Artículo: Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del conservador
Revista: Nº168, año XLVII (En-Dic, 1980)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLVII — Nº 168

ENERO - DICIEMBRE DE 1980

ESCUELA DE DERECHO

Artículo: Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del conservador
Revista: Nº168, año XLVII (En-Dic, 1980)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

PROHIBICION DE ENAJENAR VOLUNTARIA Y NEGATIVA DEL CONSERVADOR.

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Concepción

Con fecha 2 de noviembre de 1979, el Cuarto Juzgado de Letras de Concepción dictó una sentencia relativa a las atribuciones del Conservador de bienes raíces respecto a la inscripción de un título que incluye una convención de no enajenar. Resulta interesante, sobre todo teniendo en consideración que jurisprudencia sobre el punto —no se sabe si abundante o escasa— no se ha difundido mayormente. Parece oportuno, pues, darla a conocer, con algunas apreciaciones.

A) *Doctrina del fallo.* Si se ha pactado que el adquirente no podrá enajenar el inmueble materia de la compraventa, sino cumplidos ciertos supuestos y, vigente aún la prohibición, vende, el Conservador de bienes raíces respectivo carece de facultades para negarse a inscribir la escritura pública de compraventa. La infracción a la obligación de no enajenar "constituye una condición resolutoria y no objeto ilícito de los señalados en el artículo 1.464 del Código Civil". De modo que "no adoleciendo el título de vicio que lo anule absolutamente, procede ordenar se practique la inscripción correspondiente".

B) *Hechos.* A vendió un inmueble a B. Este se obligó, en la escritura de compra, a no enajenarlo mientras no se pagare el total del precio. La prohibición de enajenar así pactada se inscribió en el Registro pertinente, al mismo tiempo que se inscribió el título a nombre de B. Posteriormente, aún vigente la prohibición, B vendió el inmueble a X. Cuando se presentó este último título al Conservador para que procediera a inscribir, y efectuar así la tradición, el funcionario —luego de anotar en el Repertorio— se negó a inscribir, aduciendo la vigencia de la prohibición. Por solicitud del requirente, el Conservador estampó en el título la negativa y su fundamento, de conformidad con el art. 14 inc. 2º del Reglamento, devolviéndolo al interesado. Con tales antecedentes, el requirente recurrió al Tribunal competente, usando el derecho que le confiere el art. 18 del Reglamento, solicitando que, con los fundamentos que indicó, ordenara al Conservador la inscripción del título. El Tribunal dispuso que informara el funcionario. Con dicho informe (al que el peticionario efectuó observaciones) el Tribunal dictó sentencia, dio lugar a la solicitud, y ordenó la inscripción, consagrando la doctrina que se ha sintetizado.

Artículo: Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del conservador
Revista: Nº168, año XLVII (En-Dic, 1980)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

C) *Comentario.-*

I. *Hay varias clases de prohibiciones de enajenar.* Como se sabe, las prohibiciones de enajenar, en cuanto a su origen, pueden emanar de la ley (legales), del juez (judiciales) o del contrato (voluntarias, convencionales o contractuales).

Esta clasificación es fundamental para el análisis de la materia que se sometió a la decisión del Tribunal, por los efectos que genera la infracción de cada una.

Si la prohibición de enajenar es legal, y se infringe, es decir, el dueño a quien un precepto legal le ha prohibido enajenar, enajena, al estar infringiendo una ley prohibitiva, la sanción a dicha enajenación será la nulidad absoluta por ilicitud del objeto, según lo prescrito en los arts. 10, 1.466 y 1.682 del Código Civil.[1] - [2]

Si la prohibición de enajenar ha sido impuesta por el juez, y se infringe, es decir, la cosa sobre la que recae la resolución judicial es enajenada, dicha enajenación adolece de objeto ilícito, y por tanto, de nulidad absoluta, por lo prescrito en los arts. 1.464 Nº 3º y 1.682 del Código Civil.

Si la prohibición de enajenar es convencional, merece algunas observaciones que, por relacionarse con el punto tratado en la sentencia, se mencionarán a continuación.

