

MATERIAL COMPLEMENTARIO F-1
(Págs. 78 a 82)

**LAS FACULTADES DEL DERECHO DE DOMINIO. ¿ES LA FACULTAD DE
DISPOSICIÓN DE LA ESENCIA DE LA PROPIEDAD?**

Textos Legales Principales:

Código Civil, artículo 582:

El dominio (que se llama también propiedad), es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno.....

Ver también artículos 751, 1464 N°3 y 2931.

Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces de fecha 24 de Junio de 1857:

Art. 53 Pueden inscribirse:

..... 3° Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestros, litigio, etc.

Doctrina: (1) Alessandri, Arturo y Somarriva, *Manuel: Curso de Derecho Civil*, Tomo II, *Los bienes*, Editorial Nascimento, Santiago, 1957, pág. 161 y ss.: Renunciabilidad de la facultad de disposición.

“Principio de la libertad de disposición:

El principio de la libertad de disposición forma parte de un principio de orden público, el de la libertad de comercio y constituye la regla general en nuestro Derecho. Aparece consagrado en diversos preceptos del Código Civil.

Así, está prohibida la constitución de dos o más fideicomisos o usufructos sucesivos (artículos 745 y 769) precisamente porque entraba la disposición de la cosa; se tiene por no escrita la cláusula de no enajenar la cosa legada, siempre que la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero (Art. 1126), el pacto de no enajenar la cosa arrendada sólo tiene el alcance de facultar al arrendatario para permanecer en el arriendo hasta su terminación natural (Art. 1964); no vale en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada, ni otro alguno que imponga al censuario más cargas que las expresadas en la ley (Art. 2031); no obstante cualquiera estipulación en contrario, el dueño de los bienes gravados con hipoteca puede siempre enajenarlos o hipotecarlos (Art. 2415).

Sin embargo, en algunos casos el legislador autoriza las prohibiciones de enajenar. Así, el constituyente de la propiedad fiduciaria puede prohibir la enajenación de ella entre vivos (Art. 751), lo mismo que el donante de la cosa donada entre vivos (Art. 1432); el constituyente de un usufructo puede prohibir al usufructuario arrendar o ceder su usufructo (Art. 793, inciso 3°). Pero estas excepciones son de alcance limitado; no autorizan una prohibición absoluta y perpetua de enajenar.

Prohibiciones de enajenar establecidas por la sola voluntad humana. Cuando, como en materia de propiedad fiduciaria, la ley reconoce al hombre la facultad de prohibir la enajenación de una cosa, es evidente la plena validez de la prohibición impuesta por el autor o las partes de un acto jurídico. El problema surge en los casos en que no hay autorización expresa del legislador. ¿Puede el hombre, por su sola voluntad, imponer la prohibición de enajenar?

En la práctica, son frecuentes las cláusulas contractuales de no enajenar. Por ejemplo, se estipula que el comprador (a pesar de adquirir por tradición el pleno dominio) no podrá enajenar, por determinado tiempo, el predio adquirido sin el consentimiento o autorización del vendedor.

El valor de las cláusulas de no enajenar establecidas por la sola voluntad del hombre es discutido.

Doctrina en favor de la validez de la cláusula. Invoca varias razones:

1.- Si en derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe, siempre se podrá establecer con eficacia una cláusula de no enajenar, a menos que una disposición expresa lo prohíba, en determinado caso, y tal disposición, con carácter general, no existe respecto de las cláusulas contractuales.

2.- El hecho de que el legislador prohíba en casos expresos la cláusula de no enajenar (Artículos 1964, 2031, 2415), demuestra que la regla general es la libertad para establecerla.

3.- El dueño puede desprenderse de todas las facultades del dominio, como ocurre cuando transfiere este derecho; por tanto, conforme al adagio “quien puede lo más, puede lo menos”, con mayor razón puede renunciar al ejercicio de una sola facultad: la de disponer.

4.- La legislación chilena reconoce implícitamente la validez de las cláusulas convencionales de no enajenar. En efecto, el decreto con fuerza de ley llamado “Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces” estatuye que puede inscribirse “todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal, judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar”. (Art. 53, N°3).

Sanción a la inobservancia de la cláusula. Los partidarios de la validez de la cláusula de no enajenar están divididos en cuanto a este punto. Si Primus se compromete con Secundus a no enajenar el inmueble que adquirió de éste y más tarde, con menosprecio del pacto, enajena el bien raíz ¿qué efectos produce la cláusula?

A juicio de algunos, ésta equivale al embargo ordenado por el juez y, consecuentemente, el acto en que se enajena la cosa contrariando la prohibición convencional, sería nulo por ilicitud del objeto, conforme al N°3 del artículo 1464 del Código Civil.

