

LA CLÁUSULA DE NO ENAJENAR

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau*

SUMARIO: I. CRITERIOS DOCTRINARIOS. II. ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO QUE RECONOCEN EFICACIA A LA CLÁUSULA. III. ARTÍCULOS DEL CÓDIGO QUE LE NIEGAN EFICACIA. IV. VALIDEZ RELATIVA DE LA CLÁUSULA. V. SANCIÓN POR INFRACCIÓN DE LA CLÁUSULA. VI. VALOR DE LA CLÁUSULA EN EL CONTRATO DE HIPOTECA. VII. ACTITUD DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES ANTE LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE UN TÍTULO TRASLATIVO QUE INFRINGE UNA PROHIBICIÓN LÍCITA INSCRITA.

I.- CRITERIOS DOCTRINARIOS.

La validez de la prohibición voluntaria de enajenar, también conocida en la práctica como “cláusula de no enajenar”¹, tanto en Chile como en el extranjero, constituye una antigua discusión doctrinaria².

* Abogado, magíster en economía y gestión para abogados (MEGA) de la Universidad Gabriela Mistral (Santiago de Chile), profesor de Derecho Civil y de Derecho Inmobiliario, y socio supernumerario de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral.

¹ La expresión “enajenar” la tomamos en su sentido amplio, es decir, no sólo como transferencia del dominio, sino también como constitución de otros derechos reales. En resumen, nos estamos refiriendo a lo que también se conoce como “prohibición de gravar y enajenar”.

² Ruperto Pinochet Olave comenta que “en nuestro país Claro Solar parece ser el primer autor que se refiere al tema de las cláusulas de no enajenar aunque, como hemos señalado, el problema corresponde a una cuestión antigua en el Derecho, que tiene un antecedente directo e inmediato en los comentaristas franceses del Código Civil de 1804” (Pinochet Olave, Ruperto; Sobre la validez de la cláusula de no enajenar: un enfoque actual”; homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo; editado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Valparaíso – Chile; en prensa). Luis Claro Solar, en principio, consideraba nula la cláusula.

Entre nosotros ello no resulta extraño, por cuanto el Código Civil no sólo no resuelve expresamente el problema, sino que, además, contiene algunas normas dispersas que le reconocen validez y otras que no.

Brevemente, recordemos que un sector de nuestra doctrina ha señalado que, salvo en los casos en que la ley expresamente lo permite, la cláusula no tiene valor, fundamentalmente por desnaturalizar el dominio al privarlo de su principal y más esencial atributo: el “jus abutendi” o facultad de disposición, atentándose con ello, además, en contra del principio expresamente consagrado en el Mensaje del Código Civil de la “libre circulación de los bienes”³. Se llega a la conclusión de que adolece de objeto ilícito por contravenir el orden público y en especial, el artículo 582 del Código Civil⁴, que define el dominio, y el artículo 1810 del mismo Código⁵, que permite vender todas aquellas cosas cuya enajenación no esté prohibida por ley. Por lo tanto, también, podría infringir el artículo 1464 del Código Civil⁶, que determina cuales bienes no son enajenables.

En cambio, otro sector, salvo en aquellos casos en que la ley expresamente no le reconoce valor, se ha pronunciado a favor de la validez de la cláusula, principalmente por aplicación del principio de la “autonomía de la voluntad”⁷. Además, se señala que si es posible enajenar el dominio, con mayor razón es posible limitarlo.

³ Se puede consultar acerca de este principio fundamental de nuestro Código Civil en Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio – Orrego Acuña, Juan Andrés; Estudios de Derecho Civil; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; Universidad Central de Chile; 2007; 1ª edición; páginas 106 a 111.

⁴ Artículo 582 del Código Civil: “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.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”.

⁵ Artículo 1810 del Código Civil: “Pueden venderse todas las cosas corporales o incorpóreas, cuya enajenación no esté prohibida por ley”.

⁶ Artículo 1464 del Código Civil: “Hay un objeto ilícito en la enajenación:

1° De las cosas que no están en el comercio;

2° De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;

3° De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;

4° De las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio”.

