

Universidad de Chile
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

EL OBJETO ANTE LA JURISPRUDENCIA

EUGENIO VELASCO LETELIER

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

1941

..	1
Informe de don Luis Barriga Errázuriz, Director del Seminario de Derecho Privado. . .	3
Informe de don Manuel Somarriva, profesor de Derecho Civil. . .	5
INTRODUCCION .	7
PRIMERA PARTE. EL OBJETO .	11
CAPITULO 1. NOCION DE OBJETO .	11
1.- Generalidades .	11
2.- OBJETO DEL ACTO O CONTRATO. .	12
3.- Los actos también requieren objeto .	13
4. – OBJETO DE LA OBLIGACION. .	13
5.□ DIFERENCIAS ENTRE EL OBJETO DEL ACTO O CONTRATO Y EL DE LA OBLIGACION. . .	13
6.- Confusión de los mismos. .	14
7.- La confusión no tiene trascendencia. .	14
8.- Otra razón que la justifica. .	15
9.- EL CODIGO CIVIL SOLO REGLAMENTA EL OBJETO DE LA OBLIGACION. .	15
10.- Así sucede en los arts. 1460 y 1461. .	16
11.- Lo mismo en el 1462. . .	16
12.- Jurisprudencia que lo comprueba. .	17
13.- Hay, sin embargo, casos que caen dentro del 1462 y que no se refieren al objetode la obligación. .	17
14.-Análisis del art. 1463 .	18
15.- Jurisprudencia que confirma lo dicho. .	19
16.- Artículo 1464. . .	19
17.- Jurisprudencia. .	20
18.- Artículo 1465. . .	20
19.- Artículo 1466 (Deudas contraídas en juegos de azar). .	21

20.– Esta disposición es impropia. . .	21
21.– Artículo 1466 (Venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, etc.). . .	21
22.– Artículo 1.466 (Actos prohibidos por la ley). . .	22
23.– Estos artículos confirman lo aseverado. . .	22
24.– Resumen. . .	22
CAPITULO II.REQUISITOS DEL OBJETO . .	23
25.– Significado del término "cosa" en el art. 1460. . .	23
SECCION I. COSAS . .	24
SECCION II. HECHOS . .	41
SEGUNDA PARTE.EL OBJETO ILICITO . .	49
CAPITULO I. CONCEPTO DE OBJETO ILICITO . .	49
70.– EL OBJETO DEBE SER LICITO. . .	49
71.– ANTECEDENTES HISTORICOS DEL REQUISITO. . .	50
72.– SIGNIFICADO DEL TERMINO ILICITO EN EL ART. 1445. . .	51
73.– Opiniones de Somarriva ya Alessandri. . .	51
74.– SIGNIFICADO DEL TERMINO EN OTROS ARTICULOS. . .	52
75.– En el art. 1464. . .	53
76.– En el art. 1466. . .	54
77.– Deficiencia del artículo. . .	55
78.– Otro error. . .	55
79.– En el art. 1468. . .	55
80.– En el art. 1463. . .	56
81.– En el art. 1465. . .	56
82.– RESUMEN DEL SIGNIFICADO DEL TERMINO "ILICITO", EN LO QUE SE RELACIONA CON EL OBJETO. . .	56
83.– LICITUD NO ES SINONIMO DE COMERCIABILIDAD. . .	57
84.– Jurisprudencia. . .	57
CAPITULO II. OBJETO Y CAUSA ILICITOS . .	58
SECCION I. CONCEPTO DE CAUSA . .	58

SECCION II. EL OBJETO Y LA CAUSA .	61
SECCION III. EL OBJETO ILICITO Y LA CAUSA ILICITA .	64
TERCERA PARTE. CASOS DE OBJETO, ILICITO SEÑALADOS POR EL CODIGO CIVIL .	73
108.– El código civil señala expresamente algunos casos de objeto ilícito. . .	73
CAPITULO 1.ACTOS CONTRARIOS AL DERECHO PUBLICO CHILENO . .	74
109.– CONCEPTO DE DERECHO PUBLICO. . .	74
110.– ESTIPULACIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCION. .	74
111.– ESTIPULACIONES CONTRARIAS A LAS LEYES QUE ORGANIZAN EL PODER JUDICIAL. .	74
112.– Hay normas que dicen relación con el Poder Judicial y que no son de derecho público. .	75
113.– LEYES RELATIVAS AL REGIMEN MONETARIO. .	75
114.– Hay normas que aun cuando están contenidas en leyes de orden público .	76
115– Cláusula testamentaria que no es contraria al derecho público chileno.	77
CAPITULO II.PACTOS SOBRE SUCESIONES FUTURAS . .	77
116.– La ilicitud incluye a los pactos y a los alumnos . .	77
117.– Fundamentos de la disposición. .	78
118.– Sentencias relativas a pactos sobre sucesiones futuras. . .	78
119.– Comentarios a un fallo. . .	79
120.– Jurisprudencia . .	80
121.– Fallos sobre declaraciones unilaterales de voluntad. .	81
CAPITULO III. ENAJENACION DE LAS COSAS ENUMERADAS EN EL ARTICULO 1464 . .	81
SECCION I. EL TERMINO "ENAJENACION" EN EL ART. 1464. . .	81
SECCION II. ENAJENACIÓN DE LAS COSAS INCOMERCIALES Y DE LOS DERECHOS PERSONALISIMOS (Nos. 1 Y 2 DEL ART.1464). .	104
SECCION III. ENAJENACIÓN DE LAS COSAS EMBARGADAS (N° 3° DEL ART. 1464). . .	106
SECCION IV. ENAJENACION DE LAS COSAS LITIGIOSAS (N.° 4 DEL ART. 464). . .	143
CAPITULO IV.ACTOS CONTRARIOS A LA MORAL . .	149

249.– Arts..1465 y parte del 1466. . .	150
250.– CONDONACION DEL DOLO FUTURO. . .	150
251.– VENTA DE LIBROS CUYA CIRCULACION SE PROHIBE, DE LAMINAS, PINTURAS Y ESTATUAS OBSCENAS Y DE IMPRESOS CONDENADOS COMO ABUSIVOS DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA. . .	150
CAPITULO V. DEUDAS CONTRAIDAS EN JUEGOS DE AZAR . .	151
252.– QUE ES JUEGO DE AZAR. . .	151
253.– Por qué la ley los repudia. . .	152
254.– Jurisprudencia. . .	152
255.–CASOS EXCEPCIONALES EN QUE SE PERMITE EL JUEGO DE AZAR. . . .	153
256.– ¿Hay en ellos objeto ilícito? . . .	153
CAPITULO VI. ACTOS PROHIBIDOS POR LA LEY . .	154
257.– Técnicamente, no hay objeto ilícito en todos los actos prohibidos por la ley. . .	154
258.– Sentencia sobre deudas mancomunadas de los cónyuges. . .	155
259.– Sentencia sobre renuncia a una herencia. . .	155
260.– Sentencia sobre adquisición de terrenos indígenas por un Gobernador. . . .	156
261.– Sentencia sobre comisiones bancarias. . .	156
262.– Sentencia sobre representación judicial de un Oficial del Registro Civil. . . .	156
263.– Sentencia sobre lidias de toros. . .	157
264.– Sentencia sobre contratos celebrados con indígenas. . .	157
265.– Sentencia sobre los artículos 2397 y 2424 del C. Civil. . .	157
266.– Sentencia sobre actos prohibidos. . .	158
267.– Sentencia sobre prohibiciones de la ley de Municipalidades. . .	158
268.– Sentencia sobre privación de porción conyugal. . .	158
269.– Sentencia sobre los arts. 1800 y 2144 del C. Civil. . .	158
CUARTA PARTE. SANCION DEL OBJETO Y DE LA FALTA DE OBJETO. . .	161
CAPÍTULO I. OBJETO ILICITO – FALTA DE OBJETO. NULIDAD – INEXISTENCIA. . .	161
270.– Arts. 1681 y 1682 del C. Civil. . .	161

271.– Falta de objeto. .	162
272.– Efectos de la nulidad. .	163
CAPÍTULO II. LA SIMULACION Y EL OBJETO . .	163
273.– Cuándo hay simulación. .	163
274.– La simulación no siempre significa nulidad. .	164
275.— Jurisprudencia. .	164
BIBLIOGRAFIA .	167

A LA ETERNA MEMORA DE MIS PADRES

Informe de don Luis Barriga Errázuriz, Director del Seminario de Derecho Privado.

Señor Decano:

Informando la memoria presentada por Don Eugenio Velasco Letelier, titulada "El objeto ante la jurisprudencia", puedo manifestar lo siguiente:

El estudio de la jurisprudencia, siempre útil para ilustrar el derecho positivo, ofrece especial interés respecto de aquellas materias en que los textos legales presentan dificultades de interpretación o en que inciden cuestiones que deben resolverse en función de la doctrina y expuestas, por consiguiente, a no ser apreciadas con criterio uniforme. Tales características reúne el objeto de las obligaciones, cuyo concepto y atributos han dado margen a divergencias en la teoría y algunas de cuyas aplicaciones prácticas, principalmente el alcance del art. 1464 del Código Civil, han motivado discusiones derivadas de la deficiencia de los preceptos.

El Sr. Velasco hizo, por consiguiente, una acertada elección, al proponerse realizar un estudio crítico y sistemático de la jurisprudencia en relación con el objeto de las obligaciones.

De las cuatro partes en que aparece dividido el trabajo, la Primera está dedicada al concepto del objeto y a sus requisitos. Se hace en ella un estudio minucioso de lo que, es el objeto del acto o contrato y el objeto de la obligación, de sus diferencias y de las razones que inducen a confundirlos, concluyéndose que el Código Civil 5619 analiza y reglamenta el objeto de la obligación. Se estudian, después, los requisitos de la realidad, comerciabilidad y determinación del objeto y se analizan algunos fallos de interés sobre la materia. Se examina, en seguida, la posibilidad física y moral de los hechos y los conceptos de orden público y buenas costumbres. Termina esta parte con el estudio del requisito de la utilidad real, sosteniéndose que, entre nosotros, no tiene aplicación.