II.- *La validez misma de la convención que prohibe enajenar ha sido discutida.* No se justifica abordar aquí la discusión, con los argumentos contrapuestos. Pero mencionarla es útil porque contribuye a demostrar la debilidad de los efectos que produce y, aún más, llega a ofrecer la posibilidad de que no sea necesario continuar en el análisis. Si se niega validez a una tal convención, se trataría de una nulidad absoluta —según

---

1Nótese que se está partiendo del supuesto de que la ley que impida la enajenación sea auténticamente prohibitiva, es decir, que impida la enajenación en toda circunstancia y bajo todo respecto. Si el texto legal sólo impone ciertos requisitos para que la enajenación pueda efectuarse, se tratará entonces de una norma de las denominadas imperativas, en cuyo evento, si se infringe, la sanción dependerá más bien de la naturaleza del requisito infringido. Más antecedentes en relación con esta criticada clasificación de los textos legales, en prohibitivos, imperativos y permisivos, y la sanción por su infracción, en Ortúzar Escobar, Enrique: "De la inobservancia de la ley en relación con los actos jurídicos". Direcc. General de Prisiones. Santiago, 1938.

2Por otra parte, si el texto legal ha prohibido "la enajenación", la sanción recaerá directamente sobre el acto enajenativo, que será usualmente la tradición; si es o no nulo además el título que le antecede, es una cuestión que conduce a discusiones bastante conocidas. Si se trata de compraventa, ha de tenerse a la vista el art. 1.810.

3Nuevamente debe recordarse aquí que la nulidad recae directamente sobre la "enajenación", que se producirá con la tradición; en cuanto al título precedente, si se trata de una compraventa, debe tenerse a la vista el art. 1.810, que, como es sabido, ha provocado ardua discusión acerca de su aplicación a los Nºs 3 y 4 del art. 1.464.
Además, conviene tener presente que como la jurisprudencia ha resuelto que en el Nº 3 del art. 1.464 la expresión "embargo" debe entenderse en el significado amplio que tenía a la época de la dictación del código, y que incluía cualquier medida que, decretada respecto de una cosa, entrabare el libre ejercicio del derecho de enajenar, ese texto, 1.464 Nº 3, resulta el precepto plenamente aplicable a una enajenación que se efectúe infringiendo una prohibición de enajenar decretada por el juez. Por otra parte, si se está litigando la propiedad de una especie, según el art. 296 del Código de Procedimiento Civil, para que esa especie se entienda incluida en el art. 1.464 Nº 4 del código civil, el juez debe decretar prohibición respecto de ella; así, si después de esa prohibición decretada, fuere enajenada (sin permiso del juez), dicha enajenación sería nula absolutamente por objeto ilícito, tanto por el Nº 4 como por el Nº 3 del art. 1.464; ello es lo que ha conducido a afirmar que el Nº 4 huelga.

Artículo: Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del conservador
Revista: Nº168, año XLVII (En-Dic, 1980)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lo señalan los detractores del pacto— y se estaría ante un caso de nulidad parcial del contrato en que se incluye.[4]

Así pues, si tomáremos partido por esta tesis, sería inoficioso continuar este examen; sólo restaría agregar que, siendo nula, si el obligado posteriormente enajenare, no sobrevendría ningún efecto en su contra por un supuesto incumplimiento de contrato, y el Conservador de bienes raíces, al ser requerido para que inscriba la segunda enajenación, no debería objetar el título.

Como la nulidad sólo produce efectos una vez declarada judicialmente, cuando el otro contratante demande al infractor (al que enajenó no obstante el pacto), éste podría responder ejercitando la acción de nulidad. Y en cuanto a la actitud del Conservador respecto de la inscripción del título (de la enajenación), en la práctica, por este mismo principio de la necesidad de una declaración judicial de la nulidad, la postura de la nulidad de la convención se traducirá en un argumento más para sostener que el Conservador no puede negarse a inscribir, ya que, según se verá luego, es perfectamente posible sostener que el Conservador no puede negarse incluso siendo válida la cláusula. (En otros términos: bajo el supuesto de que la convención sea válida, el Conservador no puede negarse a inscribir el título en que se transfiere contraviniendo la cláusula; más fuerza cobra esta afirmación cuando hay razones para estimar que la convención adolece de nulidad).

Sin un pronunciamiento sobre el punto —no es el tema—, se continuará suponiendo que la convención de no enajenar es válida.

III.- *La convención de no enajenar constituye una obligación de no hacer.* Por el pacto, el sujeto pasivo se obliga a no enajenar el bien de que se trata; contrae pues, una obligación, que es de no hacer, en favor de la contraparte.[5]

Lo anterior permite concluir que si el adquirente enajena, lo que hace es infringir su obligación de no enajenar; de este modo, el acto por el que inicia esa enajenación (venta, donación, etc.) constituye la materialización de esa infracción a la obligación primitivamente contraída, pero el acto en sí (venta, donación) no adolece de defecto alguno por esa circunstancia; la venta u otro título, del obligado al tercero, es perfectamente válida. Es importante tener en cuenta esta conclusión para resolver pronto el problema de la oposición del Conservador a inscribir este último título.