⁷ Se puede consultar acerca de este principio fundamental del Código Civil chileno en nuestra obra Estudios de Derecho Civil (ob. cit. 3); páginas 91 a 106. A propósito de este principio, actualmente, resultan válidas las preguntas que formula Pinochet Olave: “¿qué sucede con las cláusulas de no enajenar impuestas en contratos de adhesión? ¿Vale la restricción impuesta de la facultad más importante del derecho de dominio? ¿Es posible restringir unilateralmente la facultad de disposición, facultad vinculada estrechamente al principio de circulación de los bienes, principio de orden público? (ob. cit. 2)

Finalmente, se agrega que el artículo 53 n° 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces⁸ reconoce, en términos generales, la validez de las prohibiciones voluntarias. Respecto de este Reglamento debemos tener presente que fue dictado por expreso mandato del artículo 695 del Código Civil, por lo que debe concluirse que tiene su misma fuerza legal, es decir, no tiene un rango inferior a este Código, como algunos lo han creído.

II.- ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL QUE RECONOCEN EFICACIA A LA CLÁUSULA.

Son los siguientes artículos:

1.- El 751, inciso 2° (propiedad fiduciaria): “No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determine el día de la restitución”.

2.- El 793, incisos 3° y 4° (usufructo): “Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiese prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición.

El usufructuario que contraviniere a esta disposición, perderá el derecho de usufructo”.

3.- El 1126 (legado): “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”.

⁸ Artículo 53 n° 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces: “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, la cesión de bienes, secuestro, litigio, etc.”.

Otros cuerpos legales también reconocen, en términos amplios, la posibilidad de estipular prohibiciones de enajenar; así, por ejemplo, el artículo 116 n° 4° del Código de Aguas y el artículo 5° del D.L. N° 1.856 de 1977, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, que “fija normas sobre inscripciones refundidas de dominio en inmuebles colindantes, adquiridos o que adquieran los servicios de la vivienda y urbanización”.

4.- El 1432 n° 1° (donación entre vivos): “La resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dará acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en los casos siguientes: 1°. Cuando en escritura pública de la donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición”.

Cabe agregar que en el ámbito del Derecho Sucesorio, el artículo 1204 del Código Civil, a propósito de la asignación forzosa de la cuarta de mejoras, reconoce valor a un pacto de no disposición: “Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos a su cónyuge o a alguno de sus descendientes o ascendientes, que a la sazón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniera a su promesa, el favorecido tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara.

Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor”.

III.- ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL QUE NO LE RECONOCEN EFICACIA A LA CLÁUSULA.

Estos artículos son:

1.- El 1964 (arrendamiento): “El pacto de no enajenar la cosa arrendada, aunque tenga la cláusula de nulidad de la enajenación, no dará derecho al arrendatario sino para permanecer en el arriendo, hasta su terminación natural”.

2.- El 2031 (censo): “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 el título.

Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

3.- El 2279 inciso 2° (censo vitalicio): “Se aplicarán al censo vitalicio las reglas del censo ordinario en cuanto le fueren aplicables”.

4.- El 2415 (hipoteca): “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario”.

IV.- VALIDEZ RELATIVA DE LA CLÁUSULA.

Tal como lo hemos expresado en alguna otra oportunidad, nosotros seguimos el criterio de su validez relativa⁹, es decir, para su eficacia es necesaria la concurrencia de dos requisitos copulativos:

1.- Existencia de un interés legítimo del enajenante, del adquirente o de un tercero en prohibir la enajenación (causa legítima), ya que no parece razonable limitar el dominio por limitarlo, afectándose sin motivo justificado la libre circulación de los bienes. Este requisito es posible deducirlo al interpretar a contrario sensu el ya citado artículo 1126 del Código Civil, regla que por su amplitud y lógica no puede ser circunscrita sólo a los legados, sino que debe entenderse que viene a reglamentar o limitar la amplia admisibilidad que parece reconocer el ya referido artículo 53 n° 3° del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces a los impedimentos o prohibiciones convencionales de enajenar.

2.- Temporalidad de la prohibición, en el sentido de que no puede ser perpetua ni de muy largo tiempo, lo que, como se comprenderá, es una cuestión de hecho que corresponderá apreciar a los jueces en cada caso. Si se aceptara su carácter perpetuo o su establecimiento por un período de tiempo que vaya más allá de lo necesario o razonable para proteger intereses legítimos, efectivamente, se estaría desnaturalizando el dominio y desconociéndose el principio de la libre circulación de los bienes.