La Segunda Parte trata del objeto ilícito. Después de dilucidar el concepto de objeto ilícito dentro de la legislación positiva y de exponer sus antecedentes históricos, se concluye que por él debe entenderse todo objeto que no cumple con las cualidades que la ley requiere y no sólo aquél que va contra la ley, las buenas costumbres o el orden público. Se consignan, a continuación, algunas nociones sobre la causa, señalando sus diferencias y semejanzas con el objeto y estudiando paralelamente, el objeto ilícito y la causa ilícita. Se analizan, finalmente, diversos fallos que a este punto se refieren.

En las dos partes que acabamos de resumir, predomina la doctrina sobre la jurisprudencia, la cual es escasa por la naturaleza misma de las materias tratadas. Las dos que siguen se caracterizan, por el contrario, por la abundancia de jurisprudencia de la cual se hace un completo estudio, sin descuidar por eso el aspecto doctrinario en, cuanto dice relación con los, puntos discutidos ante los tribunales.

Comienza la Tercera Parte, que es sin duda la de más interés práctico, con el estudio de los actos contrarios al derecho público y de los pactos sobre sucesión futura. Se comenta después el art. 1464 del Código Civil, estableciendo, a través de una nutrida jurisprudencia, el alcance que se ha atribuido al concepto de enajenación, comprendiendo en él a la hipoteca y a la prenda y excluyendo la adjudicación entre comuneros.

El autor se muestra generalmente de acuerdo con lo resuelto por la jurisprudencia. Sin embargo, sostiene que no son acertados los fallos de la Corte Suprema que han aceptado la

ilicitud del objeto en la venta de las cosas embargadas y litigiosas. Estima, en efecto, el autor que tales ventas son perfectamente válidas, basándose para ello en que el art. 1810 del Código Civil impide vender las cosas cuya enajenación la ley prohíbe y que el art. 1464 en sus números 3° y 4° no es prohibitivo sino imperativo, no pudiendo, por tanto, aplicarse en dicho caso, la prohibición del 1810.

Se estudia, después, la enajenación de las cosas iricomerciables, de los derechos personalísimos y de las cosas embargadas, puntualizando el concepto de embargo y su alcance en relación con el art. 1464 y la aceptación que le ha dado la jurisprudencia.

Al respecto, se considera también el problema del reembolso, pronunciándose por la doctrina del embargo único. En cuanto a las prohibiciones voluntarias de enajenar, sólo se les reconoce el valor de una obligación contractual. Se detallan, por último, los medios que concede la ley para poder enajenar válidamente las cosas embargadas, y termina el análisis del art. 1464 con el estudio de la enajenación de las cosas litigiosas.

En los tres últimos capítulos de esta Parte, se trata de la condonación del dolo futuro, de las deudas contraídas en juegos de azar y de los actos prohibidos por la ley, tomando en consideración la jurisprudencia existente.

Por último, la Cuarta Parte se refiere a la sanción del objeto ilícito, a la falta de objeto y a la simulación en cuánto se relaciona con alguno de esos vicios.

La obra cuyo contenido acabamos de exponer, revela ante todo, un considerable esfuerzo de investigación, realizado en las recopilaciones de jurisprudencia, que el autor ha revisado en forma detenida y minuciosa, a fin de utilizar el mayor número de fallos pertinentes.

Atendida la índole del trabajo se han contemplado los aspectos que han originado jurisprudencia, ocupándose de los puntos que no han sido materia de fallos, sólo en, cuanto era necesario para la armonía y continuidad del conjunto.

Siguiendo un plan bien concebido, se ha hecho en forma clara y fácilmente accesible al lector, un estudio de jurisprudencia en que, sin recargo de transcripciones innecesarias, se informa con exactitud sobre las cuestiones que se han debatido ante los tribunales.

Las apreciaciones del autor aparecen fundadas en razones atendibles, demostrando conocimiento del derecho y criterio jurídico.

La obra del Sr. Velasco encierra, por tanto una contribución orneritoria y eficiente y será de, utilidad para los profesionales y también para los magistrados, pues el examen crítico de los fallos contribuye a orientar la jurisprudencia.

En consecuencia, el infrascrito aprueba la memoria en examen declarándola de **MERITO SOBRESALIENTE**.

LUIS BARRICA ERRAZURIZ

Director del Seminario de Derecho privado.

Informe de don Manuel Somarriva, profesor de Derecho Civil.

Señor Decano

Don Eugenio Velasco Letelier presenta para optar al grado de Licenciado la memoria intitulada "El objeto ante la jurisprudencia".

En mi carácter de Profesor informante tengo el agrado de manifestar a Ud. la opinión que ella me merece.

Dentro de la memoria en informe es fácil distinguir dos partes bien definidas por las distintas características que ellas presentan. Una en que se estudia la noción del objeto, sus requisitos y el concepto de la ilicitud; y la otra en que se analizan a la luz de la jurisprudencia los diversos casos de objeto ilícito que contempla nuestro Código, y la sanción que se sigue de la falta de objeto y del objeto ilícito.

En la primera parte, el señor Velasco hace un estudio de doctrina interesante y original, que quizás no se avenga con el título de la memoria, pero que indudablemente era indispensable para fijar los conceptos básicos del tema que se proponía abordar.

En la segunda parte; ya se encauza en el tema y analiza la jurisprudencia con prolijidad y acierto. Dentro de esta parte, sin duda la más interesante es la que se refiere al art. 1464, sobre todo en sus números tercero y cuarto, lo que se explica ya que sobre ellos nuestros Tribunales han dictado innumerables fallos.

Con respecto al citado artículo, el señor Velasco por regla general se muestra de acuerdo con lo resuelto por la jurisprudencia y así concluye: que el artículo debe aplicarse a la hipoteca; que él se refiere no sólo a las enajenaciones voluntarias sino también a las forzadas; que en el número tercero deben comprenderse no sólo los bienes embargados, sino además los retenidos y aquéllos sobre los cuales pesa alguna prohibición; y que por no constituir enajenación la adjudicación, no hay objeto ilícito en la que recaiga sobre los bienes a que se refiere esa disposición.

Discuerda el autor de la opinión de nuestro más alto Tribunal en cuanto éste sostiene que la venta de los bienes que indica el art 1464 también adolece de objeto ilícito, y critica la opinión del suscrito y la del señor Decano en que adherimos a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema: Se basa para ello en que el art. 1810 establece que sólo se pueden vender las cosas cuya enajenación no está prohibida por la ley, y estima que el art. 1464 no es prohibitivo, ya que permite enajenar los bienes embargados o litigiosos con autorización del juez o del acreedor.

A pesar de esta argumentación; insistimos en nuestro modo de pensar que la cuestión ha sido bien resuelta por los Tribunales al declarar que hay objeto ilícito en la venta de bienes embargados o litigiosos. Y ello porque es un hecho innegable que el art. 1464 prohíbe la enajenación de estos bienes. La circunstancia de que la enajenación sea posible con la autorización del juez o del acreedor, no le quita al precepto el carácter de prohibitivo, porque al concederse esa autorización puede perfectamente sostenerse en doctrina que cesa el embargo, ya que por la autorización judicial o del acreedor el bien vuelve al comercio jurídico de donde había salido por la traba de embargo. En seguida, cierto es que la ley es prohibitiva cuando no permite que el acto se celebre bajo ningún requisito ni condición como son los casos de los arts. 1796 y 412 inciso 2º del C. Civil. Pero si así se resuelve es para estudiar la sanción que se sigue de la

infracción a la ley y cuando ella no esté expresamente contemplada y .sea necesario recurrir al art. 10. Pero éste no es el caso del art. 1464, ya que en él la sanción no emana de la prohibición, sino del mismo artículo que indica que en los casos que en él se expresan hay objeto ilícito. Y entonces resulta claro por la relación que existe entre este artículo y el 1810, que también existe objeto ilícito en la venta de los bienes embargados o litigiosos.

Entrando ahora a dar una opinión de conjunto sobre la memoria en informe podemos decir que sin duda es un trabajo interesante en el que se estudia la jurisprudencia con minuciosidad, que revela conocimientos y buen criterio jurídico en su autor, por lo que estimamos que ella **MERECE AMPLIAMENTE SER DISTINGUIDA.**

MANUEL SOMARRIVA U.

Profesor de Derecho Civil.

INTRODUCCION

El art. 1445 de nuestro Código Civil, dice: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita".

Esta norma señala los cuatro elementos que, desde los comienzos del derecho, han servido y sirven de base a los actos jurídicos: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa; y significa un progreso grande sobre la disposición correspondiente del Código Civil Francés —el art. 1108— que establece los mismos cuatro requisitos pero refiriéndolos sólo a las convenciones. El 1445, aplicable también a los contratos y convenciones, es más amplio y genérico al hablar de "acto o declaración de voluntad", expresión más exacta y de acuerdo con los principios, según los cuales "todo acto jurídico productor de obligaciones, todo acto de que resulte una obligación de una persona a favor de otra, aunque no sea propiamente un contrato, debe reunir las condiciones indispensables a su existencia y validez. (¹).

Como quiera que la ciencia del derecho forma un todo compacto, íntimamente ligado entre sí, y como quiera que la llamada "teoría de los actos jurídicos" es en último término la piedra angular sobre la cual se afirma el edificio jurídico, dichos cuatro elementos capacidad – consentimiento, objeto y causa – han sido materia de estudio y examen detenido de cuanto jurista ha conocido el mundo.

¹ Claro Solar, Luis.— Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, T. XI, pág. 22.

En estas condiciones, a través de los siglos – desde el Derecho Romano a nuestro días – se ha dicho sobre ellos todo cuanto ha podido decirse. Doctrinas y escuelas han nacido para perecer al paso de otras nuevas, que en esta discusión incesante han ido transformando y puliendo los conceptos y adaptándolos a cada época. Pero a pesar de todo, y como una muestra incontrovertible de la perfección y maestría del derecho que aplicaran los pretores de Roma, puede afirmarse sin exagerar, que en gran parte la estructura íntima, la esencia misma de los conceptos de entonces, es la de hoy.

Y si esta afirmación pudiera ser exagerada, lo sería solamente respecto de la causa. Ella ha sido, junto con el objeto y en mayor intensidad que éste, materia de las más dispares consideraciones de parte de los tratadistas y su concepto ha variado fundamentalmente en las distintas épocas.

Se ha discutido qué es el objeto en sí mismo, cuál es el de la obligación y cuál el del contrato, o si ambos son una sola cosa.

