertencia del legislador “parece obvia, ya que nadie desconoce que existen actos aislados del proceso que por su naturaleza no sirven de base a otros”¹¹. Y R. Tavolari concluye, siguiendo a E. Vescovi: “¿Hasta dónde llega, este efecto invalidativo?... la nulidad del acto produce la nulidad de los actos subsiguientes. Este fenómeno de ‘nulidad en cascada’ es propio del Derecho Procesal”¹². Por lo que, como se ve, la vigencia de la nulidad nunca es retrotrayéndose hacia los actos antecedentes del acto viciado. Si se mira desde la perspectiva de las expectativas de la defensa, la notificación no contribuye a fijar el sentido o contenido de la demanda, por lo que no afecta la formación de las expectativas de defensa en tal sentido. En cambio, la notificación sí interviene en las expectativas y la estrategia de defensa, en el sentido de que permite conocer el contenido de la pretensión y desde ella se cuenta el plazo para hacer valer la oposición a ella.

Es tomando en consideración todo lo anterior, entonces, que debemos concluir que mal el juez del caso *sub lite* podría haber anulado *todo el proceso*, al punto de tener que volver a tener que presentar una nueva demanda el ejecutante y necesitarse de un nuevo despáchese. De hecho, el supuesto contrario es en el que se basó la operatividad

¹¹ J. SALAS VIVALDI, *Los Incidentes y en Especial el de la Nulidad Procesal*, N° 44, p. 102, Edit. Jurídica.

¹² R. TAVOLARI, *Nuevo Régimen de la Nulidad Procesal Penal*, en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 218, Edeval.

de la notificación ficta del art. 55 inc. 2 del CPC., que nadie impugnó y que estaba firme. Es por eso que no es ajustado a la realidad lo aseverado por la Corte, en orden a que “así lo resolvió el tribunal [la nulidad] incluyendo, por ende, la aceleración producida”. Cuando la aceleración se contiene en una demanda y se impugna la notificación, esta clase de actos como antecedente de la notificación, no puede jamás ser anulado, por impedirlo así la Ley.

5. Sin embargo, aún podría volver a preguntarse, si es incompatible la nulidad con la prescripción, como peticiones incompatibles.

La nulidad procesal como figura técnica, responde al principio de la inviolabilidad de la defensa procesal y del debido proceso. En efecto, ella tiene por supuesto la noción clave del perjuicio. Es así que incluso en materia de casación, el legislador procesal establece el límite de que “si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente *no ha sufrido un perjuicio* solo reparable con la invalidación”, no es procedente la invalidación (art. 768 inc. 3 CPC.). Y en el caso en que la ley prevé la nulidad expresamente, es porque hace una previsión abstracta del perjuicio posible, en consideración con la importancia de la clase de situaciones involucradas¹³. De todas formas, la ley expresamente establece que siempre que exista un vicio que irroge a una de las partes un *perjuicio*, es procedente la nulidad, según el art. 83 inc. 1 CPC. Y, es más, el vicio puede ser convalidado.

Así, el vicio que impacta en el proceso, se trata de uno que oblitera el adecuado ejercicio de la defensa procesal. Afecta a las expectativas que se arman o captan, razonablemente, los agentes del proceso para influenciar el resultado final de la sentencia. De tal manera, la Ley Procesal contempla la nulidad procesal para el caso que examinamos de la notificación, pues si falla en algún aspecto el acto de comunicación, mal se pueden formar las expectativas sobre el contenido concreto de la demanda, o bien el tiempo normal de trabajo de preparación de la defensa puede verse reducido. Ese claro diferencial de la situación estándar que prescribe el legislador, es suficiente para menoscabar *prima facie* la actividad de defensa normal. Por tanto, lo que pretende el legislador con la posibilidad de ejercicio de este medio de impugnación, es dejar *indemne procesalmente* hablando a quien lo utilice. Y si es acogido, esa indemnidad implica dejarlo en una situación de no haber sufrido menoscabo procesal alguno.

Si la resolución judicial lo deja como si no hubiese sufrido menoscabo procesal alguno, entonces habrá que revisar cuál sería la posición en que estaría si no hubiese ocurrido tal perjuicio, para efectos de revisar las legítimas expectativas procesales y ver la supuesta incompatibilidad con la excepción de prescripción.