No cabe duda de que su vigencia no puede exceder a la duración del interés que se pretende proteger; sin embargo, debemos reconocer que en este punto, tanto nuestra doctrina como jurisprudencia, no han profundizado suficientemente en la búsqueda de criterios de limitación temporal. Un criterio, por ejemplo, sería concluir que ante la ausencia en el acto o contrato de un plazo expreso o tácito que limite su

⁹ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio; Estudio de títulos de inmuebles; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2002; 1ª edición; página 224 y Temas de Derecho Inmobiliario; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2006; 1ª edición; página 59.

duración, no podrá exceder a diez años, habida consideración de que es el período máximo que, en general, considera nuestro legislador civil para despejar toda incertidumbre jurídica¹⁰.

En resumen, somos de la opinión de que la cláusula de no enajenar, por regla general, adolece de objeto ilícito por contravenir el orden público, siendo su sanción la nulidad absoluta, salvo en aquellos casos en que la ley expresamente establece otro tipo de sanción o de consecuencia jurídica. Excepcionalmente, será lícita cuando reúna los dos requisitos precedentemente señalados y no exista una norma jurídica que impida su estipulación. Por lo tanto, en estricto rigor, más que de “validez relativa” parece más correcto hablar de “validez excepcional”.

V.- SANCIÓN POR LA INFRACCIÓN DE LA CLÁUSULA.

También se ha discutido en torno a la sanción para el caso de contravención de la cláusula. Evidentemente, estamos partiendo de la base de que se trata de una cláusula de no enajenar lícita, en los términos que ya hemos explicado. Además, no nos estamos refiriendo a aquellos casos especiales en que el Código Civil ha permitido expresamente la estipulación de la cláusula y ha señalado que el bien “no es enajenable” o que es posible deducir otra consecuencia jurídica para el caso de su infracción.

Una opinión muy minoritaria, basándose en el artículo 1464 n° 3° del Código Civil¹¹, se inclina por la nulidad absoluta del acto (a juicio de algunos la cláusula sería equivalente a un embargo). De acogerse esta tesis, tendría mayor asidero jurídico una negativa del Conservador de Bienes Raíces para inscribir el título traslativo que vulnera la prohibición inscrita.

Nos parece que la tesis anterior no es correcta, ya que las causales de nulidad son de derecho estricto, es decir, requieren de un texto legal expreso, no pudiéndose aplicar por analogía a otros casos no previstos. En realidad, lo que las partes acuerden prohibir no constituye más que la estipulación de una obligación de no

¹⁰ Así lo hemos explicado en nuestra obra Estudio de títulos de inmuebles (ob. cit. 9); páginas 16 a 23.

¹¹ Véase artículo en cit. 6.

hacer¹². Por lo tanto, su contravención podrá producir algunos de los siguientes efectos jurídicos: a) si no puede deshacerse lo hecho, la sanción se traducirá en la indemnización de perjuicios (artículo 1555 del Código Civil¹³); b) si la obligación de no hacer deriva de un contrato bilateral, podrá solicitarse su resolución más la correspondiente indemnización de perjuicios (artículo 1489 del Código Civil¹⁴); y c) si en el respectivo contrato se pactó una cláusula de aceleración (caducidad voluntaria), ligada a la infracción de la prohibición voluntaria, el acreedor quedará facultado para exigir el total de la deuda, como si fuere de plazo vencido, más la correspondiente indemnización de perjuicios.

De lo expuesto se deriva una importante consecuencia: como se está en presencia de un crédito o derecho personal que sólo puede exigirse de quien ha contraído la obligación correlativa (artículos 578 y 1545 del Código Civil¹⁵), es decir, la obligación de no hacer; esta obligación, en principio, es ajena y, por lo mismo, inoponible al tercer adquirente de la cosa, respecto de quien el acto de enajenación celebrado con el infractor de la prohibición de enajenar es absolutamente válido. Sin embargo, este tercero igualmente podría verse afectado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1489 del Código Civil en relación con el artículo 1491 del mismo

¹² Así, por ejemplo, Corte Suprema, 25 de septiembre de 1983 (Fallos del Mes N° 298, página 505) y Corte de Apelaciones de San Miguel, 1° y 15 de abril de 1998 (R.D.J., tomo XCV, sección 2ª, páginas 33 y 34).

¹³ Artículo 1555 del Código Civil: “Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en la mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor el obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo.

El acreedor quedará de todos modos indemne”.