Pero sobre la causa, desde el Derecho Romano y a través de Domat, Pothier, Laurent y Capitant, no sólo se ha debatido el concepto mismo, su significado, sosteniéndose las tesis más opuestas, sino que muchos juristas notables □v. gr., el ya citado Laurent, Huc, Baudry Lacantinerie, Dabin, Planiol, y entre nosotros Alessandri – con poderosas razones han afirmado que la causa, como elemento de los actos jurídicos, no tiene razón de ser y que debe desaparecer de la ciencia del derecho por inútil, "por no corresponder a ninguna verdad científica y basarse sólo en, una falsa interpretación de los textos romanos". (²).

Como es de toda lógica y evidencia, estas doctrinas, estas discrepancias de opiniones han llegado hasta nosotros y han influido en nuestros jurisprudenciosos. Sobre ellas hay una abundante bibliografía nacional que contiene obras sobresalientes de la literatura jurídica chilena.

Pero la influencia no sólo ha llegado hasta ahí: se ha dejado sentir también en la interpretación de nuestras leyes y en su aplicación por los Tribunales de Justicia; en una palabra, todos estos problemas han repercutido en nuestra jurisprudencia. Sabios y competentes magistrados, en el cumplimiento de su sagrada misión de hacer justicia, han debido resolver casos concretos relacionados con el objeto y con la causa, y para ello se han visto en la necesidad de aplicar las disposiciones pertinentes del Código Civil, interpretándolas en uno u otro sentido y no por mero afán especulativo sino para dar a cada uno lo que es suyo.

Y esta jurisprudencia, que constituye una faceta del estudio del objeto y de la causa, que a más del interés teórico es de evidente utilidad práctica, no ha sido entre nosotros materia de trabajos profundos.

Ello nos movió a elegirlo como tema de nuestra tesis para optar al grado de licenciado. Desgraciadamente, circunstancias imprevistas que no es del caso señalar, nos pusieron en la obligación de reducir el alcance del trabajo debiendo limitarlo a una parte de el estudio exclusivo del objeto ante la jurisprudencia.

² Alessandri R. Arturo. Derecho Civil, 2° año. □ De los contratos, pág. 59

Sin embargo, aprovechando las sentencias ya recopiladas y la labor realizada, hemos incluido un capítulo en que se comparan el objeto y la causa, y que nos ha parecido indispensable para la más completa explicación del primero.

Se analizan y .critican en estas páginas más o menos doscientas sentencias dictadas por nuestros Tribunales y consignadas en la Gaceta de los Tribunales, en la Revista de Derecho y jurisprudencia y en la jurisprudencia al Día, paralelamente con la exposición somera de la parte doctrinaria y con el estudio de las disposiciones legales.

Algunos preceptos relativos al objeto o al objeto ilícito, debido a su escaso interés práctico, no han sido aplicados por los jueces o sólo lo han sido en forma muy reducida. No obstante, para mantener la unidad del trabajo, nos hemos referido a ellos en forma breve y tratando de resolver los problemas de interés que a su respecto pudieran presentarse. Tal sucede —por ejemplo— con todo lo relativo al objeto; con la condonación del dolo futuro y con las deudas contraídas en juegos de azar.

El estudio de nuestra jurisprudencia demuestra que en los más de los casos, la ley ha sido bien aplicada y que en los pocos en que ella ha sido torcida, se ha tratado siempre de hacer justicia. Pero lo más halagador es constatar que, con el transcurso de los años, la preparación de los jueces ha progresado enormemente y con ello la aplicación e interpretación de la ley. Es así como en las sentencias más antiguas se sostienen, a veces, doctrinas inaceptables dentro de nuestro régimen legal y que en más de una ocasión demuestran desconocimiento del Código Civil. Sin embargo, la razón antes apuntada y el mayor estudio de la magna obra de Bello, han ido surtiendo sus efectos y las doctrinas se han ido modificando y ajustándose a la ley, hasta constituir, hoy día jurisprudencia uniforme en consonancia con la ciencia y la legislación positiva.

PRIMERA PARTE. EL OBJETO

CAPITULO 1. NOCION DE OBJETO

1.- Generalidades

El art. 1445 del Código Civil, acogiendo la doctrina universal, establece que todo acto jurídico requiere para su validez la concurrencia de cuatro condiciones esenciales: 1º) que la persona que lo celebre sea legalmente capaz; 2º) que consienta en el acto y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º **que recaiga sobre un objeto lícito**; y 4º) que tenga una causa lícita.

El objeto, tercero de estos requisitos, es un concepto que se ha mantenido confuso desde los tiempos del gran jurista francés Pothier: los códigos y los autores hablan indistintamente del objeto del contrato y del objeto de la obligación, como si ambos fueran una misma y sola cosa; o bien, los distinguen malamente.

Así, el Código de Napoleón, que en esta parte sigue rigurosamente al citado Pothier, bajo el epígrafe "De l'objet et de la matière des contrats", trata en disposiciones sucesivas el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones.

El nuestro, en el art. 1445 habla del objeto de las declaraciones de voluntad y en el

1460, al reglamentar ya en forma especial al objeto, agrega que "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración". Ambas disposiciones —como las demás relativas a la misma materia y que iremos conociendo en el desarrollo del trabajo—incurren en el mismo error y confunden los conceptos. Efectivamente, las dos se refieren al objeto del acto jurídico, pero la segunda alude a "las cosas", las cuales, como oportunamente veremos, sólo pueden ser objetos de obligaciones.

Pero si bien nuestro legislador no hizo excepción a la tradicional confusión, fue sin embargo, más exacto que el francés al usar la frase "acto o declaración de voluntad" en vez de la palabra "contrato", porque, en verdad no solamente éstos necesitan para existir en la vida jurídica, de un objeto, sino que tal elemento es esencial a todo acto jurídico.

Mas, a pesar de que en la confusión anotada incurren casi todos los códigos, la distinción entre ambos conceptos y la fijación del alcance de cada uno de ellos es perfectamente posible de hacer, y a ella nos concretamos en primer lugar, para resolver después cuál de los dos términos es el que constituye el requisito de validez de los actos y contratos.

2.- OBJETO DEL ACTO O CONTRATO.

El art. 1437 del Código Civil determina cuáles son las fuentes de las obligaciones, o sea, enumera los hechos capaces de generarlas y nos dice que ellas nacen "ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi contratos."

Los actos jurídicos, uni o bilaterales son, en consecuencia, creadores de obligaciones: las hacen nacer a la vida del derecho. Y como las obligaciones correlativamente significan derechos —porque es un principio indiscutido que lo que para una parte es un débito, para la contraparte es un crédito— forzoso es concluir que los contratos crean también derechos que, dentro de nuestro sistema legal serán siempre personales; porque los derechos reales sólo nacen una vez que opera el correspondiente modo de adquirir (³).

Y es por esto que los hombres celebran actos y contratos: al hacerlo, persiguen precisamente, la generación de ciertos derechos y obligaciones que les son indispensables para la satisfacción de sus necesidades. En otras palabras, los ejecutan con el fin, con, el **objeto** de que produzcan esos derechos y obligaciones, razón por la cual, es el conjunto de todos éstos lo que constituye el objeto jurídico del acto o contrato.

³ Claro Solar afirma en su obra sobre Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XI, pág. 250, que los derechos que crean los contratos, "pueden consistir en derechos reales sobre las cosas, dominio, usufructo, uso, servidumbre o en derechos personales, créditos referentes a alguna cosa, o algún hecho", Esta doctrina es exacta, en el Derecho Francés, pero es inaceptable entre nosotros, porque en Chile jamás un derecho real puede tener como fuente inmediata a un contrato.

3–. Los actos también requieren objeto

Hemos hablado del objeto de los actos o contratos, pero no es esto lo corriente: por regla general se alude al objeto del contrato, como si las convenciones y los demás actos jurídicos carecieran de él. Esto es una inexactitud: hemos visto que el mismo Código lo señala como requisito de "todo acto o declaración de voluntad" y el art. 1437 dice que los actos jurídicos —y no solamente los contratos— crean obligaciones y, en consecuencia, derechos. Y si estos constituyen el objeto, es indudable que todos los actos jurídicos, uni o bilaterales, contratos o convenciones, tienen y deben tener un objeto.

Por eso y con toda razón, Capitant dice en términos amplios que no aluden sólo a los contratos: "Los actos jurídicos tienen por objeto crear, modificar, transferir o extinguir derechos: tal es su objeto propio". (⁴).

Puede, entonces, definirse el objeto de un acto o contrato, diciendo que es el conjunto de derechos y obligaciones que él crea, modifica o extingue.

4. – OBJETO DE LA OBLIGACION.

Ahora bien, esos derechos y obligaciones que han tenido como fuente a un acto o contrato, no son concebibles en el aire, no tienen razón de ser si no se aplican a una cosa o a un hecho: deben necesariamente referirse a alguna finalidad material. En efecto, nadie puede tener un derecho o una obligación en sí, sin que el derecho sea de exigir la dación o entrega de una cosa, o la realización o abstención de un hecho; o sin que la obligación se refiera a dar o a entregar esa cosa, o a realizar o no realizar ese hecho.

Y esas cosas o esos hechos positivos o negativos a que las obligaciones y derechos forzosamente deben referirse son, precisamente su objeto: "el objeto de la obligación, es la cosa o el hecho a que el derecho se aplica" (⁵).

Corrientemente, con un poco de inexactitud, se habla en forma exclusiva del objeto de la obligación, cuando en verdad él es también objeto del derecho correlativo. Así lo deja en claro la misma definición recién dada que, aun cuando comprende al derecho, incurre en el mismo vicio.

5. DIFERENCIAS ENTRE EL OBJETO DEL ACTO O CONTRATO Y EL DE LA OBLIGACION.

Como se ve, la diferencia entre ambos conceptos es clara.

Así, en una compraventa el objeto del contrato lo constituyen: la obligación del

⁴ Introduction a l'étude du droit civil. Pág. 239.

⁵ Baudry Lacantinerie Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des Obligations. T. I. pág. 264.

vendedor de entregar la cosa vendida, que corresponde al derecho del comprador de reclamar esa entrega y la obligación del comprador de pagar el precio estipulado, que corresponde al derecho del .vendedor de exigir ese pago.

Y el objeto de la primera obligación y del primer, derecho, es la cosa vendida; y el objeto de la segunda obligación y del segundo derecho, es el precio.

