

LA COMPRAVENTA ESTUDIOS

**JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ
ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
DIRECTORES**

**PABLO ULLOA VALENZUELA
RICARDO TORRES URZÚA
EDITORES**



THOMSON REUTE

ÍNDICE

Pá

LA COMPRAVENTA ESTUDIOS

© JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ - ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI (DIRECTORES)
PABLO ULLOA VALENZUELA - RICARDO TORRES URZÚA (EDITORES)
2017 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.ThomsonReuters.cl
Registro de Propiedad Intelectual N° 277.788 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 879 - 3
1ª edición junio 2017 Legal Publishing Chile
Tiraje: 300 ejemplares
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

PRESENTACIÓN	
COLABORADORES	
ESTUDIOS	
ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL AL DERECHO EUROPEO: LA COM- PRAVENTA	
<i>Antonio Manuel Morales Moreno</i>	
COMPRAVENTA CIVIL Y MERCANTIL	
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	
ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE LA COMPRAVENTA CIVIL Y LA COMPRA- VENTA DE CONSUMO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS PARTES, EL OBJETO, LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y LA ENTREGA DE LA COSA	
<i>Francisca Barrientos Camus, Ignacio Labra Saldías</i>	
LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR EN LA VENTA DE COSA AJENA.....	
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri, Ricardo Torres Urzúa</i>	
LOS RIESGOS DE LA COSA VENDIDA EN LA COMPRAVENTA	
<i>Fabián Elorriaga de Bonis</i>	
VENTA AL PESO, CUENTA O MEDIDA Y VENTA AL GUSTO	
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	
PRECIO CORRIENTE Y PRECIO DE MERCADO: ¿HACIA UNA CONVERGENCIA O DIVERGENCIA?.....	
<i>Alfredo Ferrante</i>	

- VELASCO FABRA, Guillermo (2006). "La reserva de dominio simple en Alemania", *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 7.
- VERA, Robustiano (1897). *Código Civil de la República de Chile concordado i explicado*. Santiago: Imprenta de la Gaceta. Tomo VI.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003). *La tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio en el Código Civil chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2ª ed.
- VÍO VÁSQUEZ, Efraín (1945). *Las obligaciones condicionales*. Concepción: Escuela Tipográfica Salesiana.
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2001). *Tratado de los derechos reales*. Bogotá: Editorial Jurídica de Chile/Temis. 6ª ed.
- WESTERMANN HARRY, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Kart-Heinz, y EICKMANN, Dieter (2008). *Derechos reales*. José María Miquel (trad.). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.

SENTENCIAS CITADAS

- SCS 12 de agosto de 1863 (*GT* 1863, núm. 1649, pp. 625-626).
- SCS 10 de junio de 1868 (*GT* 1868, núm. 1317, p. 590).
- SCS 5 de mayo de 1886 (*GT* 1886, I, núm. 1393, p. 948).
- SCA La Serena 3 de mayo de 1867 (*GT* 1867, núm. 1296, p. 534).
- SCS 30 de agosto de 2005 (rol núm. 2037-2003).
- SCS 5 de noviembre de 1861 (*GT* 1861, núm. 1741, pp. 1092-1093).
- SCS 23 de enero de 1985 (*RDJ* 82, sec. 1ª, pp. 1-3).
- SCS 13 septiembre de 1864 (*GT* 1864, núm. 1774, pp. 643-645).
- SCT Santiago 29 de marzo de 1962 (*RDJ* 59, sec. 1ª, pp. 261-268).
- SCA Valparaíso 5 de mayo de 1899 (*GT* 1899, I, núm. 651, pp. 557-559 [cons. 5º y 6º, p. 558]).
- SCA Santiago 2 de septiembre de 1912 (*GT* 1912, II, núm. 817, pp. 107-114 [sentencia de primera instancia, cons. 10º, p. 113] = *RDJ* 11, sec. 2ª, pp. 1-10 [p. 9]).

CLÁUSULAS DE NO ENAJENAR

LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA

I. PRESENTACIÓN

El contrato de compraventa es el título translaticio de dominio por antonomasia, de ahí que el artículo 1810 exija como requisito de la cosa vendida que no sea de aquellas cuya enajenación está prohibida *por ley*. Atendida esta disposición, resulta justificada la pregunta sobre si una prohibición de enajenar podría tener una fuente distinta de la ley, específicamente, la voluntad individual. La cuestión se relaciona con las llamadas cláusulas de no enajenar que, tratándose de un contrato de compraventa, tienen importancia desde varias perspectivas: (i) la eficacia de la venta de una cosa afecta a una prohibición voluntaria de no enajenar; (ii) la posibilidad de introducir una cláusula de no enajenar en un contrato de compraventa y los términos en que debería redactarse, y (iii) la suerte del contrato en caso de inobservancia de la cláusula. Como se intuye fácilmente, estas cuestiones exceden con creces al contrato de compraventa, abarcando aspectos fundamentales del derecho de dominio y de la disciplina de la nulidad, de ahí que en este trabajo me referiré a las cláusulas de no enajenar desde una perspectiva amplia, comenzando por poner en evidencia su relación con la facultad de disposición y las limitaciones al derecho de propiedad. Sucesivamente, analizaré los problemas de validez y los efectos de las cláusulas, para finalizar con un conjunto de conclusiones.

II. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS VOLUNTARIAS DE NO ENAJENAR EN EL ORDENAMIENTO CHILENO

1. LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN COMO CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA

Una de las características del derecho real de dominio es su *elasticidad*, es decir, la capacidad para contraerse o expandirse dependiendo de si el título

está o no en posesión de las plenas facultades que el derecho confiere.¹ El propietario de una cosa puede estar privado de su uso y/o goce mediante la existencia de un derecho real limitado, como el de uso o de usufructo. Puede estar privado de la facultad de disposición material, por ejemplo, en caso de que se trate de un bien afecto a la protección de monumentos nacionales (ley N° 17.288) o sobre el cual pese un derecho real de servidumbre. Asimismo, el dueño puede estar privado de la disposición jurídica de la cosa, mediante las llamadas prohibiciones de enajenar y gravar, como cuando la cosa está sujeta a un embargo o a una medida precautoria de no enajenar, en los términos del artículo 1464 CC. En todos estos casos, el carácter elástico del dominio permitirá su reconstitución una vez que cese la causal que limita la respectiva facultad. Con todo existen algunas dudas relacionadas con los posibles orígenes de las limitaciones a la facultad de disposición, especialmente con la facultad de disposición jurídica² y la posibilidad de que su limitación emane de la voluntad individual. Este es el contexto de las llamadas “cláusulas de no enajenar”, en que lo que se discute es precisamente si, en virtud de la autonomía de la voluntad, puede el propietario renunciar a su facultad de disponer arbitrariamente de la cosa.³ Como es sabido, esta discusión deriva de la contraposición entre dos principios rectores del derecho privado: la autonomía de la voluntad y la libre circulación de la riqueza.

¹ Esta idea, elaborada en la doctrina extranjera, ha sido acogida en Chile por Peñailillo, quien enumera como uno de los caracteres del dominio su abstracción y elasticidad. *Vid* PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 133.

² Dado que en Chile las prohibiciones de disposición material no han originado algún debate, este análisis se limitará a la facultad de disposición jurídica, sin perjuicio de que las limitaciones voluntarias de la disponibilidad material del bien resulten tanto o más interesantes, tal y como ha demostrado la doctrina y jurisprudencia italianas que se han detenido ampliamente sobre el punto. *V. gr.* CENDON, Paolo (curador) (2010). *Commentario al codice civile. Artt. 1343-1469 bis. Contratto in generale*, Milano: Giuffrè, pp. 488 ss.; CEOLIN Matteo (2010). *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova: Cedam, *passim.*; NOCERA, Iván Libero (2009). “Vincoli di destinazione tra divieto di alienazione ex art. 1379 cod. civ. e buona fede in executivis”. *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, N° 5, mayo 2009, pp. 425 ss.

³ En estos términos se expresaba ya Claro Solar, cuando afirma: “la facultad de enajenar es de la esencia misma de la propiedad. Sería, por tanto, nula en principio toda convención por la cual un propietario renunciara a la facultad de disponer de sus bienes de un modo absoluto”. *Cfr.* CLARO SOLAR, Luis (2015). *Explicaciones de derecho civil y comparado. De los bienes I*, reimpresión. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. III, tomo sexto, p. 310.

La autonomía de la voluntad es un principio del Derecho privado, que se expresa en el conocido adagio “en Derecho privado puede hacerse todo aquello que no esté prohibido”. Por su parte, la libre circulación de la riqueza constituye uno de los pilares del derecho privado chileno, elevado incluso a rango constitucional y ampliamente esgrimido en el mensaje del Código Civil, como una justificación para abolición de los mayorazgos y los fideicomisos y usufructos sucesivos. En virtud de este principio, el legislador estableció que, en caso de hipoteca, el dueño podría siempre enajenar o hipotecar el bien hipotecado, no obstante cualquier estipulación en contrario, artículo 2415 CC. Asimismo, estableció que se tendrá por no escrita la cláusula de no enajenar la cosa legada, siempre y cuando la enajenación no afecte los intereses de terceros, artículo 1126 CC. Sin embargo, en algunos casos reconoció la posibilidad de limitar la enajenación de ciertos bienes por ejemplo, de la propiedad fiduciaria, artículo 751 CC y del bien donado por donación entre vivos, artículo 1432.