En opinión de otros, no se puede hablar de nulidad, porque esta sanción la señala la ley para las infracciones a sus textos y no para las violaciones de los pactos de las partes. La cláusula de no enajenar constituye simplemente una obligación de no hacer, y su incumplimiento trae la resolución del contrato en que se encuentra incorporada la cláusula.

Doctrina que niega valor a la cláusula.

1.- Según ella, el Mensaje y diversas disposiciones del Código consagran la libre circulación de los bienes como una regla de orden público que, en cuanto tal, no puede ser alterada por la sola voluntad de los particulares. Únicamente el legislador puede establecer las excepciones que no comprometen seriamente esa regla; en consecuencia, cuando las partes acuerdan una cláusula de no enajenación no autorizada expresamente por la ley, la cláusula no produce ningún efecto; es nula y se mira como no escrita.

2.- Si libremente se pudieran pactar las cláusulas de no enajenar, el legislador no habría tenido para que autorizarlas en determinados casos.

3.- Tales cláusulas se oponen a diferentes textos del Código Civil, sobretodo a los artículos 582 y 1810. El primero señala la característica del dominio que permite disponer arbitrariamente de la cosa; y el segundo estatuye que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la ley.

4.- El artículo 53 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces se limita a permitir una inscripción, sin señalarle efecto alguno. En todo caso, es una disposición reglamentaria, que no puede prevalecer contra normas de la ley y del espíritu de ella manifestado en su historia fidedigna.

Concluye esta doctrina, que la cláusula de no enajenar adolece de nulidad absoluta por recaer sobre un objeto ilícito, cual es impedir la libre circulación de los bienes.¹²

Doctrina que reconoce valor a las cláusulas de no enajenar relativas. Siguiendo el derrotero marcado por la jurisprudencia francesa, algunos de nuestros autores aceptan las cláusulas de no enajenar relativas, esto es, aquellas que no imponen una prohibición perpetua o de largo tiempo y que se justifican por un interés legítimo. En dichos casos, la temporalidad de la cláusula no embarazaría la libre circulación de los bienes que trata de garantizar la ley, y el móvil que lleva a imponerla demostraría que no se persigue dar carácter inalienable a un bien, sino resguardar un interés legítimo. Así sucede cuando se dona a un pródigo un inmueble con prohibición de enajenar o se lega una cosa declarándose que el legatario no podrá enajenarla a fin de asegurar el servicio de una renta vitalicia a favor de una tercera persona.

¹² En este sentido: Luis Vicuña Suárez – “De la facultad de enajenar y de su prohibición impuesta en el contrato”, Valparaíso, 1928, pág. 203 y 204.

La prohibición relativa a enajenar no estaría, pues, en pugna con el principio de la libre circulación de los bienes. Y en pro de la admisibilidad de tal cláusula se agrega un argumento de texto, el artículo 1126 del Código Civil, que dice: “Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita”. A contrario sensu, se deduciría que si se lega una cosa, prohibiéndose su enajenación y ésta comprometiére derechos de terceros, la cláusula valdría, sería eficaz ante la ley. Y este principio, concluyen los partidarios de la cláusula relativa, no debe circunscribirse a los legados, porque el Art. 1126 trasluce una concepción jurídica general contenida en la legislación: la validez de la cláusula de no enajenar relativa, o sea, la que contiene una prohibición temporal y basada en un interés legítimo, como ocurre cuando se comprometen derechos de terceros.

Sanción de la cláusula. ¿Cuál es la sanción de la prohibición voluntaria y relativa de enajenar? Si el adquirente con esta cláusula no la respeta y vende o dona la cosa, ¿en qué sanción incurre? En la de indemnizar los perjuicios si no puede deshacerse de lo hecho; se produce el efecto de una obligación de no hacer (Art. 1555, porque éste sería el carácter de la cláusula de no enajenar. Y si se trata de un contrato bilateral, aplicase el artículo 1489; se resuelve el contrato que contiene la prohibición voluntaria por incumplimiento de las obligaciones contraídas, con indemnización de perjuicios.

El acto realizado por el infractor de la cláusula con el tercero queda perfectamente válido, porque esta cláusula es una obligación personal que no influye sino en las relaciones entre las partes que la estipularon y no sobre el acto; por la misma razón es inoponible a los terceros. Claro que el tercer adquirente de mala fe, que conocía la cláusula, puede verse obligado a devolver la cosa, pero no porque sea nulo el acto celebrado con el infractor de la cláusula, sino en virtud de la resolución del contrato que imponía la prohibición de enajenar y la consiguiente reivindicación.”