Si la compra□venta se refiere a un fundo, el objeto de la obligación principal del comprador .es, precisamente, el precio y no, como erradamente sostuvo la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia del año 1927 (considerando 9°) , "en primer lugar el fundo, en las condiciones estipuladas y, además, los derechos de los regadores de agua", los cuales constituyen, sin lugar a dudas, el objeto de la obligación del vendedor (⁶).

6.– Confusión de los mismos.

Si el objeto del acto o contrato y el objeto de la obligación son perfectamente diferentes, ¿a qué se debe, entonces, la confusión de ambos conceptos?

A varios motivos.

En primer lugar, hay entre los dos una relación muy estrecha. Como dice Giorgi, los derechos y obligaciones son el objeto inmediato de los contratos y las cosas o los hechos son el objeto inmediato de las obligaciones contraídas a su respecto y de los derechos creados por medio de ellos. En consecuencia, las cosas o los hechos son el objeto mediato de los contratos y declaraciones de voluntad. (⁷). "Por eso, puede decirse, aunque sea impropriamente; que hablando del objeto de las obligaciones se habla del objeto de los contratos" (⁸).

En verdad, la obligación, que es el objeto del acto o contrato, gene a su vez un objeto propio: la materialidad a que se aplica. Por ello, afirma Planiol que para abreviar, los juristas hablan del objeto del contrato, refiriéndose en realidad, al de la obligación.

7.– La confusión no tiene trascendencia.

En segundo término, la confusión no tiene trascendencia alguna y los mismos tratadistas, después de criticar la falta de distinción clara, entran a justificarla.

Así – a más de lo dicho por Giorgi y Planiol – tenemos que Capitant, después de sostener que un buen análisis debe distinguir, necesariamente, entre el objeto del acto jurídico y el del derecho, agrega: "Sin embargo, la confusión que se hace a menudo entre estas dos nociones no tiene inconvenientes, aun desde el punto de vista teórico, puesto

⁶ Rev. de D. y J. T. 27, .Parte II Sec. 1 pág. 163.

⁷ Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno, T. 3, N° 283.

⁸ Claro Solar, ob. cit., T. XI, pág. 250.

que en todo acto jurídico es preciso, necesariamente, preocuparse del objeto del derecho y es evidente que si el objeto del derecho no existe o no presenta las cualidades requeridas, el acto mismo no producirá efecto alguno" (⁹).

Demante afirma que "la ley confunde con razón el objeto del contrato y el objeto de la obligación. En efecto, el contrato tiene como finalidad producir obligaciones y forzosamente tiene por objeto aquello que constituye la materia de esos vínculos que genera" (¹⁰).

8.– Otra razón que la justifica.

Las dos razones anotadas son las que generalmente se dan para explicar la confusión. A ella agregaremos otra que nos parece primordial.

Hemos visto que el objeto del acto jurídico —derechos y obligaciones por él creados— no puede existir aisladamente, es inconcebible si no se le considera aplicado a una finalidad material, a una cosa o a un hecho. En una palabra, esos derechos y obligaciones sólo cobran importancia y más que eso, sólo existen, en cuanto tienen un objeto.

Es, entonces, el objeto de la obligación el verdaderamente importante y el que constituye el requisito de validez señalado en el art. 1445: el objeto del acto mismo no puede serlo porque él jamás puede faltar: si existe una relación jurídica, ella en principio tiene que engendrar derechos y obligaciones. Son éstos los que pueden carecer de objeto a que aplicarse y en tal caso no podrán subsistir y el acto será inválido. Así, si en una compra-venta no se establece ni el precio ni la cosa vendida, los derechos y obligaciones virtualmente engendrados por el contrato no tendrán una materia a que aplicarse y el acto será inexistente o nulo.

Por eso, al reglamentar el objeto, el art. 1461 da normas para las cosas y los hechos que, aun cuando llamados objetos de las declaraciones de voluntad, no son sino objetos de obligaciones desde que son las finalidades materiales a que se aplican los derechos y obligaciones creados.

Esta es la explicación de por qué se habla del objeto del acto o contrato cuando en realidad se alude al de la obligación: este concepto es el que tiene interés e importancia para estudiar a aquéllos; en cambio el primero, es sólo de orden técnico y a más de no conducir a nada, carece de ventajas prácticas y teóricas.

9.– EL CODIGO CIVIL SOLO REGLAMENTA EL OBJETO DE LA OBLIGACION.

Es quizás por esta causa que nuestro legislador, como el francés, en el fondo de sus

⁹ Ob. cit., pág. 2,39.

¹⁰ Citado por Baudry Lacantinerie, ob. cit., T. j pág. 263.

disposiciones reglamentó sólo el objeto de las obligaciones. Y aun cuando comenzamos diciendo que el Código chileno confunde el objeto de la obligación con el objeto del acto o contrato, no se crea que hay entre ambas afirmaciones una evidente contradicción. .

La sola lectura de las disposiciones que en nuestra legislación reglamentan la materia en cuestión, deja en claro que el legislador, por los términos que usó, desconocía la diferencia exacta entre ambos conceptos: el art. 1445 ya citado, enumera al objeto como requisito de "todo acto o declaración de voluntad", y el 1460 insiste en la misma idea, pero agrega que ese objeto debe ser "una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer", cosas que no pueden constituir, como hemos visto, sino el objeto de la obligación. El 1461 se refiere en detalle a esas cosas y señala sus requisitos y el 1462 usa expresiones vagas que no aluden en forma clara al contrato o a la obligación. Pero el art. 1463 dice que el derecho de suceder por causa de muerte a una persona no puede "ser objeto de una donación o contrato", oponiendo erróneamente ambos términos, pero refiriéndose indudablemente al objeto de la convención. Y el inciso 2° alude a las "convenciones" entre la persona que deba una legítima y el legitimario. Finalmente, los artículos 1464, 1465 y 1466, al señalar casos de objeto ilícito, parecen aludir, por lo menos en la forma, al objeto de los actos o contratos.

Pero si la redacción de esos artículos demuestra confusión o inexactitud, el examen detenido de ellos lleva a la conclusión inequívoca de que no obstante esa apariencia —y sin que el legislador se diera cuenta de ello— en el fondo se refiere únicamente al objeto de las obligaciones.

Veámoslo.

10.— Así sucede en los arts. 1460 y 1461.

El art. 1460 dice que toda declaración de voluntad debe tener por objeto "una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer". Y agrega: "El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración", El 1461 establece qué cosas pueden ser objeto de una tal declaración y exige que ellas sean reales, que existan o se espere que existan, que sean comerciales y determinadas. Y si se trata de hechos, deben ser física ,y moralmente posibles.

Si establecido ha quedado que el objeto de los contratos lo constituyen las obligaciones y los derechos que él crea; y si los citados artículos nos habían de las "cosas" que se trata de dar, hacer o no hacer, y fijan los requisitos que esas cosas comprendiendo en ellas a los hechos deben cumplir, es evidente. que norman la materialidad a que se aplican esos derechos y no a ellos mismos. O sea, aluden al objeto de la obligación y feo al del contrato.

11.— Lo mismo en el 1462.

El 1462 dice que hay un objeto ilícito "en todo lo que contraviene al derecho público chileno". Esta frase tan imprecisa y vaga, nada contiene que pueda llevar a la conclusión de que se refiere a uno u otro objeto, pero la ley. la aclaró, mediante un ejemplo que nos

demuestra que aquí también se alude al objeto de la obligación. "Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto". En otros términos, es ilícito el "hecho" a que alguien pueda obligarse, que atente contra el derecho público nacional. Y ese hecho es la cosa sobre la cual recae la obligación nacida del contrato. Esta disposición, entonces, se refiere también en su fondo, al objeto de la obligación.

12.– Jurisprudencia que lo comprueba.

Confirma lo que venimos sosteniendo, la aplicación que nuestros Tribunales han hecho del art. 1462.

En sentencia de la Corte Suprema del año 1905, se estableció que "no es lícito desconocer a persona o corporación alguna, ni ,aún a pretexto de contratos, cuasi contratos o estipulaciones de cualquier género", la competencia. y jurisdicción que la ley de 15 de Octubre de 1875 da a los Tribunales que ella misma establece, para conocer de las controversias judiciales del orden temporal. "Tales estipulaciones, caso de existir, serían nulas por, ilicitud del objeto, en cuanto contravienen al derecho público chileno" (¹¹).

Y para poder desconocer esa competencia mediante un acto o contrato, una persona tiene que obligarse a someterse a otro tribunal, o bien, a no someterse a la justicia ordinaria; y es ese hecho, el objeto de la obligación, el que atenta contra el derecho público chileno.

Tal es, precisamente, el caso fallado en dicha sentencia: un dueño de caballos de carrera recurrió a la justicia ordinaria para obtener el pago del premio ganado por su animal, al cual creía tener derecho por considerar injusto el distanciamiento del caballo al último puesto, por incorrecciones cometidas durante el desarrollo de la carrera. El club Hípico sostuvo que según sus reglamentos, los que hacen correr caballos en sus canchas deben cumplir y respetar todas sus disposiciones, las cuales prescriben que las cuestiones que se susciten en las carreras, deben ser falladas por los tribunales establecidos por la Institución, contra cuyas resoluciones no proceden recursos de ninguna especie. Al inscribir el demandante su caballo, se sometió á esas reglas, de modo que no pudo recurrir a los Tribunales de Justicia, por existir pactado un verdadero arbitraje. La Corte no aceptó que esos fueran tribunales arbitrales por no cumplir con los requisitos que la ley exige para ellos y resolvió que las estipulaciones que obligaban a una de las partes a recurrir a ellos, caso de existir, serían nulas por ilicitud del objeto, en cuanto contravenían al derecho público chileno.

Es evidente, como se deduce de lo expuesto, que la ilicitud estaba en el objeto de la obligación del dueño del caballo, en el "hecho" de someterse a un tribunal diferente de los creados por la ley y que no era un tribunal arbitral.

13.– Hay, sin embargo, casos que caen dentro del 1462 y que no se

¹¹ Rev. de D. y J., T. 3, Parte II, Sec. Ia., pág. 349.

refieren al objeto de la obligación.