Con esos antecedentes, la doctrina nacional ha formulado argumentos a favor y en contra de la validez de las cláusulas voluntarias de no enajenar:

⁴ Esquemáticamente puede verse ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo *et al.* (2001). *Tratado de los Derechos Reales*. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. I, pp. 58 ss.; UGARTE GODOY, José Joaquín (2000). “El contrato de factoraje y la prohibición convencional de ceder créditos a un factor”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVII, N° 2, pp. 65 ss.; ALESSANDRI BESA, Arturo (2008). *La nulidad y la rescisión en el derecho chileno*, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. I, pp. 177 ss.; PEÑAILILLO (2006), pp. 139 ss.; ROZAS VIAL, Fernando (2006). *Los bienes*. Santiago: LexisNexis, pp. 80 ss. SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2006). *Temas de derecho inmobiliario*. Santiago: Ediciones Metropolitana, pp. 55 ss.; SCHMIDT HOTT, Claudia (2009). *Teoría general de los derechos reales*. Santiago: PuntoLex, Thomson Reuters, pp. 38-39; PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013). “Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar: un enfoque actual”, en BARCIA LEHMAN, Rodrigo (coordinador científico), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*. Santiago: LegalPublishing, Thomson Reuters, pp. 259 ss. Interesantes resúmenes del problema, con opiniones disímiles en cuanto a su solución, pueden verse en las numerosas tesis de pregrado que se han llevado a cabo sobre la materia. *Via* GONZÁLEZ MALDONADO, Jorge Andrés (1995). *Prohibiciones de enajenar y especialmente de la cláusula convencional de no enajenar*. Seminario de título para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, no publicada; GAUTIER BUGMANN, Marcelo (1999). *Sobre la invalidez de la cláusula no enajenar en el derecho chileno*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Finis Terrae, no publicada; CARVAJAL BUSTOS, Carlos; ESPINOZA CONSTANZO, Orlando (2001). *Del valor de la cláusula de no enajenar estipulada en el contrato*. Universidad de Chile, no publicada; HIDALGO VENEGAS, Huber Hernaldo (2003). *Cláusulas de no enajenar: regulación jurídica y tratamiento*

Con todo, ya desde la primera mitad del siglo XX, viene prevaleciendo una tercera alternativa: su *validez relativa*.⁵ Esto significa que las cláusulas son válidas, siempre y cuando respeten algunos límites mínimos, esto es, que exista un interés legítimo en su establecimiento y que tengan un carácter temporal, es decir, que no sea perpetua ni de muy largo tiempo. Ésta es la opinión de la inmensa mayoría de la doctrina actual.⁶

En suma, según la doctrina y jurisprudencia actualmente en aplicación, las cláusulas de no enajenar son válidas, a pacto que cumplan con los requisitos enunciados. Esta solución resuelve el problema de la validez de la cláusula, pero deja pendiente otras cuestiones: (i) en qué casos o bajo qué supuestos debe entenderse que la cláusula cumple con los requisitos enunciados; (ii) cuál es la sanción de ineficacia para el caso en que la cláusula no cumpla con los requisitos, y (iii) qué efectos produce una cláusula válidamente establecida. A estas cuestiones me referiré en lo sucesivo.

2. REQUISITOS ESPECIALES PARA LA VALIDEZ

DE LAS CLÁUSULAS DE NO ENAJENAR: CONCRECIÓN DE LAS EXPRESIONES INTERÉS LEGÍTIMO Y TEMPORALIDAD

En Chile, la idea de interés legítimo, también llamado interés digno de protección jurídica, ha sido desarrollada a propósito de la responsabilidad extracontractual, en cuyo ámbito se afirma que “la legitimidad del interés no exige que éste responda a una situación legalmente establecida (...) La exigencia de legitimidad es un criterio para definir los límites de los intereses cautelados. Por eso, la legitimidad no está primariamente dada por criterios positivos: son legítimos todos los intereses que no sean contrarios al derecho”.⁷ De ahí que, para determinar si un determinado interés es o no digno de protección jurídica, deba recurrirse a los límites que el ordena-

jurisprudencial. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, no publicada.

⁵ ALESSANDRI (2001), pp. 59 ss.; ALESSANDRI (2008), pp. 185 ss.

⁶ Una opinión contraria puede verse en UGARTE (2000), pp. 68 ss. Para este autor el principio general es la ineficacia de las cláusulas de no enajenar.

⁷ BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 223.

miento jurídico pone a las actuaciones de los particulares, es decir, la ley, el orden público, las buenas costumbres y los derechos de terceros. En lo concerniente específicamente al interés involucrado en las cláusulas de no enajenar, su legitimidad está especialmente relacionada con la noción de *orden público*, en particular, de *orden público económico* recogido constitucionalmente en el artículo 19 N° 21 CPR.

Frente a tal constatación, no pueden perderse de vista las características particulares que reviste la noción de orden público como instrumento de técnica legislativa, las cuales derivan del hecho de pertenecer a los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*,⁸ es decir, a aquellos “instrumentos legales que apelan a la prudencia judicial, poseedora de un amplio margen de discrecionalidad interpretativa, para que determine la correcta solución a la luz de las circunstancias del caso”.⁹ En la técnica legislativa se trata de conceptos que el legislador intencionalmente abandona a la vaguedad, porque la indeterminación intrínseca de su contenido constituye un factor de adaptación del Derecho, los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos “determinables” y “re-determinables” conforme a las circunstancias y las épocas.¹⁰ Así las cosas, para determinar si una cláusula de no enajenar atenta o no contra el orden público, es decir, si está o no sustentada por un interés legítimo, habrá que estarse a las características del caso concreto, correspondiendo a quien alegue su falta de legitimidad la carga argumentativa dirigida a demostrarla.

Ahora bien, el reenvío al caso concreto es una solución “fácil”, pero poco fructífera si no se dan pautas que permitan a las partes anticipar la legitimidad de sus actuaciones y a los jueces distinguir entre una actuación amparada por el ordenamiento jurídico y una que no lo está. En otras palabras, es necesario establecer parámetros para guiar la actuación de los particulares y las decisiones judiciales. En este sentido, un primer parámetro está dado

⁸ Para la historia y análisis del significado moderno de la expresión “orden público”, *vid.* FERRI, Giovanni (1980). “Ordine pubblico” (dir. priv.), *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXX, Milano: Giuffrè, pp. 1038 ss.

⁹ Cfr. BAZÁN L., José Luis, MADRID R., Raúl (1991). “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N° 2, 1991, p. 180.

¹⁰ BERGEL, Jean Louis (2001). *Méthodologie juridique*: Paris: Thémis, p. 115.

por la noción de *razonabilidad*,¹¹ debe considerarse legítimo el interés que corresponda a un deseo razonable del beneficiario o constituyente de la cláusula, aunque no necesariamente se trate de un interés económico. Bajo este prisma, resulta legítimo el interés del abuelo que vende la casa a uno de sus nietos con el fin de que ésta “quede en la familia”, mientras él o su cónyuge vivan. Al contrario, carecerá de legitimidad el interés consistente en la “protección del linaje familiar”, en virtud del cual se prohíbe la venta de la casa a personas provenientes de ciertos estratos sociales. Asimismo, carecerá de legitimidad el interés consistente en excluir a un competidor del mercado y en general todos aquellos fines que comporten un atentado contra la libre competencia¹² o la exclusión definitiva del comercio un determinado bien.

Observaciones semejantes pueden realizarse respecto del requisito de *temporalidad*. En efecto, no basta con que la cláusula tenga una limitación temporal, es decir, que no sea perpetua, debe tratarse de un *plazo razonable* que, como tal, dependerá de las circunstancias del caso concreto y podrá ser más o menos largo.¹³ Como consecuencia, si bien la legitimidad del interés y temporalidad de la prohibición se presentan como requisitos independientes, lo cierto es que están intrínsecamente relacionados, pues, para establecer concretamente la duración de la prohibición, debe considerarse el interés del beneficiario o constituyente de la cláusula. Siendo todavía más precisa, creo que el primer elemento para determinar si la cláusula cumple o no

¹¹ A la noción de razonabilidad como criterio guía para las decisiones judiciales, me he referido en otra oportunidad, al cual me permito reenviar: SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2011). “El criterio de ‘lo razonable’: Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño”. *Derecho y Justicia. Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Silva Henríquez*, N° 1, pp. 43-66.

¹² En este sentido resultan interesantes las reglas impuestas por el Código Civil y Comercial argentino, en cuanto prohíbe las cláusulas de no enajenar genéricas, pero admite aquellas que se refieren a una o más personas determinadas, en cuyo caso el acto estará “fuera del comercio”. *Vid.* Código Civil y Comercial de la República Argentina, artículos 234 y 1972. Esta regla, que venía desde el código precedente, ha sido tradicionalmente explicada “en las exigencias de los negocios y como defensa lícita contra ciertos competidores”. Cfr. LAFAILLE, Héctor (1944). *Derecho civil IV. Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, S.R.L., p. 17.