Doctrina (2): Claro Solar, *Luis, Tratado de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo VI, págs. 339 y ss.: Renunciabilidad de la Facultad de Disposición.

“La facultad de enajenar es de la esencia misma de la propiedad. Sería, por lo tanto, nula en principio toda convención por la cual un propietario renunciara a la facultad de disponer de sus bienes de un modo absoluto. Lo sería también toda disposición testamentaria en que el testador retirara a su heredero o legatario la libre disposición de los bienes asignados. El Art. 1810 aplica este principio al declarar que “pueden venderse todas las cosas corporales e incorporales, cuya enajenación no está prohibida por la ley”, lo que equivale a decir que únicamente la ley puede prohibir la enajenación de determinadas cosas corporales o incorporales. Igual fundamento tiene la disposición del Art. 2031 que declara sin valor en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada; y la disposición del Art. 1126, según la cual “si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiese ningún derecho de terceros, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita”.

Sólo excepcionalmente la ley permite establecer la prohibición de enajenar entre vivos en la constitución de una propiedad fiduciaria, a que se refiere el Art. 751, y en las donaciones entre vivos, según lo expresa el Art. 1432. Estas excepciones que, por lo demás, no autorizan una prohibición absoluta y perpetua de enajenar, confirman la regla que consagra el Art. 582. En efecto, nuestro Código Civil siguiendo los preceptos de

las Constituciones de 1828 y 1833, no aceptó los mayorazgos y vinculaciones, con prohibición perpetua de enajenar, ni los fideicomisos y usufructos sucesivos de la antigua legislación española que regían en Chile. Al ocuparnos del fideicomiso tendremos ocasión de decir algo sobre ellos.

Para los autores franceses que han escrito sobre esta materia, que es discutida en la jurisprudencia, el verdadero principio de solución que domina se halla contenido en la definición misma del derecho de propiedad dada por el Art. 544 del Código de Napoleón, “el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”. “Ya se trate de transferencia contractual a título oneroso o de disposición a título gratuito, dice Huc, la propiedad, cuya suerte está arreglada, es y permanece siempre la misma: es el derecho de disponer de las cosas de la manera más absoluta. Tal es la esencia del derecho de propiedad individual y no es posible a la voluntad humana alterarla en lo más mínimo”. “La facultad de enajenar es de orden público, dicen Aubry y Rau. El propietario no puede, en principio, renunciar a ella por convención; y la prohibición de enajenar impuesta por el donante o testador al donatario o legatario, no es, en general eficaz”. “El Derecho de propiedad, tal cual el Código Civil lo estableció, dice Laurent, es de orden público en el sentido estricto de la palabra.....la propiedad no puede ser declarada inalienable, cuando las leyes no autorizan esta derogación a un principio que, siendo de interés general, cae por lo mismo bajo la aplicación del principio de que no puede derogarse, por convenciones particulares, a las leyes que interesan al orden público..... hay que decir otro tanto de los actos de última voluntad. Baudry-Lacantinerir y Chauveau se pronuncian también en contra de toda prohibición de enajenar convencional porque la libre circulación de los bienes es una regla de orden e interés públicos; y estiman aún muy dudoso que el testador pueda válidamente prohibir, aunque sea por cierto tiempo solamente, a su legatario o a su heredero la libre disposición de sus bienes.

La jurisprudencia francesa, sin embargo, a pesar de que en sus primeros fallos se pronunció por esta opinión, se ha venido manifestando inclinada a aceptar la validez de las cláusulas de inalienabilidad, con tal que concurren dos condiciones: que se justifiquen en el hecho por un interés legítimo y que no sean estipuladas a perpetuidad ni por un tiempo indeterminado. El interés legítimo exigido en sus fallos puede ser el interés del que enajena, o el de un tercero, o el del adquirente mismo, cuyo derecho se quiere restringir. Por ejemplo, en una venta con pacto de retroventa, el vendedor, para facilidad del ejercicio de su derecho, introduce en el contrato una cláusula que prohíbe al comprador enajenar la cosa hasta la expiración del plazo de la retroventa. O bien, un testador lega un inmueble, con carga de servir el legatario una renta vitalicia a una tercera persona y para seguridad de este servicio estipula que el legatario no tendrá el derecho de enajenar. O, un testador, desconfiándose de las tendencias del legatario o la prodigalidad, le prohíbe la enajenación del inmueble legado. La exclusión de las cláusulas de inalienabilidad perpetua, o por tiempo indeterminado, o por un largo plazo, se explica por la condición precedente; pero los tribunales se manifiestan vacilantes sobre la duración de la prohibición. Colin y Capitant se inclinan a aceptar esta doctrina y aún la sanción de la nulidad de la enajenación, caso de faltar a la prohibición; Huc y Planiol, Ripert y Picard la rechazan como contraria al principio de la libre disposición de los bienes. Estos últimos agregan, sin embargo, refiriéndose a los fundamentos dados por los tribunales en sus últimos fallos, de que puede haber un interés particular y serio en la supresión de la facultad de enajenar: “Cualquiera que sea la opinión que se