4La polémica sobre la validez o nulidad de la cláusula, con los argumentos legales y de doctrina, y la posición de la jurisprudencia, puede verse en Vicuña Suárez, Luis: "De la facultad de enajenar y de su prohibición impuesta en el contrato". Valparaíso, 1923; Alessandri, Somarriva y Vodanovic: "Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales". 3ª edic., Edit. Nascimento, Santiago, 1970, pág. 173 y sgts. Aquí sólo recordemos que, en general, se ha aceptado, siendo por un tiempo determinado y con causa legítima.

5Lo frecuente es que el pacto de no enajenar se incluya en un título en que se está transfiriendo el bien (inmueble generalmente) de modo que el adquirente, nuevo dueño, es quien se obliga a no enajenar. Pero también es perfectamente posible que se pacte sola; es decir, un propietario acuerda con otro que no enajenará cierto objeto de su dominio, celebrando un contrato con este solo contenido.

Artículo: Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del conservador
Revista: Nº168, año XLVII (En-Dic, 1980)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Antes de avanzar, debe prevenirse que el favorecido con la convención de no enajenar, al constatar la infracción de la obligación, tiene a su disposición el art. 1.555 del Código Civil[6] (ciertamente que si él también por su parte no ha cumplido debidamente, habrá de soportar las consecuencias respectivas; todo ello según las reglas correspondientes del Derecho de obligaciones).

IV.- *El Conservador carece de facultad para negarse a inscribir.* Es sabido que el sistema registral vigente entre nosotros se caracteriza fundamentalmente por ostentar una escasa "legalidad", en el sentido que se confiere a este término por la doctrina registral. Esto significa que el sistema no garantiza plenamente la validez y eficacia de los títulos que se incorporan al Registro, y, por tanto, los derechos de quienes aparecen como los titulares. Las facultades del funcionario encargado del Registro se insertan dentro de este sistema[7]. Y así, es también sabido que en Chile el Conservador tiene limitadas facultades de control respecto de los títulos que se le presentan para su inscripción. Básicamente, están señaladas en los artículos 13 y 14 del Reglamento.[8]

Con lo dicho el problema es relativamente simple. Se trata de cotejar la situación planteada, de una transferencia del dominio estando vigente una prohibición voluntaria de enajenar, con las facultades de que dispone el Conservador para controlar la inscripción de títulos; si tal situación queda incluida entre esas facultades, está justificada su negativa a inscribir; no en caso contrario.

Con todo, la simplicidad es relativa porque el tenor de las facultades de los preceptos citados no es del todo claro en su alcance.

Desde luego, la sola lectura del art. 14 del Reglamento basta para apreciar que esa regla no es aplicable a un caso como el presente. Pero el art. 13 presenta menos nitidez en cuanto a su eventual aplicación.

Dos expresiones deben ser aclaradas.

Una, en la sección final del precepto, permite al Conservador rehusar la inscripción "si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente...". Esta causal debe desecharse plenamente en su aplicación al caso, ya que, como se ha señalado anteriormente, es claro que la enajenación del adquirente al tercero no adolece de vicio o defecto alguno; la infracción de la obligación de no enajenar puede con-

---

6Un fallo ha resuelto que constituye una condición resolutoria a favor del vendedor con las consecuencias correspondientes. R. D. J., t. 13, secc. 1ª., pág. 429.

7Poco importa expresar que las facultades del Conservador sean causa o consecuencia del grado de "legalidad" registral, porque sólo sería manera de decirlo: si se decide crear un sistema con escasa legalidad registral, al momento de reglamentar las facultades de control que tendrá el funcionario, se le concederán limitadamente. Si al Conservador se le conceden pocas facultades de control, se concluirá que el sistema tiene escasa "legalidad". Lo mismo si se pretende una vigorosa "legalidad", mutatis mutandis.

8Un estudio detallado del contenido de estas facultades puede verse en Raposo Arriagada, Ramón: "De las inscripciones en el Conservador de bienes raíces". Dirección General de Prisiones. Santiago, 1937; pgs. 47 y sgts.