La tesis expansiva ha pasado a llevar aquí un punto crucial, la “validez de las resoluciones judiciales”. Este tema lo voy a dividir en dos, pues, por un lado, esta tesis

¹³ Creo que eso no es óbice a que pueda en un caso particular considerarse como no procedente la nulidad, por falta específica de perjuicio, por concurrencia de otros principios en colisión. R. TAVOLARI señala que “nunca puede haber nulidad si no hay perjuicio y las causales de nulidad procesal absoluta no son sino propuestas de casos en los que, normalmente, se produce el señalado perjuicio lo que no impide que si se comprueba la falta de perjuicio no se pueda declarar la nulidad” en “Reflexiones Actuales sobre la Nulidad Procesal”, en RDJ., 91 (1994) 1, p. 11.

desconoce el punto anteriormente expuesto y, por otro, también lleva, en virtud de la condición de consecuencia, a negar incluso la validez de estas resoluciones, con lo que constituye una *reductio ad absurdum*.

Primero: Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, al discurrir en el contexto de aplicación, no es que no agreguen ninguna cosa nueva al sistema o solo sean una simple repetición. La aplicación no es una cuestión meramente mecánica o repetitiva, se trata más bien de una parte del proceso de determinación del Derecho en el *caso particular*, el cual, como ha señalado K. Günther, F. Atria o yo mismo¹⁴, al contener diferencias y elementos que no están o no se visualizan en el contexto general y abstracto, deben descubrirse y manejarse en el contexto particular. El órgano jurisdiccional, como órgano de aplicación, se desenvuelve en el contexto particular y está llamado a poner certeza y seguridad en el caso particular. Esta declaración de certeza que contiene toda resolución judicial, como señalara Kelsen, es una novedad en el ordenamiento normativo, y en virtud de su fuerza obligatoria, pone un cierto estado de cosas, normativamente hablando, en nuestra clase de casos: que se ha producido un perjuicio a los demandados y que se le deja indemne del perjuicio. Y tal resolución de nulidad procesal, al generar este nuevo estado de cosas normativo, hace *tabula rasa* hacia atrás y genera con su certeza un nuevo orden y nuevas expectativas de actuación, a las cuales las partes deben ajustar sus conductas procesales. Ese nuevo orden se trata de que no va a tener valor o consideración jurídica lo obrado en el proceso desde que lo mande la resolución (art. 83 inciso final CPC.). Y las nuevas expectativas es que el plazo de defensa y de todo el curso procesal post-notificación de demanda, se contarán desde la notificación de la resolución que falló la nulidad (art. 55 inc. 2 CPC.).

La teoría expansiva al señalar que no puede el ejecutado obviar lo actuado anteriormente a la nulidad, muestra que está pasando por encima de la validez de la resolución judicial. En efecto, al carecer de la idea de la expectativa legítima, con la implicancia de evaluación del contexto, no ha sido capaz de dar cuenta del estado de cosas que crean las resoluciones jurisdiccionales, como si en definitiva, la *resolución judicial no fuese capaz de producir en el caso, el estado de cosas que pretende regular o crear*, esto es, que *no tendría suficiente validez como para regir el destino del proceso*, pues no sería capaz de generar el estado de indemnidad, ya que le obstruye el ejercicio de una excepción de prescripción, de la cual, si realmente no hubiese sufrido perjuicio alguno, gozaría sin ningún tipo de problemas. Y ello nos revela algo más: que si la nulidad significa indemnizar o dejar indemne a alguien procesalmente hablando, y si es que alguien, sin haber sufrido el menoscabo de su defensa, le hubiese sido legítimo presentar la excepción de prescripción, entonces eso significa que la nulidad procesal como la excepción de prescripción, son compatibles y no contradictorias (independientemente de su mérito de fondo).

Creo que este razonamiento sobre la compatibilidad, tiene corroboración en los enunciados legales. Lo que se necesita encontrar es una norma que correlacione ambas

¹⁴ K. GUNTHER, *op. cit.*, pp. 279 y ss. F. Atria, *Las Circunstancias de la Derrotabilidad*, en *Revista de Ciencias Sociales. Sobre el Razonamiento Jurídico*, 45 (2000), pp. 449 y ss. E. Gandulfo, *La Validez*, pp. 513 y ss.