tenga sobre el valor de este argumento y sobre el peligro que existe de substituir en semejante materia la apreciación arbitraria de los jueces a un principio fundado en una razón permanente, es preciso reconocer que se está en presencia de una jurisprudencia firmemente establecida y cuyos resultados prácticos pueden ser en el conjunto aprobados”. No creemos que esta doctrina pueda tener cabida en las disposiciones de nuestro Código Civil y los preceptos constitucionales que lo informan”.

Jurisprudencia: Corte de Apelaciones San Miguel, 15 de Abril de 1998 García Alonso, Gabriel:

Conociendo del recurso de apelación.

La Corte

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, y se tiene además presente:

Primero : Que lo que corresponde resolver en la presente gestión, radica principalmente en el valor y efectos que corresponde asignar a una prohibición de celebrar actos o contratos respecto de un bien raíz, contenida en un contrato, que es un acto jurídico que puede ser inscrito en el Conservador de Bienes Raíces, como lo señala el Art. 53 N°3 del Reglamento del Registro Conservatorio, y si en virtud de encontrarse inscrito este impedimento o prohibición convencional, el Conservador puede negarse a practicar la inscripción de un contrato en que se transfiera el dominio del inmueble, es decir, de un título de aquellos que el artículo 52 N° 1 del mismo Reglamento ordena que deban ser inscritos;

Segundo : Que las cláusulas de prohibición de gravar y enajenar, emanen de un contrato o acuerdo de voluntades entre el dueño don Maximiliano García Mueller y el Banco de Osorno y La Unión, y que como toda convención que impone una obligación de no hacer, su incumplimiento se encuentra sancionado en el artículo 1555 del Código Civil, es decir, da lugar a la indemnización de los perjuicios consiguientes;

Tercero : Que por otro lado, del certificado de hipotecas y gravámenes que rola a fs. 1, se desprende que las prohibiciones de gravar y enajenar son cláusulas accesorias de contratos en los que se constituyeron primera y segunda hipoteca a favor del Banco de Osorno y La Unión, y como lo dispone el artículo 2415 del Código Civil, el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre, es decir, en todo caso, enajenarlos e hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario, de esta manera las demás estipulaciones que se hubieren convenido entre el dueño del bien raíz hipotecado y el titular de este derecho real de garantía, en caso alguno pueden privar al primero de la facultad de enajenar el bien o constituir nuevas hipotecas;

Cuarto : Que la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente no aceptan que estas prohibiciones contractuales puedan limitar la facultad de disponer inherente al derecho de dominio y excluir prácticamente los bienes sobre los que recaen del comercio humano, por cuanto con ello se contrarían normas de orden público como son las del artículo 1464 del código Civil que determina cuáles bienes no son susceptibles de enajenaciones;

Quinto : Que el acto jurídico cuya inscripción ha sido denegada es un contrato legalmente celebrado y no se encuentra en ninguna de las situaciones que señalan los artículos 13 y 14 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, por lo que solamente cabe concluir que ha debido inscribirse con arreglo al artículo 52 N°1 del mismo Reglamento, y que la negativa a practicar tal inscripción ha sido injustificada.

Y por estas consideraciones, y con arreglo al artículo 822 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de dos de enero del año recién pasado, escrita a fs. 15 y 16, y en su reemplazo se resuelve que se acoge lo pedido en lo principal de fs. 2 y se declara que el señor Conservador de Bienes Raíces de Talagante procederá a inscribir el contrato de suscripción de acciones, dación de pago, cesión y transferencia, celebrado por escritura pública de 8 de octubre de 1996 ante el Notario de Santiago don Eduardo Pinto Peralta que en copia autorizada rola a fs. 2.

Redacción del Ministro don Hernán Matus V.

Hernán Matus V., Carlos Künsemuller L., Santiago Santa Cruz F.

PREGUNTAS:

¿Cuáles son los hechos del caso?

¿Cuáles son las alternativas para calificar jurídicamente la cláusula y que efectos se siguen de ella?

¿Consideraría Ud. que una sanción posible para el caso de infracción de la cláusula de no enajenar podría ser la nulidad absoluta del acto que la contraviene?