Artículo: Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del conservador
Revista: Nº168, año XLVII (En-Dic, 1980)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

figurar una acción resolutoria, pero en ningún caso una causal de nulidad.[9]

La otra aparece al comienzo del citado art. 13, en cuanto ordena que "deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisible". A continuación señala algunas situaciones que justifican la negativa, pero sólo a manera de ejemplo, de modo que la expresión "en algún sentido legalmente inadmisible" resulta establecida como un motivo que podría denominarse "causal genérica" de negativa.

Queda entonces planteada la interrogante de si el caso en referencia estaría incluido en aquella fórmula, de modo que el Conservador debiera negarse a inscribir el título en que se enajena un inmueble por quien se había obligado a no enajenarlo, sobre el fundamento de ser el título "legalmente inadmisible".

Ya se ha dicho que la enajenación efectuada por quien se obligó a no hacerlo constituye una infracción a esa obligación de no hacer, pero en manera alguna una causal de nulidad del acto; no existe infracción a ningún precepto legal que pudiera conducir a la nulidad. Por ello es que no es posible incluir esta situación en la fórmula general citada, la cual, entendida en su sentido natural y obvio, significa "inadmisible ante la ley".

Un autor, comentando las facultades del Conservador para controlar los títulos que le llegan, expresa: "Si le afectare al tradente alguna prohibición de enajenar o gravar, como cuando se trata de inscribir contratos otorgados por un interdicto, fallido o persona a quien se le haya prohibido judicialmente celebrar actos y contratos o que *voluntariamente* se haya impuesto prohibición para celebrar actos y contratos sobre sus inmuebles.

En estos casos la negativa no se funda en un vicio del título, sino en que la inscripción es legalmente inadmisible" (el subrayado es nuestro)[10]. Por desgracia, no se extendió acerca del alcance que le atribuye a la expresión tantas veces citada, y que lo conduce a incluir en ella

---

[9] Un fallo, tratando de precisar el alcance del texto, ha resuelto: "Pues las posibles omisiones que dicho Funcionario anota y que han servido para fundamentar su negativa, no aparecen ni con mucho, *de la simple lectura del título* cuya inscripción se le ha pedido, y al no hacerlo, por las razones que menciona en su informe, se está saliendo del rol eminentemente pasivo que tiene en la constitución de la propiedad raíz" (el subrayado es nuestro). R. D. J., t. 60, 2ª parte, secc. 2ª., pág. 36. Esta conclusión evoca la actitud de la jurisprudencia en la declaración de oficio de la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. En todo caso, de la lectura de la sentencia no queda claro, lamentablemente, si se está refiriendo a alguna sección especifica del art. 13 o a todo él.
Finalmente, con relación a la última idea contenida en el fallo, en orden al "rol" eminentemente pasivo que tiene (el Conservador) en la constitución de la propiedad raíz, no debe ser extremado: las facultades de los arts. 13 y 14, con ser escasas, y con permitir el calificativo de pasividad, no son del todo exiguas; como que la Corte Suprema ha sido movida a declarar que "las funciones del Conservador no son de carácter pasivo ni pueden limitarse a servir de un mero buzón receptor de los títulos o documentos que se le entreguen para su inscripción...". R. D. J., t. 45, 2ª parte, secc. 1ª, pág. 545. La aparente contradicción en los fallos citados, parece deberse más bien a las particulares circunstancias en que cada uno fue dictado, porque del examen de los preceptos del Reglamento no podría desprenderse un calificativo extremo, ni de una función activa, ni de pasividad absoluta.

[10] Raposo Arriagada, Ramón. Ob. cit., pág. 52.

Artículo: Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del conservador
Revista: Nº168, año XLVII (En-Dic, 1980)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el caso de enajenar habiéndose obligado a no hacerlo, y que aquí rechazamos.[11]

En suma, al ordenar al Conservador inscribir el título, el fallo ha seguido el correcto entendimiento de los preceptos legales aplicables a la materia.