Sin embargo de lo dicho, es éste —el del 1462— el caso que presenta mayor complejidad y duda para afirmar categóricamente que ese artículo alude al objeto de la obligación. Ello ocurre por la misma vaguedad y amplitud de los términos empleados por el legislador, los cuales permiten comprender en la disposición situaciones que, técnicamente, exceden el campo del objeto del contrato y de la obligación, ya que es el conjunto, el acto o contrato mismo, el que aparece atentatorio al derecho público chileno.

Así, en sentencia de Septiembre de 1920, la Corte Suprema declaró nulo, por objeto ilícito, en cuanto contravenía al derecho público chileno, a un contrato de suministro de víveres y forrajes a cuerpos de ejército y policía movilizados durante la revolución de 1891; por no haberse dictado aquel año la ley que debe fijar los gastos de administración pública ni la ley que fija las fuerzas de mar y tierra; como debió hacerse según lo ordenado por la Constitución Política (¹²).

En el caso relatado, podemos afirmar que la ilicitud en el contrato mismo celebrado con infracción de disposiciones constitucionales. No puede decirse que esté en su objeto —obligación de pagar el precio y entregar los suministros y los derechos correlativos— ni tampoco en las cosas sobre las cuales ellos recaen.

Con más propiedad, la ley debió, lisa y llanamente, sancionar con la nulidad a los actos o contratos que atenten contra el derecho público chileno, pero no a establecer que ellos tienen objeto ilícito, afirmación que puede ser efectiva sólo en algunas circunstancias, siendo en otras, por el contrario, manifiestamente impropia desde el punto de vista de la técnica jurídica.

14.—Análisis del art. 1463

El art. 1463 establece la ilicitud de los llamados "pactos sobre sucesión futura" y dice textualmente, que no pueden ser objeto de una "donación o contrato", para referirse en su inciso 2° a las "convenciones" entre la persona que deba una legítima el legitimario. A pesar de estos términos; afirmamos que esta disposición legisla también sobre el objeto de la obligación.

El art. 956 del Código Civil dice "que la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata..." ; y el art. 1226 del mismo Código establece que no se puede aceptar asignación alguna sino después que se ha deferido, agregando: "Pero después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición". En otras palabras, el Código no acepta ningún pronunciamiento sobre una asignación, sea para aceptarla o repudiarla, antes de la muerte del causante.

Lo dicho demuestra, desde pronto, que la ilicitud no reside sólo en las convenciones o en los contratos sobre sucesión futura, sino que también en las declaraciones unilaterales de voluntad que a ellas se refieren.

¹² Rev. de D. y J., T. 3, Parte II, Sec. Ia., pág. 310

Y esos contratos o esos actos jurídicos, relativos a la sucesión futura, podrán revestir distintas fisonomías jurídicas –compraventa o donación, por ejemplo, en el primer caso – y producirán, entonces, los derechos y obligaciones que les son propios, los cuales recaerán, tendrán como objeto, una sucesión no deferida. Por esta razón serán ilícitos: la ley no permite que esas sucesiones sean objeto de obligaciones y derechos.

15.– Jurisprudencia que confirma lo dicho.

En sentencia de julio de 1881, el árbitro don Cosme Campillo declaró nula, por ilicitud del objeto, en conformidad al art. 1463 del Código Civil, la cesión hecha por un presunto heredero, en vida del causante, de los derechos que pudieran corresponderte en una herencia. Dicho fallo fue aprobado por la unanimidad de una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago. (¹³).

Pues bien, del caso ahí resuelto aparece con toda evidencia que el art. 1463 se refiere al objeto de la obligación, esto es, a la materialidad sobre que recaen los derechos y obligaciones. En efecto, la cesión generó los derechos y obligaciones que le son propios, los cuales se aplicaron a una cosa: los derechos que al cedente pudieran corresponder en la herencia, lo que constituye el objeto de la obligación.

En sentencia de Julio de 1890, confirmada por la Corte de Santiago, se declaró nula, por ilicitud del objeto, de acuerdo con lo prescrito en el art. 1463, la venta de derechos hereditarios hecha por un hijo a un tercero, en vida de su padre (¹⁴).

En este caso, es indudable que también el derecho a la sucesión futura fue el objeto de la obligación del comprador y no del contrato mismo, cuyo objeto, como tantas veces hemos repetido, estuvo constituido por los derechos y obligaciones que engendró la compra-venta.

Lo mismo se desprende de lo resuelto en sentencia de 1863, pero ya no relativamente a los pactos sobre sucesión futura, sino a un pacto unilateral: la renuncia hecha por un legitimario de lo que podría tocarle en la sucesión, en vida del causante. Se anuló por tener objeto ilícito (¹⁵).

16.– Artículo 1464.

El art. 1464 dispone que "hay un objeto ilícito en la enajenación:

- 1 °) De las cosas que no están en el comercio;
- 2 °) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;
- 3 °) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o

¹³ Gaceta. Año 1863, pág. 196, sent. 365.

¹⁴ Gaceta. Año 1890, T. 3, pág. 419, sent. 5641.

¹⁵ Gaceta. Año 1863, pág. 194, sent. 520.

el acreedor consienta en ello;

4°) De las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio".

Como oportunamente veremos con detenimiento, es enajenación todo acto jurídico por el cual se transfiere, el dominio o se lo limita mediante la constitución de gravámenes reales. Lógicamente, ella es, por regla general, lícita; pero cuando se refiere a las cosas que enumera el artículo 1464, deja de serlo porque la ley no acepta que ellas cambien de propietario o sean gravadas. En otras palabras, cuando el acto jurídico que constituye enajenación crea derechos y obligaciones que se van a radicar en alguna de esas cosas, se hace ilícito porque el objeto de esos derechos y obligaciones ha sido así declarado por la ley. La ilicitud está en las cosas mismas señaladas en los cuatro números del artículo y no en los derechos, los cuales pasarán a serlo también y contagiarán al acto que los crea, en cuanto se apliquen a esas cosas (¹⁶).

En este caso, pues, también la ilicitud está en la cosa objeto de la obligación y, en consecuencia, el art. 1464 se refiere a él y no al del contrato.

17.– Jurisprudencia.

La jurisprudencia sobre esta materia es abundante y a ella nos referiremos más adelante, y toda refuerza lo que tan claramente dice el artículo: la ilicitud está en las cosas que la ley no acepta que se enajenen, o sea; en el objeto de la obligación.

Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado nula, por tener objeto ilícito, la enajenación de un bien embargado (¹⁷); y la Corte Suprema declaró que si durante un juicio reivindicatorio el demandado enajena "el inmueble" materia del pleito, la enajenación adolece de objeto ilícito en conformidad al N° 4 del art. 1464 (¹⁸).

18.– Artículo 1465.

El art. 1465 que prohíbe la condonación del dolo futuro y establece que el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto, al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente, legisla también sobre el objeto de la obligación, pese al uso de la palabra "pacto", en este caso sinónimo de convención. En efecto, remitir el dolo antes de su existencia, es lo mismo que obligarse a una abstención: a no iniciar la acción correspondiente para el caso de que el dolo se produzca. Y esta abstención, este hecho negativo, no es otra cosa que el objeto de la obligación de no hacer.

¹⁶ Es de advertir que el término ilicitud no lo tomamos en el sentido de inmoralidad, en su acepción vulgar, sino en cuanto indica la idea de algo que la ley no acepta, de algo que considera al margen de los actos jurídicos. Más adelante, al tratar del objeto ilícito, nos referiremos a esta cuestión en detalle.

¹⁷ Gaceta, año 1873, pág. 1261, sent. 2782.

¹⁸ Rev. de D. y J., T. XI, Parte II, Sec. I.a., pág. 203

19.– Artículo 1466 (Deudas contraídas en juegos de azar).

Finalmente, el art. 1466 nos dice que hay objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar; en la venta de ciertas cosas que enumera y, en general, en todo contrato que la ley prohíbe.

Deuda es equivalente de obligación; en todo contrato, cualquiera que sea su naturaleza, hay un acreedor y un deudor. Este contrae una obligación que toma el nombre específico de "deuda" y que corresponde al derecho correlativo del acreedor: el "crédito". La ley alude entonces, claramente, al objeto de las obligaciones contraídas en juego de azar.

20.– Esta disposición es impropia.

Sin embargo, en este caso en que la letra de la ley habla precisamente del objeto de la obligación, creemos que tal disposición es totalmente impropia. Según lo dicho, del contexto de esa norma debiera establecerse que la ilicitud está en las cosas materiales – generalmente dinero – sobre las cuales recaen las obligaciones contraídas en los juegos que la ley llama de azar. Pero estas cosas no están determinadas por la ley en forma permanente – como sucede, por ejemplo, en el caso del art. 1464 y en la segunda parte de la disposición que comentamos – sino que ellas pasan a ser ilícitas, se determinan, en el instante mismo en que son objeto de un contrato de juego que el legislador no acepta. En otros términos, las cosas en sí nada tienen de particular – a la inversa que en los dos casos recién citados – y sólo pasan a ser vituperables porque la calidad de ilícitas se las comunica el contrato.

Este artículo; pues, no alude al objeto de la obligación, ya que esas mismas cosas no son ilícitas cuando a ellas se refieren todas las demás convenciones; ni tampoco al objeto del contrato derechos y obligaciones engendrados cuya ilicitud no se divisa. Simplemente, esta parte del artículo 1466 establece el repudio de la ley a los juegos de azar en sí, y fa prohibición de celebrarlos bajo pena de nulidad absoluta. Y aún, cuando el legislador creyó necesario colocar esta norma al tratar del objeto, vemos que ninguna conexión con él tiene. Para ser preciso, creemos que debió, lisa y llanamente, prohibir tales juegos, con lo que habría obtenido el mismo resultado; o establecer que tienen una causó ilícita.

21.– Artículo 1466 (Venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, etc.).

Continúa el art. 1466 diciendo que hay objeto ilícito "en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de; la libertad de prensa;...".

Esta parte de la disposición se refiere claramente al objeto de la obligación y no al del contrato, aun cuando la forma parece indicar lo contrario, ya que dice "objeto ilícito en

la venta". Efectivamente, él existe cuando el contrato nombrado se refiere a libros cuya circulación se ha prohibido, a láminas, a pinturas o estatuas obscenas, o a impresos condenados por abusivos de la libertad de imprenta. o sea, estas cosas materiales son ilícitas en sí y no pueden ser objeto —no de la compra□venta, porque ese lo forman los derechos y obligaciones generados— sino que precisamente de esos derechos y obligaciones. Las cosas materiales, estrictamente hablando, no pueden ser nunca objeto de un contrato, sino de las obligaciones que él crea.