¹³ De ahí que parezca más oportuno referirse a este requisito con el nombre de *duración razonable* o *congrua*.

con el requisito de temporalidad es la naturaleza del interés que motiva el pacto. Así, si el interés es económico, la prohibición se justifica mientras subsista este interés económico, por ejemplo, mientras no se pague el mutuo en que se inserta la cláusula;¹⁴ si el interés es no patrimonial, haciendo una analogía con otras limitaciones al dominio expresamente reguladas en el Código, me parece que la duración máxima de la limitación debiera ser toda la vida del beneficiario de la cláusula,¹⁵ sin que pueda pasar a sus sucesores¹⁶ y sin perjuicio de una duración menor cuando corresponda. Finalmente, la duración de la prohibición dependerá también de la naturaleza del bien; tratándose de inmuebles puede asumirse una duración más larga

¹⁴ Esta idea fue expresamente consagrada por la Corte de Valparaíso, que acogió una demanda de alzamiento de prohibición de enajenar fundada precisamente en que se había extinguido la deuda que le había dado origen y, por lo tanto, carecía de interés que la legitimara. *Vid.* Vidal Silva María Victoria con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1 de junio de 2015 (apelación), rol N° 728-2015. La misma idea se desprende del fallo en que la Corte Suprema confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que, acogiendo una demanda de prescripción, ordena el alzamiento de las prohibiciones de enajenar constituidas con ocasión del mutuo hipotecario. *Vid.* Ramírez Valera Leonardo Leonel y otros con Corporación Nacional del Cobre o Codelco Chile (2014): Corte Suprema, 11 de junio de 2014 (casación fondo), rol N° 4881-2013. Asimismo, la sentencia de la Corte Suprema de 14 de mayo de 2014, que confirma la sentencia de la Corte de Santiago, ordenando el alza y cancelación de la hipoteca y prohibición, por estimar que las obligaciones principales estaban extinguidas. Chauveau Rochette Margarita y otros con Cuevas Neumann Francisco Javier y otra (2014): Corte Suprema, 14 de mayo de 2014 (casación forma y fondo), rol N° 2224-2010.

¹⁵ Cabe señalar que no siempre resulta claro quién es el beneficiario de la cláusula. Así, en un caso relativo a una cláusula de no enajenar establecida en virtud de la adjudicación de un inmueble en la partición de la sociedad conyugal, según la cual quedaba prohibido a la “cónyuge adjudicataria enajenar o gravar el inmueble a ella adjudicado, sin el consentimiento de todos los hijos”, la Corte Suprema sostuvo que el beneficiario de dicha cláusula era el exmarido que la había establecido, negando que en el caso se configurara una estipulación en favor de otro, es decir, en favor de los hijos. Con este razonamiento, la Corte rechazó la demanda de indemnización interpuesta por los hijos, a pesar de que la cónyuge había subdividido el predio y enajenado la nuda propiedad de una parte del mismo. *Vid.* Morales C. Bernardita y otros con Morales C. Margarita del Carmen (2011): Corte Suprema, 18 de enero de 2011 (casación fondo), rol N° 6359-2009.

¹⁶ Una analogía similar propone, para el derecho español, Llamas Pombo, para quien “por analogía con las limitaciones de las sustituciones fideicomisarias, se afirma que la prohibición de enajenar no puede ser perpetua ni pasar al segundo grado de parentesco”. Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio (2014). *La compraventa*. Madrid: La Ley, p. 729.

que respecto de muebles, especialmente si estos están destinados al uso y expuestos a sufrir detrimento.

3. SANCIÓN DE INEFICACIA A QUE ESTARÍA SUJETA LA CLÁUSULA QUE NO CUMPLA CON LOS REQUISITOS DE VALIDEZ: UNA HIPÓTESIS DE NULIDAD PARCIAL

Todo lo dicho respecto a la necesidad de que la cláusula de no enajenar tenga interés legítimo, que se traduce en la exigencia de temporalidad, en la medida que la duración debe ser congruente con el interés protegido, trae a colación la idea de *causa*, en el sentido de *causa fin* recogido en el artículo 1467 CC. En efecto, el interés del constituyente o beneficiario no es otra cosa que el *motivo que induce* a la introducción de la cláusula. Así se justifica también que el análisis de legitimidad se haga recurriendo a los límites que ordenamiento impone a la causa del acto jurídico: ley, orden público y buenas costumbres.

Establecido que el interés legítimo corresponde a la *causa* de la cláusula y que la duración debe ser congruente con este interés, resulta que la sanción de ineficacia aplicable a los casos en que haya un defecto en estos elementos serán los que el ordenamiento jurídico asigne a los defectos en la causa del negocio. Ahora bien, en este caso, los defectos posibles son dos: (i) *ausencia de causa*, cuando la cláusula no responda a ningún interés del constituyente, y (ii) *causa ilícita*, cuando el interés sea ilegítimo. Como es sabido, la doctrina chilena tradicionalmente ha discutido sobre si ambas hipótesis de ineficacia están afectas a una misma sanción, esto es, la nulidad absoluta, o si, por el contrario, en el primer caso la sanción es la inexistencia. En mi opinión, expresada y argumentada en otra sede, a la cual me permito reenviar,¹⁷ el Código Civil chileno no reconoce una acción meramente declarativa de inexistencia y, por tanto, en ambos casos la sanción debe ser la nulidad absoluta. En consecuencia, ya sea que no pueda identificarse un interés o bien que éste resulte ilícito, la cláusula estará afectada de un vicio de nulidad absoluta.

Sin perjuicio de lo dicho respecto de la inexistencia, no cabe duda de que los problemas relativos al interés se resuelven recurriendo a la noción

¹⁷ SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2015). “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 42, N° 3, pp. 745-784.

de causa y, por tanto, a la nulidad; empero no ocurre lo mismo cuando se trata de la duración, especialmente cuando ella aparece excesiva, aunque no perpetua. A este respecto, visualizo dos posibilidades: (i) sostener que la duración es funcional a la protección del interés y, por tanto, sigue las mismas reglas de ineficacia, esto es, la nulidad absoluta por defecto en la causa;¹⁸ o (ii) sostener una suerte de inoponibilidad del exceso, de manera que, si la duración es excesiva en relación al interés, ella pueda ajustarse al tiempo de duración de este último. La diferencia entre las dos opciones no es despreciable, toda vez que, en el primer caso, la cláusula estará afectada a un vicio de nulidad absoluta y, por tanto, ni siquiera las partes tendrán la posibilidad de enmendarla, mientras que en el segundo caso podría enmendarse, ya sea por voluntad de las partes o disposición del juez, haciendo una analogía con la conversión del acto nulo.¹⁹ Sin perjuicio de que el principio de conservación del contrato insta a abogar por la segunda alternativa, creo que una duración que supere el límite temporal admisible resulta contraria al orden público económico y, por tanto, da origen a un vicio de nulidad absoluta, que no puede ser saneado. En síntesis, tanto la legitimidad del interés como la limitación temporal adecuada constituyen requisitos necesarios para la validez de la cláusula, la falta de cualquiera de ellos comporta un vicio de nulidad absoluta.

Establecida la existencia de un vicio de nulidad en el pacto de no enajenar, resulta legítimo preguntarse si ésta afecta a la integridad del contrato o más bien sólo a la cláusula que lo contiene. Invocando una vez más al principio de conservación de los contratos, cabe concluir que la nulidad afecta solamente a la cláusula de no enajenar, dejando subsistente al negocio principal. Se trataría de un caso de nulidad parcial, institución que en Chile ha tenido acogida doctrinaria y jurisprudencial.²⁰ En este punto,

¹⁸ En este caso podría verse también una hipótesis de objeto ilícito, en la medida en que la duración es también parte de la cláusula, pero las consecuencias prácticas no difieren.

¹⁹ Este problema se ha presentado también en otros países, que exigen los mismos requisitos. Así, en Italia, si bien la conclusión dominante es la nulidad de la cláusula, se han propuesto varias soluciones tendientes a su conservación. *Vid.* CENDON (2010), pp. 477 ss.; PELLECCIA, Enza (2011). “Divieto di Alienazione”, en NAVARRETA, Emanuela y ORESTANO, Andrea, *Commentario del Codice civile: Dei contratti in generale. artt. 1350-1386*, Torino: UTET, pp. 871 ss.

²⁰ *Vid.* ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1998). “La nulidad parcial”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCV, N° 3, pp. 77 ss.; ALESSANDRI (2008), pp. 103 ss.

cabe recordar que por regla general la nulidad de una cláusula comporta la nulidad total del acto, salvo que se den los requisitos de la nulidad parcial, esto es, que se trate de una cláusula “separable”. En este caso: (i) que el negocio hubiese tenido lugar igualmente sin la cláusula de no enajenar²¹ y (ii) que, sin la cláusula de no enajenar, el negocio pueda igualmente cumplir su finalidad.²² En síntesis, que la desaparición de la cláusula no comporte el decaimiento del contrato principal.²³

III. EFECTOS DE LAS PROHIBICIONES VOLUNTARIAS DE ENAJENAR VÁLIDAMENTE CELEBRADAS

1. EFECTOS REALES U OBLIGATORIOS DE LA CLÁUSULA DE NO ENAJENAR. LAS SOLUCIONES FRANCESA, ESPAÑOLA E ITALIANA

La validez de la cláusula significa solamente que no puede entablarse una acción tendiente a declarar su nulidad o, mejor aún, que una acción semejante no prosperaría. Cuestión distinta es ¿qué efectos jurídicos produce la cláusula de no enajenar? A este respecto las alternativas son: (i) sostener que tiene efectos reales, es decir, que priva al titular del dominio de la facultad de enajenar y, por tanto, la enajenación subsecuente adolece de un defecto de nulidad oponible incluso a terceros de buena fe; y (ii) sostener que tiene solamente efectos obligatorios y, por tanto, el titular del dominio no se ve privado de la facultad de enajenar, sino que solamente queda gravado con una obligación negativa, cuya contravención genera responsabilidad, pero en sí misma no afecta la validez de la enajenación.²⁴

²¹ Vid. Código Civil alemán, & 139; Código Civil italiano, artículo 1419.