¹⁴ Artículo 1489 del Código Civil: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

¹⁵ Artículo 578 del Código Civil: “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

Artículo 1545 del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Código¹⁶ (estas disposiciones justifican plenamente que la prohibición pueda inscribirse en el competente Registro¹⁷); una vez resuelto el contrato, se podrá dirigir en su contra la respectiva acción reivindicatoria (esto se explica por la estrecha relación que se le atribuye entre nosotros al título que le sirve de antecedente, incluyendo los de anteriores titulares en el dominio, y la adquisición del mismo, particularmente tratándose de modos de adquirir derivados). Además, si la prohibición está inscrita no parece razonable pretender que el tercero pueda alegar el desconocimiento de la infracción de la prohibición; basta tener a la vista un certificado de gravámenes y prohibiciones para percatarse de la existencia de la cláusula de no enajenar. La inscripción de la prohibición, como es fácil de advertir, cumple un rol de publicidad y su infracción produce los efectos señalados.

VI.- VALOR DE LA CLÁUSULA EN EL CONTRATO DE HIPOTECA.

Nos queremos referir especialmente a este punto, por cuanto constituye el caso más frecuente de estipulación de prohibiciones voluntarias. Son numerosas las hipotecas que se constituyen a diario en nuestro país, a las cuales en la casi totalidad de los casos va aparejada una prohibición voluntaria que se inscribe en el competente Conservador de Bienes Raíces. Así, por ejemplo, en la práctica bancaria es una costumbre que no admite excepción.

Además de las razones expuestas, resulta curioso lo anterior, ya que tratándose de la hipoteca, el Código Civil, en principio, no le reconoce valor a la prohibición, según se desprende de su artículo 2415: “El dueño de los bienes

¹⁶ Artículo 1491 del Código Civil: “Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o la grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”.

Se pueden ver algunos de los problemas que se presentan respecto del artículo 1491 del Código Civil, en nuestra obra Estudio de títulos de inmuebles (ob. cit. 9), páginas 219 a 222.

A los bienes muebles se les aplica el artículo 1490 del Código Civil: “Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe”.

¹⁷ En sentido contrario Ruperto Pinochet Olave, quien, basándose en las explicaciones de la doctrina española y en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria española, plantea la posibilidad de “permitir únicamente la inscripción de prohibiciones voluntarias de disponer en los casos en que exista texto legal expreso que las permita” (ob. cit. 2).

gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos e hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario”. No puede argumentarse en contrario que la hipoteca y la prohibición son dos actos separados e independientes que, incluso, se inscriben en dos registros diferentes, toda vez que resulta evidente que hay una íntima relación entre ambas: la prohibición de enajenar se pacta con ocasión y en relación con el contrato de hipoteca. Incluso, usualmente, la infracción de la prohibición se liga contractualmente a una cláusula de aceleración del crédito garantizado, lo que, en última instancia, pretende llevar a la ejecución de la hipoteca.

Sin embargo, en relación con la misma norma, nos parece que resulta fundamental determinar el verdadero sentido y alcance de la expresión “enajenarlos”. En nuestra opinión, ella está tomada en su sentido restringido, es decir, sólo como sinónimo de transferencia del dominio. Así se desprende de la circunstancia de que la norma citada la contrapone a la palabra “hipotecarlos”; si dicha expresión hubiese estado tomada en un sentido amplio, no habría sido necesario emplear esta última palabra, por cuanto estaría comprendida en la primera expresión.

Nos parece que nuestro Código Civil no considera como una situación perjudicial para el acreedor hipotecario la transferencia del inmueble hipotecado o la constitución de nuevas hipotecas sobre él, habida consideración de su derecho de persecución, consagrado en el artículo 2428¹⁸, y su preferencia para pagarse antes que otros acreedores hipotecarios, en los términos establecidos en el artículo 2477¹⁹;

¹⁸ Artículo 2428 del Código Civil: “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.

Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez.

Mas para que esta excepción surta efecto a favor del tercero deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate en el orden que corresponda.

El juez entre tanto hará consignar el dinero”.

¹⁹ Artículo 2477 del Código Civil: “La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.

A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de fechas de sus hipotecas.

Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas otras en el orden de su inscripción.

En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él”.

En relación con el censo, el artículo 2480 del Código Civil dispone lo siguiente: “Para los efectos de la prelación los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas.

por lo tanto, en estos casos tampoco podría operar la cláusula de aceleración, ya que su procedencia no puede estar condicionada a una estipulación que la ley no acepta.