22.– Artículo 1.466 (Actos prohibidos por la ley).

Finalmente, el art. 1466 establece, en forma general, que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley. Respecto de esta norma es valedero todo lo dicho al tratar de la contravención al derecho público chileno y de la ilicitud de las deudas contraídas en juego de azar: técnicamente hablando, no puede existir objeto ilícito en los contratos que la ley prohíbe. El objeto del contrato jamás puede ser ilícito, porque es inconcebible que un derecho pueda serlo, y en cuanto al de la obligación – la materia sobre la que ésta recae – no se ve la razón para así considerarlo, por el hecho de que el legislador haya prohibido un contrato determinado. Para ser más exacta, la ley debió limitarse a sancionar con la nulidad absoluta a los actos que la ley prohíbe, sin establecer, que ellos adolecen de objeto ilícito, afirmación que, doctrinariamente, puede ser errada en muchos casos.

23.– Estos artículos confirman lo aseverado.

Del análisis hecho aparece con toda claridad comprobado lo que afirmábamos: nuestro legislador, aun cuando impreciso en sus términos, legisló sólo sobre el objeto de la obligación, por ser éste el que realmente tiene interés aun desde el punto de vista de los requisitos de los actos y contratos, ya que el del contrato mismo no puede existir sino en cuanto recae sobre una cosa. Solamente en los casos que hemos señalado excedió ese límite, pero en ellos tampoco se refirió al objeto de los contratos, sino que a materias desligadas con el problema del objeto y que no debieron ser tratadas en esta parte.

24.– Resumen.

Resumiendo, podemos decir, que el objeto del contrato, como el de todo acto jurídico, es el conjunto de derechos y obligaciones que él genera. Este objeto; aisladamente considerado, no tiene importancia porque los derechos y obligaciones no se pueden concebir en el aire, sin que se apliquen a cosas concretas, o a hechos tangibles. Y esas cosas y esos hechos en que se radican los derechos y obligaciones generados por un acto jurídico, constituyen el objeto de ellos. La relación, entonces, entre ambos conceptos, es estrecha. Por esta razón y porque el que tiene importancia teórica y práctica, incluso para la validez de los actos jurídicos, es el de la obligación, al hablar del objeto de un contrato se habla del objeto de las obligaciones y derechos por él generados. Esta confusión es justificada hasta por, los tratadistas.

Nuestro legislador, en los artículos relativos al objeto, se refirió, por lo menos en la forma, tanto al del contrato cómo al de la obligación. Pero el análisis profundo de dichos artículos lleva a la conclusión de que en el fondo legislan sobre el objeto de la obligación.

Por todas razones, a él nos referiremos en adelante cada vez que hablemos simplemente del objeto.

CAPITULO II.REQUISITOS DEL OBJETO

25.– Significado del término "cosa" en el art. 1460.

Según el art. 1460, el objeto debe ser "una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer". .

La expresión "cosa" está tomada aquí en un sentido más amplio que el corriente. No sólo comprende a todo ente que tenga existencia, con exclusión de las personas, sino que también a los hechos, sean ellos positivos o negativos. Así lo deja en claro la redacción misma del precepto.

Y esta acepción dada a dicho término – imperfecta, si se quiere desde el punto de vista gramatical – tiene su explicación en un antecedente histórico. El art. 23 del proyecto de Código Francés, que pasó a ser después el 1 126, reproduciendo casi textualmente las expresiones de Pothier decía que "todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, o un hecho que una parte se obliga a hacer o no hacer". El Tribunado, para evitar la locución "faire un fait", hacer un hecho, suprimió esta última palabra y dejó el artículo tal como hoy, que dice: "Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar o que una parte se obliga a hacer o no hacer". En él, la palabra "chose", cosa, "está empleada en su más amplia significación, sirviendo para designar las cosas materiales, las cosas propiamente dichas, y los bienes y servicios o abstenciones, los hechos". (¹⁹).

Nuestro Código, siguiendo en esta parte al legislador francés, redactó. el art. 1460 en forma semejante al ya citado del código de Napoleón y empleó la palabra "cosa" como comprensiva también de hechos o abstenciones.

Pero esta amplitud de significado sólo se da a esa palabra en la primera parte del art. 1460. En efecto, la frase última que dice ,que "el mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración", da a la palabra "cosa" su verdadero sentido, refiriéndola sólo a las cosas propiamente tales y no a los hechos, positivos o negativos.

Los dos primeros incisos del 1461 usan también este término en su sentido estricto y señalan requisitos para el objeto que es una cosa material; quedando las condiciones de los hechos, anotadas en el inciso final. .

¹⁹ Claro Solar, ob. cit., T. XI, pág. 251.

Tenemos, entonces, que el objeto puede ser una cosa material o un hecho, sea positivo o negativo, esto es, acción o abstención.

Y los requisitos, las condiciones que el objeto ha de cumplir, son distintos en ambos casos.

SECCION I. COSAS

26.– Requisitos.

Cuando el objeto es una cosa material de acuerdo con lo que dispone el art. 1461 y lo sostenido por la unanimidad de los tratadistas (²⁰) debe ser: 1 °, **real**, o, en otros términos, existir en la naturaleza; 2°, **comerciable**; y 3.°, **determinado**, o por lo menos, determinable.

Parrafo I.—La cosa debe ser real.

27.– Razón de ser del requisito.

Es evidente que la cosa objeto de la obligación, debe existir. De no ser así, la obligación carecería de objeto y sería inexistente para quienes aceptan esta institución, o nula de nulidad absoluta, para quienes repudian la inexistencia jurídica.

En consecuencia, si la cosa destinada a ser el objeto perece antes del perfeccionamiento del contrato, éste será inexistente o nulo. Este mismo principio, aplicado en forma concreta a la compraventa, está establecido en el art. 1814 del C. Civil. Dice esta disposición en su inciso 1 °, que "la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno".

28.– Así lo ha dicho también la jurisprudencia.

Nuestra jurisprudencia así lo ha entendido y la Corte de Valdivia ha declarado que en la venta de los derechos que sobre un fundo pudieran corresponder, a cualquier título, al vendedor, en el caso de no existir dichos derechos, habría nulidad por falta de objeto y, en consecuencia, no sería posible acogerla habiéndose fundado la demanda en la falta de causa y no estar de manifiesto la nulidad (²¹).

La Corte Suprema, en sentencia ya citada en el N° 4, analizando una compra-venta relativa a un fundo y a los derechos sobre los regadores de agua del mismo, resolvió que de haberse extinguido con anterioridad al contrato esos derechos, no puede sostenerse que el contrato carece en absoluto de "objeto y causa", ya que éstos sólo serían inexistentes en la parte constituida por los regadores, surtiendo plenos efectos en lo

²⁰ Por ejemplo, Baudry Lacantinerie, ob. cit., pág. 265, N° 244; Laurent Principes de Droit Civil Francais, T. 25, N° 75 ; Claro Solar, ob. cit., pág. 253, N° 285.

²¹ Gaceta, año 1933, T. II, pág. 457, sent. 131

demás. (²²). Y ello, porque el objeto lo constituían el fundo y los regadores.

Aun cuando la sentencia trata confusamente el objeto y la causa, aparece con claridad que coincide con el criterio expuesto, en lo que se refiere a la no existencia del objeto.

29.– RESPONSABILIDAD DEL QUE CONTRATA SOBRE LO QUE SABE INEXISTENTE.

Al tratar del objeto, el Código no señala la responsabilidad en que puede incurrir el que contrata respecto de una cosa que sabe inexistente. Sólo en la compraventa – art. 1814, inc. 3° – se pone en tal caso y establece que el vendedor deberá resarcir los perjuicios al comprador de buena fe.

Pero creemos que ello no significa un vacío o un olvido de la ley. En la circunstancia anotada hay responsabilidad de acuerdo con los principios generales de derecho, que nos dicen que todo aquél, que con dolo o culpa causa un daño, es obligado a indemnizarlo. "Se trata de una responsabilidad extracontractual derivada de un hecho doloso o culpable de uno de los contratantes, quien a sabiendas o por negligencia, hace que se celebre un contrato nulo" (²³).

30.– Casos en que el objeto falta parcialmente.

¿Y si el objeto existe sólo en parte, puede considerarse que la situación es idéntica a la anterior?

La ley no da ninguna regla general para tal caso, y una vez más, sólo se refiere al problema al tratar de la compra-venta, en el ya citado art. 1814 que dice: "Si faltaba una parte considerable de ella (la cosa vendida) al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador a su arbitrio desistirse del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación".

Esta parece ser la solución racional y no se ve inconveniente para aplicarla en forma genérica, aun cuando ella se encuentre entre las reglas especiales de la compra-venta, porque está basada en la equidad, a la cual debe recurrirse en ausencia de un texto expreso que resuelva, a virtud de lo dispuesto en los arts. 9 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y 24 del C. Civil.

En efecto, si lo que falta del objeto es una parte insignificante, es lógico concluir que el contrato subsiste, porque en realidad, el objeto sobre el cual las partes hicieron recaer su consentimiento existe en condiciones tales, que las partes siempre habrían celebrado la convención, a pesar de haber sabido la verdad.

Pero si falta una parte "considerable", el perjudicado puede desistirse del contrato, que es nulo o inexistente por falta de objeto, o bien, insistir en él, variando las condiciones

²² Rev. de D. y J., T. XXVII, Parte II, Sec. I, pág. 163.

²³ Alessandri R., Arturo. Teoría General de los Contratos. Apuntes de su curso de Derecho Civil Profundizado y Comparado. Año 1940, pág. 197.

en forma equitativa: En este caso, práctica y jurídicamente el contrato es uno distinto, con objeto diferente.

¿Y cómo fijar el límite que separa la parte "considerable" de objeto, con aquella falta que no tiene trascendencia? Opinamos que ello es una cuestión de hecho que debe resolver el juez en cada caso, atendiendo a las circunstancias especiales y determinando si la parte perjudicada al igual que lo que establecen el Código y los principios, respecto del dolo principal habría contratado o no, de conocer la falta de objeto.

31.– Crítica a una sentencia.