²² Vid. Código Civil italiano, artículo 1420; Código Civil y Comercial de la República Argentina, artículo 389.

²³ En este sentido, siguiendo a la doctrina italiana, afirma Alessandri Besa, que si en la cláusula nula “contiene las declaraciones o estipulaciones que constituyen la razón de ser del acto o contrato, razón que fue precisamente la que determinó a las partes a ejecutar el acto o a celebrar el contrato, es lógico concluir que si esa cláusula es nula, todo el acto o todo el contrato lo será también”. Cfr. ALESSANDRI (2008), p. 104.

²⁴ En palabras de Díez-Picazo, esta distinción equivale a la diferencia entre *prohibiciones de enajenar y obligaciones de no disponer*: “En el primer caso el titular del derecho se ve privado de la facultad dispositiva y carece en adelante de ella. En el segundo caso asume un puro deber consistente en una prescripción negativa o de no hacer, de manera que poseyendo facultades su-

Como es sabido, el problema de las cláusulas de no enajenar no es privativo de la realidad chilena y tampoco la idea de la *validez relativa*. En efecto, ésta se limita a seguir las conclusiones alcanzadas por los autores franceses e italianos durante la primera mitad del s. XX,²⁵ quienes discutieron largamente sobre la validez de tales cláusulas y llegaron a la conclusión que ellas eran válidas, siempre y cuando respetaran dos límites: (i) la existencia de un interés digno de tutela jurídica y (ii) su carácter transitorio o temporal. A la misma conclusión llegarían luego los autores españoles, influenciados, al igual que chilenos, por los franceses e italianos. Estas ideas encontraron expresa acogida legislativa en los tres países citados, pero sin que se les diera el mismo valor y alcance, pues cada uno presenta soluciones diferentes en lo relativo a los efectos y ámbito de aplicación de las cláusulas. De ahí que una mirada comparada resulte interesante precisamente en este punto.

En Francia, mediante la reforma introducida en 1971, la doctrina relativa a las cláusulas de no enajenar encontró acogida directamente en el *Code Civil*, con la incorporación del artículo 900-1, destinado a regular las cláusulas de no enajenar en la donación y el legado,²⁶ pero que se acepta como regla general para todo tipo de actos.²⁷ De esta manera, en el Derecho

ficientes para realizar el acto dispositivo queda obligado a no ejecutarlo”. Cfr. Díez-Picazo, Luis (2008). *Fundamentos de derecho civil patrimonial III*. 5ª ed. Madrid: Thomson, Civitas, p. 945.

²⁵ Es interesante destacar que en ambos la discusión se mantuvo en paralelo, llegando a resultados diametralmente opuestos, como veremos enseguida. Sobre el punto vid. PELECCIA (2011), pp. 866 ss. Para una reconstrucción histórica de la prohibición de enajenar, vid. CANCELLI, Filipp. (1964). “Divieto di alienazione” (dir. rom). *Enciclopedia del diritto*, tomo XIII, Milano: Giuffrè, pp. 383 ss.; CORTESE, Ennio (1964). “Divieto di alienazione” (dir. interm.). *Enciclopedia del diritto*, tomo XIII, Milano: Giuffrè, pp. 386 ss.

²⁶ Art. 900-1 “*Les clauses d’inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l’intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s’il advient qu’un intérêt plus important l’exige. // Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales*”.

²⁷ El hecho de que las cláusulas de no enajenar pueden incluirse también en un acto a título oneroso, fue expresamente sancionado por la Corte de Casación en sentencia de 31 de octubre de 2007. Vid. Cour de Cassation chambre civile 1, Audience publique du mercredi 31 octobre 2007, N° de pourvoi: 05-14238. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017919465&fastReqId=901387097&fastPos=1>. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2016].

francés se ha dado un tratamiento unificado a las cláusulas en cuestión, cualquiera sea la naturaleza del negocio en que han sido incorporadas y cualquiera sea la naturaleza del bien gravado con la prohibición.²⁸ En lo que atañe a los efectos, el artículo 900-1 no los explicita, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia francesas entienden que tales cláusulas tienen un efecto real,²⁹ esto es, priva al propietario de la facultad de disposición y, por tanto, la enajenación realizada en contravención a ella adolece de nulidad, incluso si se hace en el marco de una venta forzada, pues los bienes son inembargables.³⁰

En Italia, la versión original del *Codice Civile*, de 1942, distinguía entre contratos y testamentos. Para el caso de las disposiciones testamentarias, se establecía la nulidad de las cláusulas de no enajenar, por disposición de los artículos 692 y 697. Tratándose de los contratos, las cláusulas en cuestión fueron expresamente admitidas, en los límites antes señalados, art. 1379 C.C.It. Sin embargo, a diferencia del francés, el código italiano sí reguló los efectos de estas cláusulas, señalando expresamente que ellas tienen sólo efectos obligatorios y que no son oponibles al tercer adquirente.³¹ En consecuencia, no tienen la virtud de privar al dueño de su facultad de disposición. La reforma al derecho de familia italiano, introducida en 1975, trajo consigo la derogación de la norma que declaraba la nulidad de las disposiciones testamentarias que privaban al heredero de la facultad de disposición. Si bien algunos autores afirman

²⁸ Un resumen de la evolución de la doctrina francesa relativa a las cláusulas de no enajenar, puede verse en CUMYN, Michelle (1994). "Les restrictions à la liberté d'aliéner dans le Code civil du Québec". *McGill Law Journal*, Vol. 39, 1994, pp. 877 ss.

²⁹ Tratándose de inmuebles, este efecto real se ve reforzado por el hecho de que el decreto 55-22, de 4 enero de 1955, establece la obligatoriedad de registrar este tipo de cláusulas en el registro de hipotecas. *Vid. Décret N° 55-22 du 4 janvier 1955*, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000850274&dateTexte=20160328>. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2016].

³⁰ *Vid.* BRENNER, Claude (2011). "L'insaisissabilité, Les voies d'exécution". *Revue de Droit Henry Capitant*, N° 2, disponible en: <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=308>. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2016].

³¹ *Artículo 1379 "Il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti"*.

que se trató sólo de un descuido legislativo,³² lo cierto es que a partir de entonces está vigente la discusión respecto de si es o no posible extender a la disciplina testamentaria la norma del artículo 1379 y, de ser positiva la respuesta, si esta aplicación sería idéntica o tendría algunas variables, especialmente en lo que respecta al carácter puramente obligatorio de la cláusula. La tendencia actual es extender la aplicación de la norma, con efectos meramente obligatorios.³³

En España, por su parte, se ha producido una situación intermedia, derivada de la regulación dada por la ley de hipotecas, artículos 26 y 27,³⁴ y la ausencia de una disposición general en el Código Civil. Según el consenso existente en la doctrina española, en virtud de estos artículos, es necesario distinguir entre actos *mortis causa* e *inter vivos* a título gratuito, por una parte, y actos *inter vivos* a título oneroso, por la otra.³⁵ La primera categoría de actos da lugar a verdaderas prohibiciones de enajenar, inscribibles en el registro de hipotecas y, por consiguiente, oponibles *erga omnes*, de ahí que la enajenación en contravención a la cláusula adolezca de nulidad.³⁶ La segunda categoría, en cambio, dado que la cláusula no es susceptible de registración, carece de eficacia *erga*

³² BIANCA, C. Massimo (2005). *Diritto Civile 2. La famiglia le successioni*, 4ª ed. Milano: Giuffrè, p. 807.

³³ *Vid.* CENDON (2010), pp. 465 ss.; PELLECCIA (2011), pp. 875 ss.

³⁴ *Vid. Ley Hipotecaria de España. Decreto de 8 de febrero de 1946*, publicado en "BOE" núm. 58, de 27/02/1946, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>. [Fecha de consulta: 20 de marzo de 2016].

³⁵ *Vid.* CAÑAZARES LASO, Ana (1991). "Eficacia de las disposiciones de disponer voluntarias". *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, N° 4, pp. 1453 ss.; MARTÍN BRICEÑO, María Rosario (2007). *La prohibición de dividir la herencia impuesta por el testador en el Código Civil*, tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, pp. 106 ss., disponible en: <https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/1057/TESIS;jsessionid=79B20B954DB2FB421FA07C296A99F266?sequence=1>. [Fecha de consulta: 3 de abril de 2016]; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María (2014). "La inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 743, pp. 1402 ss. Llama la atención que esta distinción no comprenda las diferentes categorías de bienes, pues si el efecto real se funda en la existencia de un registro público de este tipo de cláusulas, lo lógico sería que ellas no fueran posibles tratándose de bienes no sujetos a publicidad. Sin embargo, ninguno de los autores españoles consultados se pronuncia sobre este aspecto.

