

N° 200
AÑO LXIV
JULIO-DICIEMBRE 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 -



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

RAMON DOMINGUEZ AGUILA

Prof. Derecho Civil

Universidad de Concepción

RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE

Ex-Prof. Derecho Civil

Universidad de Concepción

CARMEN DOMINGUEZ HIDALGO

Prof. Derecho Civil

Universidad de concepción

1. NULIDAD DE CONTRATO DE HIPOTECA. TRADICION DE HIPOTECA. NULIDAD Y OTRAS SANCIONES

No es nulo un contrato de hipoteca por el hecho que el inmueble hipotecado esté afecto a un embargo o prohibición al tiempo de celebrarse ese contrato. La nulidad se produce sólo si al verificarse la tradición de la hipoteca mediante la respectiva inscripción, subsiste el embargo o prohibición.

No hay nulidad de un contrato de hipoteca que recae sobre un inmueble adquirido mediante el sistema de subsidio habitacional, porque aunque la finca queda afecta a una prohibición de enajenar, la ley ha previsto, para el caso de infracción, una sanción específica que no es la de nulidad.

(Corte de Apelaciones de Concepción, 3 septiembre 1997, rol 410-95. Ministros Srs. Enrique Silva Segura y Freddy Vásquez Zavala, abogado integrante Sr. René Ramos Pazos, redactor).

COMENTARIO

De vez en cuando surgen ante los tribunales casos que pueden calificarse de "escuela", vale decir, de aquellos en que se dan las hipótesis más clásicas enseñadas tradicionalmente en la cátedra. En esas situaciones, no es por lo tanto la doctrina jurisprudencial la que más importa, sino la circunstancia precisa de haberse dado en la realidad, aquellos supuestos que forman parte de la enseñanza común, de modo que la admiración recae sobre el o los letrados que, olvidando esas enseñanzas que han de estar siempre presentes, por ser básicas, las olvidan y obligan a los jueces a recordarles, justamente, lo que no debían olvidar.

Este es uno de ellos. Una persona que adquirió un inmueble mediante el sistema de subsidios para la habitación reglamentado en el D.S. 44 (Vivienda)

de 1988 (D.O. 14 marzo 1988). De acuerdo a lo que se previene en el art. 25 de ese cuerpo legal, el inmueble queda afecto a una prohibición de enajenar por cinco años; pero el art. 34 agrega que no existiendo una sanción específica en el Reglamento, la infracción a cualquiera de sus reglas se sanciona con la restitución del subsidio.

Pues bien, el adquirente, en el caso, otorgó una hipoteca sobre ese inmueble a un acreedor de su cónyuge y, cuando éste pretende hacer efectivo el derecho de persecución ejercitando la respectiva acción hipotecaria, la demandada alega la nulidad del *contrato de hipoteca*, bajo la base de lo que se previene en los arts. 1464 N° 3 y 1682 del C. Civil. Al litigante —es decir a su abogado, pues éste fue quien, naturalmente, redactó la contestación a la demanda— le pareció que esta sanción era evidente: desde siempre se ha sostenido que una prohibición de enajenar, dispuesta en una norma legal equivale a un embargo, para los efectos del art. 1464 N° 3 (Así, E. Velasco, *El Objeto ante la Jurisprudencia*, N° 227, Santiago 1941; R. Domínguez A., *Teoría General del Negocio Jurídico*, N° 120, Santiago 1977) y como aquí la prohibición viene impuesta por el citado art. 25 del D.S., el silogismo y su conclusión era clarísimo: existe la prohibición legal y la ley manda que haya objeto ilícito al infringirla, se dio en hipoteca un bien afecto a ella, ese contrato es nulo de nulidad absoluta por adolecer de objeto ilícito.

Mas el letrado olvidó las enseñanzas que se le impartieron en su curso de obligaciones: pidió concretamente la nulidad no de la tradición del derecho real de hipoteca, sino *la del contrato hipotecario*. Pues bien, salvada la vieja y hoy abandonada tesis que hace de la inscripción de la hipoteca en el registro respectivo una solemnidad del contrato mismo, debía recordar el letrado que el *contrato* de hipoteca no es nulo si el inmueble al que se refiere está embargado, porque lo que el art. 1464 N° 3 califica de objeto ilícito es a la *enajenación* y no al mero contrato que es sólo título para la futura enajenación que sólo se verificará al tiempo de la tradición efectuada mediante la respectiva inscripción registral (art. 686 inc. 2° C. Civ.). De allí que la sentencia que se comenta le haya recordado que, como ya se había resuelto antes, no sea nulo el contrato de hipoteca porque el mero contrato "no es acto de enajenación, ni limitación del dominio del propietario" (C. Santiago, 8 de mayo de 1951, *Rev. de Der.* t. 48, sec. 2°, pág. 11; C. Suprema, 6 agosto 1935, *Rev. de Der.* t. 32, sec. 1°, pág. 474). Y como lo que él pedía era la nulidad del *contrato* y no la de su tradición, la acción no podía acogerse.