En la sentencia de la Corte Suprema que hace un momento citamos, se dice que si se hubieran extinguido los derechos de agua con anterioridad al contrato, el objeto y la causa "serían inexistentes sólo en la parte constituida por los regadores, surtiendo plenos efectos en lo demás". Esto parece indicar que nuestro más alto Tribunal ha considerado como dos objetos diferentes al fundo y a los regadores, y por ende ha considerado también como dos contratos distintos a los que ellos se refieren. De otra manera no se explica que una convención pueda ser inexistente en una parte y surtir efectos en la otra.

Esta distinción de la Corte de Casación nos parece injustificada y errónea en el caso que nos preocupa. Si bien es cierto, el fallo no se dictó en ese sentido porque se dió por comprobada la existencia de los derechos de agua; la argumentación hipotética transcrita merece un análisis por la doctrina que sienta.

Cuando en un sólo acto se celebran dos contratos perfectamente diferenciados —v. gr., en una misma escritura se pactan una compra-venta y un arrendamiento— es evidente que cada una de las convenciones tiene existencia, propia y, consecuencia mente, todos los requisitos indispensables a los actos jurídicos. Es, en esta situación, perfectamente posible que uno de los contratos sea válido y surta plenos efectos y que el otro adolezca de un vicio que lo haga nulo o inexistente.

Pero no puede ni debe confundirse esta circunstancia con aquella otra en la cual un sólo contrato recae sobre un objeto múltiple. La ley dice expresamente que toda declaración de voluntad debe tener por objeto "una o más cosas" que se trata de dar, hacer o no hacer. De manera que no es aceptable considerar que existen tantos contratos cuantas sean las cosas sobre que recae. Estas pueden ser muchas y constituir un sólo objeto.

En el caso presentado a la Corte Suprema, la compra-venta era una que tenía por objeto el fundo y sus derechos de agua; y sin incurrir en un error, no pudo declararse que habría sido inexistente en lo relativo a los derechos, si éstos hubieran estado extinguidos; y que surtía plenos efectos en lo demás.

A nuestro parecer, debió haberse determinado si la falta de objeto era de tal magnitud como para que, de acuerdo con el art. 1814, se concediera al comprador el derecho de desistirse del contrato o de insistir en él, tasándose el justo precio; o si no era tal, siendo por consiguiente, válido el contrato, rebajándose eso sí el precio equitativamente.

Pero para justificar la resolución de la Corte Suprema, no debe olvidarse que la

sentencia dió tal opinión poniéndose en el caso de que se hubieran extinguido los derechos de agua, pero sin fallar en tal sentido por considerar que esos derechos existían, razón por la cual, seguramente, no se estudió a fondo el problema y se aludió a él sólo en forma superficial.

32.– Responsabilidad del que contrata sobre lo que sabe inexistente en partes.

La responsabilidad en que incurre el que contrata sobre una cosa que sabe inexistente en parte, es la misma del que conoce la inexistencia total: en ambos casos se trata de una responsabilidad éxtracontractual. Y como ya lo hemos afirmado, el Código no tuvo necesidad de establecerlo en una norma especial, porque ello fluye de la aplicación de la regla general del art. 2314.

Sin embargo, en el título de la compra-venta, en el art. 1814, el legislador concretó la regla a este contrato. Pero ello no quiere decir que el principio no se aplique a todo acto: es sólo una repetición, hasta cierto punto innecesaria, ya que a la misma conclusión se arribaría si no existiera ese artículo.

33.– LAS COSAS FUTURAS TAMBIEN PUEDEN SER OBJETOS.

Al exigir como primera condición del objeto, la realidad, no se pretende hacer indispensable la existencia actual: las cosas que se espera que existan también pueden ser objetos. Así lo establecen el art. 1461 de nuestro Código, el 1130 del Código Francés – que las llama "cosas futuras" – y la totalidad de los tratadistas.

Y estas cosas se consideran existentes para el efecto de contratar sobre ellas, porque están destinadas a existir. "Un agricultor, por ejemplo, – dice Claro Solar – puede vender su próxima cosecha de cereales, cuando la siembra no ha florecido aún: los cereales de la cosecha no existen todavía, pero desde que la siembra está hecha y presenta buen aspecto, es de suponer una producción considerable".

34.– Sentencia que aplica esta norma.

En sentencia de 1888, confirmada por la Corte respectiva, un juez de Concepción falló – aplicando este principio – que la cesión hecha por el beneficiario de un seguro de vida; antes de la muerte del asegurado, no adolece de nulidad fundada en la falta de objeto por no tener el cedente ningún derecho que ceder, ya que no sólo las cosas que existen, sino también las que se espera que existan, pueden ser objetos. (²⁴).

35.– En tal caso el contrato puede ser condicional o aleatorio.

Cuando el objeto es una cosa futura, el contrato puede presentar dos aspectos: ser **condicional** o **aleatorio**.

En el primer caso, la condición será la existencia de la cosa; y en el segundo, el

²⁴ Gaceta. Año 1888, T. II, pág. 766, Sent. 2697.

contrato recaerá sobre el álea, esto es, sobre la suerte.

Si es condicional, su existencia estará subordinada a la realización del evento, qué en este caso lo constituye, precisamente, la existencia del objeto (²⁵): si la cosa que se espera que exista, no existe, no puede haber convención. Es lo que los autores llaman "contrato de cosa esperada" (²⁶)

Por ejemplo, si un agricultor vende 1.000 quintales del tabaco que su hacienda producirá en la próxima cosecha, a tantos pesos el quintal, y debido a fenómenos atmosféricos no se produce tabaco, es evidente que no habrá contrato por faltar el objeto.

Pero el contrato puede ser puro y simple, es decir, sobrevivir independientemente de la existencia de la cosa futura. Su objeto propio es la suerte por eso es aleatorio y el acto será perfecto desde su celebración, aun cuando la cosa esperada no exista. El contratante que especuló con la suerte deberá siempre cumplir con su obligación. Los jurisconsultos habla, en este caso, de "contrato de esperanza" (²⁷).

Por ejemplo, si el mismo agricultor vende en 20 mil pesos todos los terneros que nazcan el próximo año en su fundo, y debido al rigor del invierno sólo nacen dos o tres, el comprador deberá siempre pagar el precio y el contrato subsistirá aunque no nazca ningún ternero, porque es aleatorio.

36.– El Código Civil contempla esta diferencia en la compraventa.

El Código Civil no hace esta diferenciación en forma general y sólo la establece al tratar de la compra-venta, en el art. 1813. Sin embargo, ella es aplicable a cualquier contrato porque así lo permiten y ordenan los principios generales.

37.– Normas a que debe sujetarse el juez para calificar un contrato de condicional o aleatorio.

Y para determinar a qué categoría pertenece un contrato dado, el juez deberá tener en cuenta, en primer lugar, que debe entenderse condicional, "salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte" según así lo establece el art. 1813 para la compra-venta, norma aplicable como regla general. Deberá además, en cada caso, tomar en cuenta los términos de la convención y todas las

²⁵ Aun cuando generalmente se dice que en este caso el contrato es condicional, creemos que, jurídicamente, es más exacto hablar de derecho eventual que de condición. En efecto; lo que caracteriza al derecho, eventual y lo diferencia de la condición, es la circunstancia de que la realización del hecho futuro es esencial para la existencia misma del acto, el cual no podrá nacer a la vida del derecho de no realizarse aquél. En otras palabras, se trata de una condición, el acto o contrato existirá aun cuando aquella no se cumpla y sólo el derecho que de ella dependía, no podrá nacer. En cambio, tratándose de un derecho eventual, de no cumplirse el evento, el acto mismo será inexistente. Tal es lo que sucede en el caso en estudio: si el hecho futuro, o sea, la existencia del objeto, no se realiza, es evidente que no puede haber convención desde que ella carecerá de uno de los requisitos esenciales.

²⁶ Somarriva U., Manuel. Teoría de las Obligaciones. Apuntes de clase. Año 1938, pág. 554.

²⁷ Somarriva Manuel, Teoría de las Obligaciones. Apuntes de clase. Año 1938, página 554.

circunstancias que concurren y muy principalmente, según Baudry Lacantinerie, la comparación del precio con el valor probable del objeto realmente existente (²⁸).

Concuerdan también los autores, que en caso de duda sobre la naturaleza del contrato, éste debe ser interpretado en favor del obligado (²⁹).

Sin embargo, creemos que dentro de nuestra legislación positiva esta afirmación no es aceptable. En efecto, como recién lo hemos visto, el art. 1813 ordena que el contrato se entenderá condicional, salvo que expresamente se diga lo contrario o que la naturaleza demuestre que se compró la suerte. De manera entonces, que la norma general es que el contrato sea condicional, y si bien es cierto que esta regla se encuentra en el título especial de la compra-venta, no se ve inconveniente para darle carácter general, aplicando el principio de la analogía.

PARRAFO II.— La cosa debe ser comerciable.

38.— Redacción defectuosa del artículo.

El art. 1461 señala este requisito y con ello no hace sino captar lo que unánimemente establecen la doctrina y las legislaciones.

La redacción de este precepto es defectuosa en cuanto da a entender que la comerciabilidad es una condición que sólo cumplen algunas cosas, únicas que pueden ser objetos. Y la verdad es muy otra: la casi totalidad de las cosas son comerciables y sólo con todas excepciones se encuentran fuera del comercio.

El artículo señalado usa el mismo giro que el correspondiente del Código Francés el – 1128 – que le sirve de fuente y que dice: "Sólo las cosas que están en el comercio son las que pueden ser objeto de las convenciones". Es evidente que lo que se ha querido decir es que aquellas cosas que están fuera del comercio no pueden ser objetos.

39. – COSAS INCOMERCIALES.

¿Cuáles son las cosas que están fuera del comercio? El Código nada dice y los autores establecen que son aquellas que no pueden ser objeto de los derechos que las partes crean con sus convenciones (³⁰); o bien, que al decir del jurisconsulto Paulus, no son susceptibles de propiedad ni de posesión y, por lo mismo, no pueden reivindicarse (³¹).

Pero esta contestación sugiere otra pregunta: ¿y cuáles son esas cosas que no pueden ser objeto de derechos, ni son susceptibles de propiedad o posesión? Para evitar caer en un círculo vicioso repitiendo que son las que están fuera del comercio, habrá que

²⁸ Ob cit., T. I, pág. 267.