³⁶ Sin perjuicio de que se discuta respecto del tipo de nulidad, radical, absoluta o relativa. *Vid.* MARTÍN (2007), pp. 165 ss.

omnes y, por tanto, constituye solamente a una obligación negativa de no enajenar; su incumplimiento podrá generar indemnización de perjuicios, pero el acto de enajenación es válido.³⁷ Díez-Picazo explica que “la razón de ello debe encontrarse en que para su plena eficacia las prohibiciones de disponer necesitan de un soporte causal que sólo se lo proporciona el carácter gratuito de la transmisión”.³⁸ Sin embargo, sin perjuicio del diferente efecto, la doctrina y jurisprudencia españolas entienden que ambas especies de cláusulas deben cumplir con los requisitos de validez consistentes en una causa o interés legítimo (o digno de protección jurídica) y su carácter temporal, con lo cual la explicación de este autor no resulta del todo convincente. De ahí que parezca más atendible aquella explicación según la cual la diferencia es de origen histórico y se encuentra en el respeto a la voluntad del causante, pues originariamente tales cláusulas fueron pensadas para las disposiciones *mortis causa*, como lo son las sustituciones fideicomisarias,³⁹ la extensión de la solución a los actos gratuitos *inter vivos* difuminó la justificación.

Finalmente, siempre en el contexto español, cabe destacar la solución acogida por el Fuero Nuevo o Compilación de Navarra, pues equivale a una mezcla de los tres sistemas antes vistos. En efecto, las leyes 481 y 482 de dicho cuerpo normativo distinguen expresamente entre actos a título gratuito y a título oneroso, pero incluso en estos últimos, si las partes así lo desean, podrán establecerse verdaderas *prohibiciones de enajenar*, con eficacia real, por un plazo máximo de cuatro años.⁴⁰

³⁷ CAÑIZARES (1991), p. 1454; Díez-PICAZO (2008), p. 946.

³⁸ Díez-PICAZO (2008), p. 946.

³⁹ En efecto, las cláusulas de no enajenar estaban previstas en el Código Civil español precisamente a propósito de esta institución, que, en España, pertenece al derecho sucesorio. Vid. artículo 785 Código Civil español. Cabe señalar que esta es, por lo demás, la regla en Derecho comparado y que, según explica Claro Solar, ha sido criticada la innovación de Bello consistente en sacar al fideicomiso de esa sede y llevarlo al libro de bienes. Vid. CLARO SOLAR (2015), Vol. IV, tomo octavo, p. 27.

⁴⁰ Vid. *Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra*, disponible en: http://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/legedia_euskaraz/eu_3818/adjuntos/Zuzenbide-zibila/Nafarroako_Foru_Zuzenbide_Zibilar_i_buruzko_Konpilazioa_edo_Nafarroako_Foru_Berria.pdf. [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2016].

2. LA SOLUCIÓN CHILENA

La doctrina nacional ha sostenido repetidamente que la validez de la cláusula de no enajenar no comporta la nulidad de la enajenación que la quebrante. El fundamento dogmático de esta afirmación se encuentra en el hecho de que la nulidad es una institución de orden público y de carácter excepcional: “no hay nulidad sin ley” y la infracción a una norma prohibitiva de origen contractual, aun cuando se diga que el contrato es ley para las partes, no constituye causal de nulidad.⁴¹ Así lo ha reconocido la jurisprudencia.⁴² A simple vista, este argumento parece persuasivo, pero en realidad no lo es. En efecto, la brevísima mirada comparada del punto anterior evidencia que el efecto que se asigne a las cláusulas de no enajenar obedece más bien a razones de política legislativa que a principios intrínsecos del derecho privado, baste recordar que la cuna del adagio “no hay nulidad sin ley” es Francia y, según se dijo antes, en este país las cláusulas de no enajenar tienen efectos reales.⁴³ Así las cosas, la justificación del efecto no debe buscarse en las reglas de la nulidad, sino en las reglas de la propiedad y en el valor que, respecto de terceros, el legislador ha otorgado a este tipo de cláusulas.

Llegada a este punto, debo reconocer que me resulta atractiva la división acogida en España, especialmente cuando se trata de actos *mortis causa*, pues sólo mediante la imposición de la nulidad de la enajenación se lograría el objetivo de respetar la voluntad del causante, que de otra manera quedaría solamente en una declaración de intenciones. Sin embargo, el análisis del derecho positivo nacional me fuerza a reconocer que esta solución no es la acogida en Chile.

En efecto, de las disposiciones legales que regulan expresamente algunas cláusulas de esta naturaleza se desprende que al legislador nacional le

⁴¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta*, reimpresión. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II, vol. 2, pp. 356 ss. ALESSANDRI (2008), pp. 187 ss. En la jurisprudencia puede verse Morales C., Bernardita y otros con Morales C., Margarita del Carmen (2011).

⁴² García Cano, Germán Alberto con Inversiones Novara Ltda. (2004): Corte Suprema. 17 de junio de 2004 (casación fondo), rol N° 1352-2003.

⁴³ En este mismo sentido, CENDON (2010), p. 474.

interesa salvaguardar los intereses de quienes pudieren resultar afectados con la enajenación prohibida, pero sin recurrir a la nulidad de ésta, independientemente de si el acto es gratuito u oneroso, y sin perjuicio de que los efectos restitutorios en algunos casos se produzcan. En concreto, tales disposiciones asignan consecuencias que no se condicen con una posible eficacia real de las cláusulas. En tal sentido pueden verse: (i) el artículo 793, en materia de usufructo, en que la sanción es la pérdida del usufructo, con lo cual el propietario recupera la nuda propiedad; (ii) el artículo 1432 en materia de donaciones, según el cual la cláusula constituye una carga cuyo incumplimiento autoriza la resolución del contrato, pero que ni aun este caso afecta la eficacia de la enajenación, toda vez que en principio no hay acción contra terceros;⁴⁴ (iii) el artículo 1964, en materia de arrendamiento, que únicamente concede al arrendatario la facultad de permanecer en el arriendo por el tiempo previsto en el contrato, y (iv) el artículo 2415, en materia de hipoteca que, según la interpretación jurisprudencial, permite que se pacte la cláusula, pero en cualquier caso excluye que tenga efectos reales, pues el bien podrá en todo caso enajenarse.

Las únicas disposiciones dudosas en cuanto a los efectos de la cláusula son el artículo 751, en materia de propiedad fiduciaria, y el artículo 1126, en materia de legado, pues en estos casos, si bien se permite la introducción de la cláusula, no se establece una sanción para el caso de contravención. Frente a este silencio, estimo que puede hacerse extensiva la idea subyacente a las demás disposiciones, esto es, que no es necesaria la nulidad para proteger los intereses de los posibles afectados. En efecto, en el caso de la propiedad fiduciaria, podría aplicarse analógicamente la regla del artículo 793 para el usufructo y dar por terminado el fideicomiso, pasando inmediatamente la propiedad al fiduciario, que es precisamente beneficiario de la prohibición.⁴⁵

⁴⁴ En la práctica puede, bajo ciertos supuestos, obtenerse la restitución del bien, pero esto es como consecuencia de la resolución de la donación, no de la nulidad de la enajenación.

⁴⁵ No hemos encontrado en la doctrina nacional análisis alguno sobre la suerte que corre la enajenación hecha en contravención a la prohibición autorizada por el artículo 751. El único que se pronuncia al respecto, de manera bastante confusa, es Claro Solar, quien pareciera entender que, para el caso en que la restitución esté marcada por la muerte del fiduciario, a pesar de la cláusula de no enajenar, la restitución sería a la muerte del fiduciario, con lo cual la cláusula, a pesar de ser válida, carecería de eficacia. (Vid. CLARO SOLAR (2015), vol. IV, tomo octavo, p. 73). Sin embargo, esta interpretación es errónea, pues el artículo 751 contempla dos

En lo que respecta al legado, la eficacia de la cláusula está condicionada a que la enajenación afecte intereses de terceros, de lo contrario, se tendrá por no escrita. De esta norma aparece claramente que, al contrario de lo que ocurre en el Derecho español, para el legislador nacional el respeto de la voluntad del causante no es un fin en sí mismo, ésta será respetada solamente cuando su respeto implique la protección de derechos de terceros, que podrían verse perjudicados con la enajenación. Ahora bien, la nulidad no es la única forma de proteger los intereses de terceros, esta protección puede obtenerse también mediante una acción de indemnización de perjuicios, que de no existir la cláusula sería improcedente, a menos que se la encuadrara en un abuso del derecho.⁴⁶ Así las cosas, no hay ninguna razón para sostener que el hecho de que la cláusula se considere escrita es equivalente a sostener que ella produce efectos reales y que priva al legatario de su facultad de disposición. La función de esta cláusula sería legitimar a los terceros afectados para ejercer una acción de indemnización, sin tener que llegar a los límites extremos del abuso del derecho.

Por todo lo anterior, sin perjuicio de que el fundamento aparece erróneo, o cuando menos insuficiente, debo concordar con la doctrina nacional en cuanto a que la contravención a una cláusula de no enajenar no produce la nulidad del acto dispositivo o del contrato de compraventa en su caso.⁴⁷ A mi juicio, el fundamento de esta solución se encuentra en el hecho de que el legislador nacional ha privilegiado el principio de libre circulación de la riqueza, por sobre la autonomía de la voluntad, de ahí que ésta sea insuficiente para dar origen a efectos reales diferentes a los legalmente

hipótesis: (i) la imposibilidad de enajenar por acto entre vivos, cuando se haya establecido por el constituyente, y (ii) la imposibilidad de transmitir por causa de muerte, cuando el día fijado para la restitución sea la muerte del fiduciario. Según el texto expreso del artículo, es sólo para "este segundo caso" que aplica la solución antes expuesta.