Pero todavía olvidaba el letrado una segunda enseñanza clásica y que es la que se hace expresamente el art. 10 del C. Civil, en cuanto a que los actos prohibidos por la ley son nulos, siempre y cuando la ley no haya previsto una sanción específica para la contravención, distinta a la nulidad. Es ésta una regla común en las codificaciones (art. 6, N° 3 C. Civil español, 18 C. Civ. argentino, 8 C. Civ. mexicano, etc.) y que expresa la reacción del ordenamiento al incumplimiento de las normas prohibitivas y aun imperativas, sancionando ese incumplimiento con la nulidad del acto contravencional; pero esos actos, aun contrariando el mandato legal, son excepcionalmente válidos si la propia norma ordena su

validez mediante la imposición de un efecto diverso al de nulidad. Y es de hacer notar que, como lo expresa rectamente un eminente autor, lo que la regla determina es que el acto, a pesar de contravenir al ordenamiento, es válido, de forma que "la esencia de que el acto contrario a Derecho sea válido, está no en que la ley establezca para él otro efecto distinto de la nulidad, sino en que disponga excepcionalmente su validez, si bien esto se deduzca de que haya ordenado otro efecto (distinto de la nulidad) para el acto contra ley" (M. Albaladejo, *Derecho Civil*, t. 1, vol. 1, pág. 182, Barcelona, 1996). Lo que es de anotar, puesto que entonces, lo que la ley manda, al apartar la nulidad como sanción, es que el acto tenga validez. Por ello es que, si el art. 34 del D.S. 44 de 1988 ordena que el infractor deberá restituir el subsidio, está apartando la nulidad como sanción y, por el contrario, estableciendo que el acto de enajenación es válido, sin que pueda fundarse una acción de nulidad en lo previsto en los arts. 10, 1466 y 1682 del C. Civil.

Esto es lo que recuerda al demandante la sentencia que se comenta y que es bueno que se haga de tiempo en tiempo.

2. IRREVOCABILIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE GENERO DERECHO PARA EL ADMINISTRADO. DERECHOS ADQUIRIDOS. PATENTE COMERCIAL. PERMISO DE CORTA DE ARBOLES

DOCTRINA

Es principio aceptado uniformemente que un acto administrativo que ya ha producido sus efectos, ingresa al patrimonio del administrado un derecho sobre el cual ya no puede la administración dejarlo sin efecto, en particular si el acto revocatorio se funda en errores propios de la administración. Este acto es arbitrario porque afecta así un derecho de propiedad y debe ser corregido por medio del recurso de protección, dejándolo sin efecto.

Primera especie: De este modo, debe restituirse al administrado la patente comercial definitiva que le había otorgado la Municipalidad y que se había caducado por estimarse que al conferirla, se había transgredido el art. 141 de la Ley de Alcoholes al existir mayor distancia de un retén de Carabineros que el previsto en esa norma, respecto del establecimiento comercial a que esa patente se refería (C. Concepción, 24 septiembre 1997, recurso de protección rol, Ministros Srs. Fidel Enríquez S., Irma Meurer M. y abogado integrante Sr. Marcelo Torres D., redactor).

Segunda especie: Del mismo modo, debe dejarse sin efecto la resolución de la Dirección de la Corporación Nacional Forestal que deja sin efecto autorizaciones de tala de bosques dadas por la propia Corporación, bajo el pretexto que se dieron sin exigir reforestación (C. Concepción, 15 de julio 1997, recurso de protección rol 151-97. Ministros Srs. Enrique Silva Segura, redactor, Freddy Vásquez y abogado integrante Sr. René Ramos P.).

COMENTARIO

No hay gran novedad en las dos sentencias cuya doctrina se ha transcrito, puesto que se trata ya de una verdadera regla jurisprudencial adquirida y fir-