situaciones: prescripción e invalidez procesal de la notificación. El Código Civil al regular la prescripción, prescribe el mecanismo de bloqueo de la prescripción: la “interrupción”. De tal manera, debe entenderse que cuando no hay interrupción, y sí lapso cumplido, hay prescripción, y viceversa. Precisamente, A. Bello al construir el sistema de la prescripción, destinó un artículo especialmente al desbloqueo de la prescripción; es decir, respecto de cuándo ella es procedente. El art. 2503 N° 1 del CC. prescribe que no es procedente la interrupción –siendo así admisible la prescripción–, cuando “*la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal*”. Si la notificación de la demanda no ha sido hecha de forma legal, entonces de acuerdo al sistema legal, ha causado un perjuicio a la defensa procesal (*ceteris paribus*) y, de acuerdo con las normas procesales, ella debe ser privada de valor mediante la nulidad procesal y todo lo que sea su consecuencia. Por tanto, ordenando las cosas, de acuerdo al Derecho vigente, si hay una demanda no notificada en forma legal, la notificación debe ser anulada. Si es anulada, entonces no hay interrupción, y si hay lapso cumplido, entonces la prescripción es completamente procedente y admisible *ex post* de la nulidad procesal. De ahí, tenemos que la tesis expansiva, en un desarrollo consecuente de sus postulados, llega a negar el funcionamiento normal de la institución de la interrupción de la prescripción, al no poder dar cuenta de ella y estar en contradicción con los supuestos normativos de aplicación que contempla el art. 2503 n° 1 CC. para hacer procedente el desbloqueo de la prescripción; mostrando, de esta guisa, su imperfección técnica y desastrosas consecuencias en la aplicación de ella.

Segundo: Pero también puede llevar a consecuencias absurdas si nos extendemos a otras materias para alegar la teoría expansiva del acto propio. Al carecer de esta compleja idea de las expectativas legítimas, así como de su formación, la teoría expansiva se desborda sin límites ni control. Tómese el siguiente caso: Se reclama de nulidad de una notificación y el tribunal no da a lugar a esta. Después de la fecha de notificación y antes de la petición de nulidad, queda en vigencia una legislación, irretroactiva a la notificación que permite el arraigo en materia de menores. Un tribunal por descuido dicta un arraigo y se acciona de amparo constitucional en contra de él, por clara ilegalidad de la medida (no estar contemplada en la ley vigente). La teoría expansiva podría decir con todo Derecho, a raíz de su falta de limitación, que como se pidió la nulidad de la notificación, se pediría o se implicaría así que se hiciese aplicable la legislación postrema. Y aquí la cosa ya no se entiende. Porque entra a negar por completo la validez de la resolución jurisdiccional que puso certeza en el asunto, y fijó un cierto estado de cosas normativamente hablando. Por un lado, se diría, sí hay una resolución que dispondría el valor de la notificación, pero, por otro, y para efectos *ad hoc* la notificación no tendría valor al mismo tiempo, sino que habría un régimen en el caso como si se hubiese anulado la notificación. Así, las expectativas generadas por la resolución serían borradas de un plumazo por la teoría expansiva, que señalaría a la Corte que no tuviese en cuenta la resolución que se encuentre firme.

6. Hasta aquí mis argumentos en relación con la tesis del acto propio y la sentencia en comento. Cosa distinta es la que se podría razonar en torno al problema de la calificación de si del acto que produce la aceleración es recepticio o no; como las

posiciones contradictorias de R. Tavolari y J. Baraona¹⁵. Pero en ese evento, ya ingresaríamos al interior de otra figura que no es la del acto propio, con otros lineamientos técnicos, así como de otras consecuencias y clases de argumentos.

CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la teoría expansiva termina traicionando las legítimas expectativas de los ciudadanos, pasa a llevar figuras técnicamente fundamentadas y delineadas como la operatividad de la notificación ficta, la regulación de la interrupción de la prescripción y la validez de las resoluciones jurisdiccionales, y desplaza la discusión sobre la figura de la aceleración –más adecuada al caso–, lo que muestra claramente la refutación de dicha tesis. De allí que sea necesario, en respeto de la certeza jurídica de los ciudadanos, una tesis diversa que sea capaz de atender con integridad a las necesidades jurídicas en los casos particulares que se presenten, para mitigar las aprensiones que alguna vez expresó el juez Learned Hand, en orden a que “si fuera litigante, temería a un pleito por sobre casi todas las demás cosas, salvo la enfermedad y la muerte”¹⁶.

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2005
Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2005

¹⁵ TAVOLARI, R., “De la Aceleración, la Interrupción de la Prescripción de la Acción Ejecutiva y la Doctrina de los Actos Propios en el Proceso”, en *Gaceta Jurídica*, 188 (1996), pp. 95 y 96. BARAONA, J., “La Exigibilidad de las Obligaciones: Noción y Principales Presupuestos”, en *Revista Chilena de Derecho*, 24 (1997) 3, pp. 510 a 516 y “La Facultad del Acreedor de Declarar el Vencimiento Anticipado de una Obligación, Contenida en una Cláusula de Aceleración: su Naturaleza Jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2001) 1, p. 163.

¹⁶ HAND, L., “The Deficiencies of Trials to Reach the Heart of the Matter, en 3 Lectures on Legal Topics”, (1926), citado por FRANK, J. *Derecho e Incertidumbre*, p. 27 (Centro Editor de América Latina) trad. C. Bidegain.