⁴⁶ En efecto, en ausencia de una cláusula testamentaria de esta naturaleza, los terceros que se sientan perjudicados con la enajenación sólo podrían recurrir a las reglas del abuso del derecho, para lo cual tendrían que demostrar, a lo menos, la mala fe del enajenante. La doctrina tradicional exigiría el *animus nocendi*. En presencia de la cláusula en comento, el fundamento de la demanda sería la infracción de las disposiciones testamentarias y, por tanto, bastaría el hecho objetivo de la enajenación y el compromiso de los derechos propios.

⁴⁷ García Alonso, Gabriel contra Conservador de Bienes Raíces de Talagante (1998): Corte de San Miguel, 15 de abril de 1998 (apelación). *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV, N° 1, 1998, sec. 2°, pp. 34 ss.

establecidos. En efecto (salvo dos casos en que ha guardado silencio), cuando el legislador ha permitido la introducción de una cláusula de esta naturaleza, le ha asignado efectos propios de una relación obligatoria y no de una situación jurídica con eficacia real o *erga omnes*. El dueño de la cosa conserva la facultad de disposición, a pesar de que deba asumir las consecuencias jurídicas para el caso en que decida ejercerla. Esta solución está plenamente en línea con el principio libre circulación de la riqueza contemplado ya en el mensaje del Código Civil, de ahí que parezca legítimo aceptarla como la regla general en la materia. Como dije antes, la decisión de este asunto no obedece a un principio inmanente del Derecho privado, sino a una razón de política legislativa.

3. REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL DE NO ENAJENAR. INDEMNIZACIÓN Y RESOLUCIÓN COMO REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO

Establecido que las cláusulas de no enajenar comportan sólo efectos obligatorios, se hace necesario señalar cuáles son estos efectos. Por razones de extensión y de contexto, limitaré este análisis a las reglas generales aplicables a los contratos, excluyendo de él a las cláusulas impuestas a propósito de los derechos reales limitados y a las de origen testamentario. Asimismo, por tener una regulación especial, quedarán fuera las emanadas de los contratos de donación y de arrendamiento.

Delimitado el campo del análisis, la primera observación a realizar es la extensión de la expresión “no enajenar”, a fin de establecer qué conductas constituirían un incumplimiento de la obligación. Al respecto, cabe recordar que en Chile se manejan dos nociones de enajenación: una amplia, comprensiva de “todo acto de disposición entre vivos por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona o constituye sobre él un nuevo derecho real a favor de un tercero, nuevo derecho que viene a limitar o gravar el suyo ya existente”,⁴⁸ y una restringida, sinónimo de transferencia de dominio, con lo cual cabe la duda sobre en cuál de los dos sentidos debe tomarse en este caso. A su vez, cabe señalar que, sin perjuicio de algunas situaciones excepcionales, por regla general, el objetivo perseguido con el establecimiento de la cláusula es

mantener incólume el dominio de la cosa, siendo así, parece natural entender que la prohibición debe entenderse en un sentido amplio. De esta manera, por aplicación del artículo 1546 CC, aunque no se prohíba expresamente, constituirían también incumplimiento la imposición de derechos reales limitados sobre la cosa, tales como, usufructo, hipoteca o servidumbre. Asimismo, constituye incumplimiento la celebración de una promesa de vender o celebrar cualquier otro acto conducente a la limitación del dominio, a menos que la condición fuese precisamente la extinción de la prohibición. Bajo esta lógica, habría también incumplimiento imputable al deudor en las enajenaciones forzosas derivadas de actos imputables al deudor. *A contrario sensu*, no pueden considerarse incumplimiento imputable las expropiaciones por causa de utilidad pública, ni las servidumbres legales, como si el dueño del predio fuese obligado a constituir una servidumbre de paso. En definitiva, el deudor incumple su obligación con cualquier acto que entorpezca su facultad de disposición del bien, sin perjuicio de que técnicamente no pueda calificársela de enajenación. Así, se ha resuelto que incumple su obligación el deudor que celebra un pacto de separación total de bienes, por el cual se adjudica al otro cónyuge el bien objeto de la prohibición, a pesar de que la adjudicación no constituye técnicamente enajenación.⁴⁹

Por tratarse de una obligación de no hacer, el incumplimiento imputable de la prestación se regirá, en primer lugar, por el artículo 1555 CC. Según este artículo, siempre que no pueda deshacerse lo hecho, la obligación se resuelve en la indemnización de perjuicios. Éste es precisamente el caso de la enajenación. Por consiguiente, el contratante víctima del incumplimiento tendrá derecho a una indemnización de perjuicios comprensiva de todo el interés que tenía en que la enajenación no se efectuase, incluyendo daño emergente, lucro cesante y, dependiendo del contexto, daño moral, según las reglas de los artículos 1556 y 1558 CC. Desde luego, la procedencia de estas partidas indemnizatorias dependerá del caso concreto. A modo de ejemplo, el daño emergente puede consistir en la devaluación de los bienes propios, a raíz del destino que el nuevo adquirente da a la propiedad; el lucro cesante en el menor precio obtenido por el bien a causa de la prohibición. En cuanto al daño moral, atendidos la naturaleza del pacto y el requisito de previsibili-

⁴⁸ ALESSANDRI (2001), p. 54.

⁴⁹ BancoEstado con Gladys del Mercedes Gohde Soto (2011): Corte Suprema, 8 de noviembre de 2011 (casación fondo), rol N° 9951-2010.

dad, estimo que debiera limitarse a los casos en que el interés involucrado es de carácter extrapatrimonial o afectivo, por ejemplo, que la casa de familia permanezca en manos de algún miembro del grupo familiar, de lo contrario, excedería los límites del daño contractual. En todo caso, la cuestión verdaderamente compleja no es su procedencia, sino la comprobación y evaluación de los perjuicios, de ahí que sea especialmente relevante la eventual cláusula penal que las partes incorporen al pacto. Ésta deberá respetar los límites de la cláusula penal enorme, los cuales, por tratarse de una obligación de valor indeterminado, quedarán entregados a la prudencia del juez.⁵⁰

Cuando la cláusula de no enajenar forme parte de un contrato bilateral, como es precisamente la compraventa, el incumplimiento quedará sometido, además, a las reglas del artículo 1489 CC. En consecuencia, será posible solicitar la resolución del contrato. Desde luego, para que la demanda de resolución sea acogida, será necesario que concurran sus presupuestos, entre los cuales mención especial merece la trascendencia o gravedad del incumplimiento, esto es, que la enajenación comporte un *incumplimiento resolutorio*. De lo contrario, habrá lugar únicamente a indemnización de perjuicios, en los términos del artículo 1555 CC.⁵¹

La resolución del contrato, en ciertos casos, otorga la posibilidad de recuperar la cosa e incluso de extinguir los derechos reales que se hayan constituido sobre ella. Para esto deberán concurrir los requisitos contemplados en los artículos 1490 y 1491, esto es, (i) en caso de muebles, que el tercero adquirente esté de mala fe, y (ii) en caso de inmuebles, que la prohibición conste en el título que originó el derecho del tercero, inscrito u otorgado por escritura pública. La interpretación de estas normas sostiene que, para la aplicación del artículo 1491, en relación con el 1489, basta con que en el título conste la existencia de una obligación pendiente,⁵² como

⁵⁰ Código Civil, artículo 1544.

⁵¹ Una cuestión interesante, pero que escapa a los fines de este trabajo, es saber el alcance de la indemnización de perjuicios en caso que se acoga la demanda de resolución, pues, en tal caso, operan también los efectos restitutorios propios de la resolución.

⁵² Para un análisis detallado de los efectos de la resolución respecto de terceros, especialmente del alcance del artículo 1491, *vid.* PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 453 ss.

sería el caso de la obligación negativa de no enajenar. En consecuencia, basta con que la prohibición conste en el contrato para que haya lugar a la reivindicación o a la extinción del gravamen.

4. (CONTINÚA) SITUACIÓN ESPECIAL DE LA CLÁUSULA DE NO ENAJENAR EN LA COMPRAVENTA CON MUTUO HIPOTECARIO: POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA

En Chile, el mayor uso práctico de las cláusulas de no enajenar es hecho por los bancos al momento de celebrar el llamado “mutuo hipotecario”, esto es, un mutuo cuyo cumplimiento se garantiza con la constitución de una hipoteca. En un gran número de ocasiones, se trata de un mutuo destinado a financiar la compraventa de un inmueble, cuya restitución se garantiza con una hipoteca sobre el inmueble comprado. En este contrato, que no es más que la mezcla de tres contratos típicos, se incluye una cláusula de estilo en virtud de la cual el mutuario y deudor hipotecario se compromete a no enajenar ni gravar el inmueble comprado sin autorización del Banco mutuante. Ahora bien, formalmente, los tres contratos, compraventa, mutuo e hipoteca, se incluyen en un mismo documento, que es el que luego se inscribe en el registro de propiedad, generándose así la “constancia” exigida por el artículo 1491. Sin embargo, es del caso aclarar que la contravención de esta cláusula no generará los efectos previstos en este artículo, toda vez que, sin perjuicio de que formalmente estén unidos, los tres contratos conservan su individualidad y el único contrato cuya resolución daría lugar a la aplicación del artículo 1491 es el de compraventa, respecto del cual el Banco, beneficiario de la cláusula no enajenar, es un tercero. El Banco no es un “acreedor condicional de la cosa”, pues los contratos que él celebra con el comprador no tienen por objeto la transferencia del inmueble, sino una suma de dinero en un caso y la constitución de una hipoteca en el otro. Por otro lado, el artículo 2415 garantiza al deudor hipotecario su derecho a enajenar la cosa, con lo cual esta enajenación no da lugar a la persecución del bien de manos de terceros.