V.- *Cuestiones accesorias pendientes.* La tramitación de esta solicitud ante el Tribunal luego de la negativa del Conservador, permite observar varios puntos que no están del todo claros, generalmente de carácter procesal, y que, por lo mismo, aquí sólo serán enunciados.

a) Juez competente. Pareciendo evidente el carácter no contencioso de las gestiones ante el juez, pudiere surgir duda en cuanto al juez de turno: el que lo esté al momento de presentar la solicitud o el que lo estaba a la fecha con que el Conservador estampó el fundamento de su negativa. En la práctica se recurre al Tribunal de turno al presentarse la solicitud; al menos así ocurrió en el caso en comentario.

b) ¿Puede hacerse parte el Conservador, transformando en contencioso el negocio, en el interés del Registro?

c) ¿Puede el Conservador apelar de la resolución del Tribunal de primera instancia? Aquí tendrá incidencia la respuesta al punto anterior y la actitud efectiva que haya adoptado el Conservador, es decir, si compareció antes de la sentencia. Nótese que se está planteando la comparecencia y posibilidad de apelar del Conservador como parte, sin perjuicio de su participación en las gestiones mediante el informe que el juez le solicita, al que se hará referencia también.

d) ¿Puede comparecer la parte que pactó con el infractor la cláusula de no enajenar, transformando en contencioso el negocio?

e) ¿Es procedente que el juez pida informe al Conservador? En la práctica se solicita el informe. Así ocurrió también en el caso que se comenta. Hay sin embargo algunas razones que podrían conducir a la conclusión de que tal petición de informe es improcedente: el Reglamento impone al funcionario el deber de expresar con individualidad los fundamentos de su negativa en el mismo título (art. 14 inc. final), de modo que ahí está su oportunidad para exponer lo que estime conveniente; y el mismo Reglamento agrega luego que el juez, en vista de la solicitud y de los motivos expuestos por el Conservador, resolverá por escrito "y sin más trámite lo que corresponda" (art. 18); en todo caso, para una justa solución, parece saludable que se pida y emita el referido informe.[12]

---

11 Por si el autor citado pudiere haber entendido que el caso de prohibición voluntaria está incluido en la causal de título "legalmente inadmisible" debido a que el contrato es *ley* para las partes y entonces habría una infracción "legal" transformando al título de la enajenación en "legalmente inadmisible", debe replicarse que no puede extremarse en tales términos el alcance de la asimilación contenida en el art. 1.545, como lo ha resuelto la jurisprudencia, entre otras materias, a propósito de una muy cercana al tema que se está tratando. R. D. J., t. 46, secc. 1ª, pág. 486.

12 V. Raposo Arriagada, Ramón. Ob. cit., pág. 54. Este autor concluye que el informe es improcedente y, reconociendo su conveniencia, propone una reforma del art. 18 en orden a que, en lugar de disponer que se resuelva sin más trámite, se *ordene* al juez solicitar el tal informe.

Artículo: Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del conservador
Revista: Nº168, año XLVII (En-Dic, 1980)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

f) Por último, un aspecto de la comparecencia. En el título, como es tan frecuente, se inserta la conocida cláusula en que se faculta al portador de copia autorizada de la escritura para requerir y firmar las anotaciones, inscripciones y subinscripciones que proceda. Como se sabe, la inscripción conservatoria es tradición y, por tanto, requiere de la voluntad de ambas partes, tradente y adquirente; con la inserción de la cláusula se evita esa concurrencia a la oficina del Conservador, y la inscripción puede pedirla cualquiera. Ahora bien, cuando alguien, portador de copia, requiere la inscripción, ha aceptado el poder conferido en la cláusula y, desde entonces, es mandatario[13] y, como tal, contrae las obligaciones (y derechos) de todo mandatario, lo que significa, por lo que aquí interesa, que deberá procurar siempre ejecutar el encargo, y con el significativo énfasis que fluye del art. 2.134.

Lo anterior significa que, supuesto el carácter discutible de la negativa del Conservador, debe continuar desplegando esfuerzos por lograr cumplir el encargo, es decir, inscribir. En otros términos, deberá concurrir al juez, solicitándole ordene al Conservador inscribir. Al aceptar la facultad concedida en el título, aceptación que se demostró al requerir la inscripción, no sólo le permite continuar insistiendo, sino le obliga a ello.

De esta manera, con la cláusula y la constancia de haber él requerido al Conservador, está en condiciones de presentarse al juez y no necesita más pruebas para su personería. Es claro que si no es persona habilitada para comparecer ante los Tribunales, deberá conferir mandato judicial a un habilitado. Pero si lo es, podría comparecer por sí mismo llevando adelante las gestiones ante el Tribunal. Así precisamente aconteció en el caso referido.

13Y sólo desde entonces. Antes de esa aceptación no hay mandato. Cfr. para este punto y otras particularidades de la cláusula, Peñailillo Arévalo, Daniel: "Se faculta al portador de copia autorizada...". Universidad de Concepción. Estudios, Nº 2.