En cambio, eventualmente podría afectar los derechos del acreedor hipotecario y muy especialmente, el de venta, la constitución de otros derechos reales, como por ejemplo, un usufructo o una servidumbre voluntaria (se podría disminuir o anular el interés de posibles subastadores del inmueble, en caso que se concluya que deben respetar tales gravámenes)²⁰, por lo que respecto de éstos es perfectamente factible y conveniente pactar una “prohibición de gravar” (no decimos “enajenar” por lo ya explicado). Asimismo, dado que ciertos derechos personales también podrían llegar a afectar el derecho de venta del acreedor hipotecario (por ejemplo, el derecho del arrendatario para que el subastador del inmueble hipotecado respete el contrato de arrendamiento²¹), en la práctica, se suele agregar una prohibición de celebrar actos y contratos en relación al inmueble hipotecado.

VII.- ACTITUD DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES ANTE LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE UN TÍTULO TRASLATIVO QUE INFRINGE UNA PROHIBICIÓN VOLUNTARIA LÍCITA INSCRITA.

A diferencia de quienes han afirmado que la prohibición inscrita constituiría un caso de “inadmisibilidad legal de la inscripción”, configurándose, en definitiva, un

Concurrirán pues indistintamente entre sí con las hipotecas según las fechas de sus respectivas inscripciones”.

²⁰ Ante la ausencia de norma expresa que resuelva el problema, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han planteado la interrogante en cuanto a la suerte que corren los derechos reales limitativos del dominio, constituidos con posterioridad a la hipoteca. Nuestra jurisprudencia parece haberse uniformado en torno a que tales derechos son inoponibles al acreedor hipotecario (a este respecto se puede consultar, por ejemplo, la cita a pié de página n° 284 de nuestra obra Estudio de títulos de inmuebles (ob. cit. 9); página 223). Sin embargo, dado lo que más arriba se ha explicado, resulta razonable preguntarse si es necesario estipular o no la prohibición para que dichos derechos reales sean efectivamente inoponibles al acreedor hipotecario. Parece ser que no resulta razonable proteger al acreedor hipotecario que, pudiendo pactar la “cláusula de no gravar”, no lo hizo. También, nos parece que esta es una materia interesante de estudiar desde la perspectiva del principio de la “prioridad registral”.

²¹ Hasta el día de hoy se presentan dudas doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la hipoteca y el arrendamiento; así, por ejemplo, se puede ver en nuestra obra Estudio de Títulos de inmuebles (ob. cit. 9); páginas 143 a 156.

“impedimento de registro”²²; nosotros estimamos que el Conservador de Bienes Raíces no está legalmente facultado para negar la inscripción del título traslativo de dominio, según nos parece que se desprende claramente de los artículos 12 a 14²³, 18, 25, 52 n°s 1 y 2, y 70 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Incluso, se debe recordar que, basándose especialmente en los artículos 13 y 14 del referido Reglamento, algunos autores y varios fallos de nuestros tribunales han concluido que el Conservador de Bienes Raíces cumple un rol pasivo en la constitución de la propiedad raíz²⁴; conclusión que no es coincidente con la opinión de algunos señores conservadores²⁵. Cabe agregar que, tratándose de ciertos fallos relacionados específicamente con prohibiciones de enajenar pactadas voluntariamente, se agrega que el incumplimiento de lo pactado entre particulares no es de la incumbencia cautelar de tales “auxiliares de la administración de justicia”.

²² Tal es el pensamiento del Conservador de Bienes Raíces don Miguel Varas Espejo, según lo explica en su trabajo titulado “Eficacia jurídica de la cláusula de no enajenar”, expuesto el 14 de agosto de 1986 en la Universidad Gabriela Mistral, con ocasión de un seminario sobre “Tres temas de Derecho Registral”, transcrito en la Revista del Notariado (Santiago - Chile; año I n° 1, 1987; páginas 223 a 227). En sentido contrario, el Notario don Bernardo Hojman Pesoa en la Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile (Santiago - Chile; n° 6; años 1996 - 1997; páginas 13 a 18) y el Conservador de Bienes Raíces don Juan E. Gaete Caldera en la Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile (Santiago - Chile; n° 7; años 1997 - 1998; páginas 201 a 204).

²³ Artículo 12 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces: “El Conservador inscribirá en el respectivo Registro los títulos que al efecto se le presenten”.

Artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces: “El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles; por ejemplo, si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta; si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción”.

Artículo 14 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces: “Si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciese el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciese vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor, el Conservador rehusará también la inscripción hasta que se le haga constar que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación.

Los fundamentos de toda negativa se expresarán con individualidad en el mismo título”.