Frente a ese panorama, cabe señalar que la utilidad de la cláusula de no enajenar en este tipo de operaciones está dada por la existencia de otra cláusula de estilo de los contratos de mutuo, la llamada *cláusula de aceleración*, en virtud de la cual el incumplimiento de una obligación por parte del mutuario genera la caducidad del plazo y hace exigible el total de la deuda. De la combinación de ambas cláusulas resulta que la contravención

de la cláusula de no enajenar anticipará la exigibilidad del mutuo y, por tanto, el banco quedará habilitado para solicitar el inmediato pago del crédito. Como consecuencia de esto, quedará también habilitado para ejercer sus derechos de acreedor hipotecario.⁵³ Así lo ha resuelto en más de una oportunidad la jurisprudencia.⁵⁴

Lo anterior lleva como consecuencia práctica que el deudor de un mutuo hipotecario tiene limitada de facto su facultad de disposición de la cosa, pues ningún comprador sensato adquirirá un bien en estas circunstancias y ningún Banco concederá un mutuo garantizado con una segunda hipoteca. Esta situación enciende las luces respecto del posible carácter *abusivo* de tales cláusulas, en los términos del artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496, sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, pues, a raíz de la modificación introducida por la ley N° 20.555, tales contratos quedan incluidos en la protección de estas normas. En particular, llama la atención la duración de la prohibición, pues está destinada a permanecer mientras no se pague el total de la deuda, sin perjuicio de que sobre el final del contrato ésta represente un monto menor en relación al valor del inmueble hipotecado. Tampoco se dan criterios objetivos por los cuales el banco podría denegar la autorización y, por tanto, ésta podría ser arbitraria. En este último caso, cabe preguntarse si, invocando las reglas de las cláusulas abusivas, podría el comprador obtener una autorización judicial, que supla la voluntad del banco o limite la duración de la cláusula al tiempo que sea razonable.⁵⁵ Sin duda, todas estas preguntas exceden los propósitos de este trabajo, pues supone un análisis de las cláusulas abusivas en el marco de este tipo de contratos, con lo cual me remito a llamar la atención sobre el punto e invitar a quien corresponda a reflexionar sobre el mismo.⁵⁶

⁵³ Sobre la interrelación entre cláusula de aceleración y derecho real de hipoteca, *vid. SEPÚLVEDA LARROUCAU*, Marco Antonio (2012). "Calificación registral de la 'cláusula maldita o perversa'". *Temas de Derecho. Universidad Gabriela Mistral*, Años XXIV-XXVII, enero 2009-diciembre 2012, pp. 79 ss.

⁵⁴ *V. gr.*: Banco Santander con Marcela Aguirre Hernández (2015): Corte Suprema, 21 de abril de 2015, rol N° 823-2015.

⁵⁵ Esta última idea se relaciona directamente con el problema de qué sanción de ineficacia resulta aplicable cuando la cláusula está afectada de una excesiva duración. *Vid. supra*, título II, § 3.

⁵⁶ Cabe señalar que, con fecha 28 de enero de 2015, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró que tales cláusulas no eran abusivas, por no comportar un desequilibrio en los derechos

5. SITUACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE NO ENAJENAR. EFECTOS Y CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN

Las cláusulas de no enajenar pueden establecerse respecto de todo tipo de bienes, ya sean muebles o inmuebles. Sin embargo, atendida la publicidad a que está sujeta la enajenación de bienes inmuebles, creo útil referirse específicamente a las cláusulas de no enajenar que recaen sobre este tipo de bienes, especialmente, a su situación registral que, dicho sea de paso, es plenamente coherente con su carácter meramente obligatorio. En efecto, como es sabido, el legislador ha incluido este tipo de actos entre aquellos que "pueden" inscribirse, artículo 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. El objetivo de la inscripción no es hacer oponible a terceros la prohibición voluntaria, sino darles a conocer la situación en que se encuentra el propietario del inmueble.

Dado el carácter voluntario de la inscripción, cabe preguntarse ¿qué ocurre si efectivamente se intenta la inscripción de un título que atente contra una cláusula de no enajenar apropiadamente inscrita? En el pasado, se ha pretendido que la existencia de esta inscripción facultaría al Conservador para negarse a inscribir el título atentatorio, pero actualmente es claro que carece de facultades para formular esta negativa.⁵⁷ Así lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia.⁵⁸ El fundamento de esta solución radica en que el artículo 13 del Reglamento establece que el Conservador puede negarse a inscribir sólo cuando la inscripción sea "en algún modo *legalmente*

y obligaciones que emanan del contrato (Aguilera Valdivia, Eduardo con BancoEstado (2015): Corte de Santiago, 28 de enero de 2015 (apelación), rol N° 887-2014. Confirmada por la Corte Suprema, en fallo Aguilera Valdivia, Eduardo con BancoEstado (2015): Corte Suprema, 23 de marzo de 2015 (queja), rol N° 1791-2015). Sin embargo, estimo que ésta no puede ser considerada una solución definitiva, aplicable a todas las cláusulas de esta naturaleza, con lo cual la cuestión sigue abierta.

⁵⁷ Al respecto, están completamente vigentes las reflexiones formuladas en PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1980). "Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del Conservador". *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 168, pp. 87 ss.

⁵⁸ Banco de Concepción con Calderón López, Zoraida Amanda (1983): Corte Suprema, 21 de septiembre de 1983, Westlaw J4720/1983; Scheid Gómez, Ana Luisa contra Conservador de Bienes Raíces de San Miguel (1998): Corte de San Miguel, 1 de abril de 1998. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCV, N° 1, sec. 2ª, pp. 33 ss.; García Alonso, Gabriel contra Conservador de Bienes Raíces de Talagante (1998).

inadmisible”, de ahí que sólo pueda negarse a inscribir si la prohibición de enajenar tiene su fuente en la ley.⁵⁹

Por último, según las reglas generales, la cancelación de la prohibición tendrá lugar sólo cuando el tercero beneficiario de la misma lo solicite, quien es generalmente individualizado en el texto. Sin embargo, dado que en muchas ocasiones estas cláusulas tienen el carácter de accesorias o garantías, se ha resuelto por la jurisprudencia que el Conservador debe cancelar la inscripción cuando se hayan extinguido las obligaciones principales.⁶⁰ Esta circunstancia es especialmente relevante cuando se trate de cláusulas incorporadas en el llamado contrato de mutuo hipotecario, pues, si una vez extinguida la obligación principal, el Banco se niega a alzar la prohibición, puede obtenerse el alzamiento mediante orden judicial. Al respecto, cabe tener presente la disposición del artículo 3° inc. 2° letra c) de la ley N° 19.496, en cuanto consagra como derechos del consumidor financiero a la oportuna liberación de las garantías.

III. CONCLUSIONES

El análisis de las cláusulas de no enajenar aquí efectuado me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

– Las cláusulas voluntarias de no enajenar son en principio válidas, siempre y cuando respondan a un interés legítimo y tengan una duración congrua al interés que intentan proteger. En cuanto corresponde al motivo que lleva a la introducción de la cláusula, el interés legítimo equivale a su causa; por lo tanto, su legitimidad debe juzgarse conforme a los límites jurídicos de este elemento: ley, orden público y buenas costumbres, pudiendo ser de naturaleza patrimonial o moral. La duración está estrechamente

⁵⁹ Vid. Fuentes Acuña, Marisol contra Conservador de Bienes Raíces de Talcahuano (2013): Corte Suprema, 26 de noviembre de 2013 (casación fondo), rol N° 6343-2013. En este caso, el predio contaba con una prohibición de enajenar inscrita. El solicitante alegaba que la prohibición era de carácter voluntario, mientras que el CBR afirmaba su carácter legal. La Corte concordó con el CBR en que la prohibición era de carácter legal y negó la inscripción.

⁶⁰ Esta interpretación es coherente con el hecho de que estas cláusulas están destinadas a durar mientras subsista el motivo que les ha dado lugar. Vid. *supra* título II, § 2.

ligada al interés, por lo cual el plazo máximo admisible será equivalente a la subsistencia del interés protegido o toda la vida del beneficiario directo de la cláusula.

– Los límites enunciados corresponden a requisitos de validez, lo que significa que un defecto en cualquiera de ellos comporta un vicio de nulidad absoluta por defecto en la causa. Tratándose de la duración, se vislumbra la posibilidad de aplicar una sanción diferente, que mire a la conservación de la estipulación, pero esta idea no aparece fundada.

– Siempre y cuando concurren los requisitos, la nulidad de la cláusula comportará una nulidad parcial, esto es, afecta exclusivamente al pacto de no enajenar, dejando subsistente el principal.

– Sin perjuicio de su validez, las cláusulas de no enajenar no privan al propietario de la facultad de disposición, pues tienen solamente eficacia obligatoria. Ellas dan lugar a una obligación de no hacer sometida a las reglas del artículo 1555 CC. Para el caso que estén contenidas en un contrato bilateral, tiene además aplicación el artículo 1489 CC. En consecuencia, el beneficiario de la cláusula infringida deberá recurrir a los remedios propios de la protección del crédito, en especial, indemnización y resolución.

– El uso actual más masivo de este tipo de cláusulas se encuentra en la figura del “mutuo hipotecario”. En esta operación se incluyen dos cláusulas de estilo complementarias: la cláusula de no enajenar y la cláusula de aceleración. La combinación de ambas lleva como consecuencia que el incumplimiento de la cláusula de no enajenar habilita al Banco mutuante para perseguir de inmediato el pago total de la deuda, ejerciendo la acción de desposeimiento contra el tercero adquirente. Dado que este tipo de contratos con frecuencia constituyen una relación de consumo, la cláusula enciende las luces sobre su posible carácter abusivo y, en cuanto a su alzamiento, queda sometida al artículo 3° inc. 2° letra c) de la ley N° 19.496.

– Tratándose de inmuebles, del hecho de que el Reglamento del Conservador “permita” la inscripción en el registro de hipotecas y gravámenes no se sigue que el Conservador tenga facultades para negar la inscripción del título que las transgrede, pues no se trata una inscripción legalmente inadmisibile.

– Por último, tratándose de prohibiciones inscritas, puede obtenerse la orden judicial de cancelación cuando haya cesado el fin para el cual fueron establecidas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI BESA, Arturo (2008). *La nulidad y la rescisión en el derecho chileno*, 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta*, reimpresión. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo *et al.* (2001). *Tratado de los Derechos Reales*. 6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BAZÁN L., José Luis, MADRID R., Raúl (1991). “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, Nº 2, 1991.
- BERGEL, Jean Louis (2001). *Méthodologie juridique*. Paris: Thémis.
- BIANCA, C. Massimo (2005). *Diritto Civile 2. La famiglia le successioni*, 4ª ed. Milano: Giuffrè.
- BRENNER, Claude (2011). “L’insaisissabilité, Les voies d’exécution”. *Revue de Droit Henry Capitant*, Nº 2, disponible en: <http://www.henricapitant-lawreview.fr/article.php?id=30>. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2016].
- CANCELLI, Filipp. (1964). “Divieto di alienazione” (dir. rom). *Enciclopedia del diritto*, tomo XIII, Milano: Giuffrè.
- CAÑIZARES LASO, Ana (1991). “Eficacia de las disposiciones de disponer voluntarias”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, Nº 4.
- CARVAJAL BUSTOS, Carlos; ESPINOZA CONSTANZO, Orlando (2001). *Del valor de la cláusula de no enajenar estipulada en el contrato*. Universidad de Chile, no publicada.
- CENDON, Paolo (curador) (2010). *Commentario al codice civile. Artt. 1343-1469 bis. Contratto in generale*, Milano: Giuffrè.
- CEOLIN, Matteo (2010). *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova: Cedam.

- CLARO SOLAR, Luis (2015). *Explicaciones de derecho civil y comparado. De los bienes I*, reimpresión, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. III, tomo sexto.
- CORTESE, Ennio (1964). “Divieto di alienazione” (dir. interm.). *Enciclopedia del diritto*, tomo XIII, Milano: Giuffrè.
- CUMYN, Michelle (1994). “Les restrictuons à la liberté d’aliéner dans le Code civil du Québec”. *McGill Law Journal*, Vol. 39, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008). *Fundamentos de derecho civil patrimonial III*. 5ª ed. Madrid: Thomson, Civitas.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1998). “La nulidad parcial”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCV, Nº 3.
- FERRI, Giovanni (1980). “Ordine pubblico” (dir. priv.), *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXX. Milano: Giuffrè.
- GAUTIER BUGMANN, Marcelo (1999). *Sobre la invalidez de la cláusula no enajenar en el derecho chileno*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Finis Terrae, no publicada.
- GONZÁLEZ MALDONADO, Jorge Andrés (1995). *Prohibiciones de enajenar y especialmente de la cláusula convencional de no enajenar*. Seminario de título para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, no publicada.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María (2014). “La inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 743.
- HIDALGO VENEGAS, Huber Hernaldo (2003). *Cláusulas de no enajenar: regulación jurídica y tratamiento jurisprudencial*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, no publicada.
- LAFAILLE, Héctor (1944). *Derecho civil IV. Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, S.R.L.
- LLAMAS POMBO, Eugenio (2014). *La compraventa*. Madrid: La Ley.
- MARTÍN BRICEÑO, María Rosario (2007). *La prohibición de dividir la herencia impuesta por el testador en el Código Civil*, tesis doctoral, Universidad

- Rey Juan Carlos, Madrid, pp. 106 ss., disponible en: <https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/1057/TEISIS:jsessionid=79B20B954DB2FB421FA07C296A99F266?sequence=1>. [Fecha de consulta: 3 de abril de 2016].
- NOCERA, Ivan Libero (2009). “Vincoli di destinazione tra divieto di alienazione ex art. 1379 cod. civ. e buona fede in executivis”. *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, N° 5, mayo 2009.
- PELLECCIA, Enza (2011). “Divieto di Alienazione”, en NAVARRETA, Emanuela y ORESTANO, Andrea, *Commentario del Codice civile: Dei contratti in generale, artt. 1350-1386*, Torino: UTET.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1980). “Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del Conservador”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 168.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013). “Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar: un enfoque actual”, en BARCIA LEHMAN, Rodrigo (coordinador científico), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*. Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters.
- ROZAS VIAL, Fernando (2006). *Los bienes*. Santiago, LexisNexis.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2011). “El criterio de ‘lo razonable’: Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño”. *Derecho y Justicia. Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Silva Henríquez*, N° 1.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2015). “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 3.
- SCHMIDT HOTT, Claudia (2009). *Teoría general de los derechos reales*. Santiago, PuntoLex, Thomson Reuters.
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2006). *Temas de derecho inmobiliario*. Santiago: Ediciones Metropolitana.

- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2012). “Calificación registral de la ‘cláusula maldita o perversa’”. *Temas de Derecho. Universidad Gabriela Mistral*, Años XXIV-XVVII, enero 2009-diciembre 2012.
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2000). “El contrato de factoraje y la prohibición convencional de ceder créditos a un factor”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVII, N° 2.

LEGISLACIÓN CITADA

- Código Civil de Chile.*
- Código Civil de España*
- Código Civil de Francia*
- Código Civil de Italia.*
- Código Civil y Comercial de la República Argentina.*
- Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra*, disponible en: http://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/legedia_euskaraz/eu_3818/adjuntos/Zuzenbide-zibila/Nafarroako_Foru_Zuzenbide_Zibilar_buruzko_Konpilazioa_edo_Nafarroako_Foru_Berria.pdf. [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2016].
- Décret N° 55-22 du 4 janvier 1955*, en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000850274&dateTexte=20160328>. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2016].
- Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, 7 de marzo de 1997.
- Ley Hipotecaria de España. Decreto de 8 de febrero de 1946*, publicado “BOE” núm. 58, de 27/02/1946, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>. [Fecha de consulta: 20 de marzo de 2016].
- Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*, Chile, 24 de junio de 1857.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Aguilera Valdivia, Eduardo con BancoEstado (2015): Corte de Santiago, 28 de enero de 2015 (apelación), rol N° 887-2014.

- Aguilera Valdivia, Eduardo con BancoEstado (2015). Corte Suprema, 23 de marzo de 2015 (queja), rol N° 1791-2015.
- Banco de Concepción con Calderón López, Zoraida Amanda (1983). Corte Suprema, 21 de septiembre de 1983, Westlaw J4720/1983.
- BancoEstado con Glady del Mercedes Gohde Soto (2011). Corte Suprema, 21 de abril de 2015, rol N° 823-2015.
- Banco Santander con Marcela Aguirre Hernández (2015). Corte Suprema, 21 de abril de 2015, rol N° 823-2015.
- Chauveau Rochette, Margarita y otros con Cuevas Neumann, Francisco Javier y otra (2014). Corte Suprema, 14 de mayo de 2014 (casación forma y fondo), rol N° 2224-2010.
- Cour de Cassation chambre civile 1, Audience publique du mercredi 31 octobre 2007, N° de pourvoi: 05-14238. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017919465&fastReqId=901387097&fastPos=1>. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2016].
- Cour de Cassation, chambre civile, 1 Audience publique du mercredi 6 mars 2013, N° de pourvoi: 12-13340, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027154094&fastReqId=16701825&fastPos=15>. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2016].
- Fuentes Acuña, Marisol contra Conservador de Bienes Raíces de Talcahuano (2013). Corte Suprema, 26 de noviembre de 2013 (casación en el fondo), rol N° 6343-2013.
- García Alonso, Gabriel contra Conservador de Bienes Raíces de Talagante (1998). Corte de San Miguel, 15 de abril de 1998 (apelación). *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV, N° 1, 1998, sec. 2ª, pp. 34 ss.
- García Cano, Germán Alberto con Inversiones Novara Ltda. (2004). Corte Suprema, 17 de junio de 2004 (casación en el fondo), rol N° 1352-2003.
- Morales C., Bernardita y otros con Morales C., Margarita del Carmen (2011). Corte Suprema, 18 de enero de 2011 (casación en el fondo), rol N° 6359-2009.
- Ramírez Valera, Leonardo Leonel y otros con Corporación Nacional del Cobre o Codelco Chile (2014). Corte Suprema, 11 de junio de 2014 (casación en el fondo), rol N° 4881-2013.

- Scheid Gómez, Ana Luisa contra Conservador de Bienes Raíces de San Miguel (1998): Corte de San Miguel, 1 de abril de 1998, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCV, N° 1, sec. 2ª.
- Vidal Silva, María Victoria con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1 de junio de 2015 (apelación), rol N° 728-2015.