²⁴ Así lo reitera, por ejemplo, una sentencia de la Corte Suprema, de 3 de enero de 2001 (R.D.J., tomo XCVIII, sección 1ª, página 5). Véanse también los fallos citados en cit. 12.

²⁵ Nos hemos referido a los problemas que se presentan en torno a la calificación registral de títulos, en nuestra obra Temas de Derecho Inmobiliario (ob. cit. 9); páginas 29 a 32.

A la luz de los textos legales, nos resulta evidente que la regla general es que los conservadores de bienes raíces no pueden rehusar ni retardar las inscripciones y que, excepcionalmente, pueden negarlas por las causales expresamente establecidas en los citados artículos 13 y 14 o en leyes especiales. Al ser normas excepcionales no admiten interpretación extensiva o analógica y ninguno de tales artículos contiene una causal que se pueda asemejar a la de una prohibición voluntaria inscrita. Como ya se ha expresado, el principio general es la libre de circulación de los bienes, siendo esencial al dominio la facultad de disposición.

Nos parece que la causal que se ha invocado por algunos, que “la inscripción sea en algún sentido legalmente inadmisibles”²⁶, sólo permite negar las inscripciones que por ley son inadmisibles, lo que no es el caso de una prohibición voluntaria inscrita. Incluso, conforme a los ejemplos que la norma utiliza para ilustrar la causal, muchos concluyen que ella, más bien, se refiere a problemas meramente formales, salvo en el caso de una nulidad absoluta derivada de un vicio o defecto visible en el título, es decir, que se aprecie a través de su simple lectura.

En todo caso, cualquiera sea la opinión que se tenga sobre la materia, nos parece evidente que el Conservador de Bienes Raíces no puede negar las inscripciones en aquellos casos en que hay normas que no reconocen valor a las prohibiciones voluntarias, tal como ocurre, por ejemplo, a propósito de la hipoteca (artículo 2415 del Código Civil), en los términos que ya hemos explicado. De lo contrario, se está vulnerando un texto legal expreso.

En cambio, consideramos que en aquellos casos en que el Código Civil expresamente ha reconocido validez a la cláusula y ésta se encuentra inscrita (recordemos que conforme al artículo 53 n° 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces²⁷, es facultativa su inscripción), el Conservador de Bienes Raíces debe rechazar la inscripción, al menos, cuando ha manifestado que el bien “no es enajenable”, tal como ocurre con toda nitidez en los casos previstos en sus artículos 751 inciso 2° (propiedad fiduciaria) y 793 inciso 3° (usufructo). En el caso del artículo 1126 (legados) del mismo Código nos parece que podría llegarse a la

²⁶ Véase el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces en cit. 23.

²⁷ Véase el artículo 53 n° 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces en cit. 8.

misma conclusión. Sin embargo, en el caso de su artículo 1432 n° 1 (donaciones entre vivos) se presentan dudas, ya que la norma parte de la base de que se ha enajenado la cosa donada a un tercero (precisamente, ello se verifica mediante la inscripción conservatoria), a pesar de estar prohibida su enajenación en la escritura pública inscrita de donación. Además, desde un punto de vista práctico no es difícil que el Conservador de Bienes Raíces no se percate de la existencia de la prohibición, ya que si se atiende al tenor literal de la norma, se apreciará que ésta sólo exige que se encuentre inscrita la escritura de donación, es decir, el título traslativo de dominio (ello se hace en el Registro de Propiedad), y no la prohibición de enajenar (esto se hace en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar). En definitiva, la duda se presenta en el caso en que, además de la donación, se ha inscrito la prohibición. Nos parece que por todo lo que más arriba se expresó, en este caso, el Conservador de Bienes Raíces debiera negar la nueva inscripción que se le solicita.

Finalmente, de acuerdo con todo lo que hasta acá se ha expuesto, pensamos que, más que preguntarse por la admisibilidad o no de la inscripción del título traslativo por existir una prohibición inscrita, lo que corresponde preguntarse es en qué casos es procedente que el Conservador de Bienes Raíces practique la inscripción de la prohibición voluntaria, ya que ello no puede escapar a la calificación registral. Dicho en otros términos: ¿hay casos en que la inscripción de la cláusula de no enajenar es en algún sentido legalmente inadmisibile?, ¿al menos, en aquellos casos en que la ley expresamente no les reconoce valor o en aquellos que de la sola lectura del título se pudiera derivar de manera clara que contraviene el orden público y, en consecuencia, adolece de nulidad absoluta?