²⁹ Fuzier Herman.— repertoire General alphabétique du droit francais.— T. 29, pág. 10.

³⁰ Fuzier Herman.— Ob. Cit pág. 11, N° 79.

³¹ Claro Solar, ob. Cit., 257, n° 857.

responder en forma imprecisa. No. hay en verdad un principio general que pueda señalar cuáles son todas las cosas intransferibles; porque, si bien es cierto que siempre se han considerado entre ellas a las comunes a todos los hombres, también lo es que hay muchas otras que escapan a toda regla y que lo son sólo porque la ley así lo ha declarado, teniendo en cuenta diversas razones.

40.- CLASIFICACION DE LAS COSAS INTRANSFERIBLES.

A pesar de todo, las cosas intransferibles pueden ser, clasificadas en tres grupos:

a) Aquellas que lo son en razón de su naturaleza misma, como la alta mar y el aire, y que el art. 585 llama "comunes a todos los hombres", estableciendo que ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas;

b) las que lo son por. su destinación, como los bienes nacionales de uso público; y

c) todas las cosas que así se consideran debido a razones de orden público o de otra índole, como las cosas que han sido consagradas para el culto divino y que según el art. 586, se rigen por el derecho canónico y quedan, en consecuencia, excluidas del derecho común; las sucesiones futuras, a que luego nos referiremos; "los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades", señalados como intransferibles por el artículo 468 del Código de Procedimiento Civil y que, en conformidad al inciso final del mismo artículo, jamás pueden ser objeto válido de convenciones; "las cosas que son objeto de un monopolio, de un estanco, como el salitre y el yodo cuya exportación y comercio se reservaron al Estado por la Ley N° 5350 de 8 de Enero de 1934" (³²); y según Baudry Lacantinerie (³³), en el Derecho Francés algunas armas y ciertas sustancias venenosas que sólo pueden ser, objeto de convenciones en determinadas circunstancias, encontrándose su venta muy restringida, casos perfectamente aplicables entre nosotros.

Los autores franceses consideran también en ésta categoría a las funciones públicas, puesto que ellas no pueden ser materia de contratos. Lógica y exacta nos parece tal afirmación, pero creemos que debe extenderse a las funciones particulares. En efecto, estas tampoco son transferibles, no siendo aceptado que un funcionario de tal especie celebre contratos respecto del cargo que desempeña.

41.- Otra clasificación.

Entre las cosas enumeradas es fácil señalar una diferencia que permite clasificarlas, desde otro punto de vista, en dos grupos diferentes: 1) las cosas que están fuera del comercio en forma absoluta, y, 2) las que lo están sólo relativamente.

Las primeras son las menos y sólo caben entre ellas aquellas que son "comunes a todos los hombres". Estas, por su propia naturaleza, no pueden ser jamás objetos de convención u obligación alguna.

³² Claro Solar, ob. cit., pág. 257, N° 857.

³³ Ob. cit., pág. 268, N° 248.

Las segundas, en algunas circunstancias pueden ser objeto de ciertas convenciones. Así, es posible que los bienes nacionales de uso público sean dados en concesión por la autoridad pública. En las playas, por ejemplo, es frecuente que se autorice la construcción de cabinas para el uso de los bañistas; en las calles y caminos, de túneles o acueductos; y en las playas y paseos, de ventas o entretenimientos. Estas concesiones, si bien son de carácter precario, constituyen verdaderos derechos en relación a terceros.

Las armas y los productos farmacéuticos venenosos – desde que se prohíbe su venta sólo como regla general, o bien se condiciona su comercio, como cuando se exige receta médica para la venta de algunas sustancias – pueden, en ciertas circunstancias, ser objeto de determinadas convenciones.

Las funciones públicas y particulares se encuentran en análoga situación: la permuta de puestos, v, gr., puede acordarse entre dos funcionarios, y aun cuando necesita ser autorizada, no pierde por eso su carácter de tal (³⁴).

42.– SITUACION DE LAS SEPULTURAS Y MAUSOLEOS.

De acuerdo con las normas del Reglamento General de Cementerios, dictado en cumplimiento del art. 227 del Código Sanitario, y aprobado por Decreto Supremo N° 421 de 13 de Abril de 1931, para apreciar la intransferibilidad de las sepulturas y mausoleos debe distinguirse entre los nichos y sepulturas perpetuas de tierra, y las demás sepulturas.

Respecto de las primeras, en conformidad al inc. 1° del art 15 del citado Reglamento, el derecho de propiedad sobre ellas es intransferible; y aun cuando este precepto sólo hace mención a la enajenación, es de toda evidencia, por la misma naturaleza de las sepulturas perpetuas, que ellas no solamente no pueden ser enajenadas, sino que tampoco pueden ser objeto de ningún acto o contrato. En una palabra, se encuentran fuera del comercio jurídico.

Con relación a las segundas, el inc. 2° del mismo art. 15, establece que "las demás sepulturas y mausoleos son enajenables a condición de que en ellas no exista cadáver alguno en el momento de efectuarse el contrato". Estas sepulturas se encuentran, por consiguiente, dentro de las relaciones jurídicas mientras no se coloque en ellas algún cadáver (³⁵); pero desde el instante en que ello sucede, quedan también excluidas por completo, de las relaciones legales y pasan a ser cosas intransferibles.

³⁴ El art. 47 del Estatuto Administrativo, dice: "Los empleados podrán solicitar la permuta de su cargo, siempre que pertenezcan a distintos servicios y tengan el mismo grado. La permuta será autorizada previo informe de los jefes superiores respectivos, y los empleados conservarán su propia antigüedad en el grado. En casos especiales, el Presidente de la República podrá autorizar otras permutas".

³⁵ A pesar de encontrarse estas sepulturas en el comercio jurídico mientras no se sepa que en ellas se sepulta un cadáver, parece evidente que en ningún caso pueden ser hipotecadas. En efecto, el derecho real de hipoteca sólo nace con la inscripción hecha en el Conservador de Bienes Raíces, inscripción que no puede practicarse si el inmueble no está también inscrito. Y como las sepulturas no se inscriben en el Registro Conservatorio aludido, no vemos cómo podrían ser hipotecadas.

43.– Comerciability and licitud.

¿Es lo mismo la comerciability de la cosa, que la licitud?

Claro Solar dice en forma terminante que no es posible confundir ambos conceptos, y agrega "quedadas cosas no son en sí mismas ilícitas o inmorales; sólo el uso, el empleo que de ellas se haga puede ser ilícito o inmoral; pues son los actos y los fines perseguidos los que pueden ser ilícitos e inmorales" (³⁶).

Alessandri, por el contrario, sostiene que incomerciability e ilicitud son sinónimos, al señalar cómo un requisito del objeto de las obligaciones de dar, que sea "lícito o comerciable". A continuación añade: "en el derecho ambas expresiones son sinónimas, y quiere decir que la cosa está en el comercio, palabra que no se toma aquí en la acepción restringida que le da el Código de Comercio, sino en el sentido de cosa que puede servir de objeto válido a un acto jurídico" (³⁷).

En su oportunidad, al tratar del objeto lícito, nos referiremos a este problema con detenimiento, limitándonos por ahora, a advertir que su solución es determinante para, fijar el alcance de ese concepto.

PARRAFO III. □ La cosa debe ser determinada o determinable.

44.– Razón de ser del requisito.

Para que la cosa pueda ser objeto debe, como primera condición, según hemos visto, ser real, esto es, tener existencia actual o futura. .

Pero es evidente que no basta con ello ni con que sea comerciable. Debe, además, según exige la ley, ser determinada o determinable, por razones fáciles de comprender. Las obligaciones se contraen y se realizan con el fin de satisfacer necesidades humanas, de modo que el deudor debe saber qué debe y el acreedor, qué tiene derecho a exigir, ya, que de otra manera no podría existir vínculo jurídico serio y efectivo entre las partes, porque el deudor podría cumplir su obligación entregando cualquiera cosa y no la que el acreedor necesita y por la cual ha contratado. De aquí la exigencia y la necesidad de la determinación que viene a designar la cosa cierta, objeto de la declaración de voluntad.

Así, si se vende "un terreno situado en un fundo que se indica, sin señalar su ubicación, superficie ni deslindes, el contrato es nulo por indeterminación de la cosa objeto de la compraventa" (³⁸) ; y si idéntico contrato recae sobre "bienes muebles y semovientes", sin otra explicación, es nulo por falta de determinación (³⁹).

³⁶ Ob. cit. pág. 258, N° 487.

³⁷ Derecho Civil, 21 año. De los contratos. Apuntes de clase. Año 1930, págs. 46 y 47.

³⁸ Rev. de D. y J., T. XIV, Parte II, Sec. la. pág. 1.

³⁹ Rev. de D. y J., T. II, Parte II, Sec. 2a. pág. 119

Y .si bien es efectivo que en toda obligación el objeto debe ser determinado, también lo que es no se pide que lo sea en forma precisa y matemática: basta que la determinación sea tal, que al cumplirse la obligación no se produzca la situación señalada sino que, por el contrario, la prestación signifique un gravamen para el deudor y el beneficio buscado, para el acreedor.

Dentro de este criterio, ella admite gradación.

45.– Grados de determinación.

En primer lugar, puede serlo en especie o cuerpo cierto cuando la cosa debida no es fungible, o sea cuando no puede ser reemplazada por ninguna otra, debiendo darse en su identidad específica. Por ejemplo, Juan vende a Pedro su automóvil. Ford, modelo 1941, de cuatro puertas, color verde, motor N° 2844594.

En segundo término, puede hacerse también en forma genérica cuando sólo se establece la clase a que el individuo pertenece; tratándose entonces, de cosas fungibles, es decir, de igual poder liberatorio, en que un individuo puede reemplazar a otro.

La determinación genérica puede ser comprensiva de un género ilimitado que abarque a varios otros géneros subalternos o limitados, como por ejemplo, si el deudor se obliga a dar un animal; ó bien, referirse, precisamente, a uno de esos géneros limitados, como, por ejemplo, si el deudor debe un caballo.

Puede también haberse fijado la cantidad de individuos comprendidos, como por ejemplo si niego debe 50 sacos de trigo; o no haberse fijado, como si se estipula, v. gr., que Sergio debe vino.

46.– Determinación que la ley exige.

¿Y basta cualquiera de estas determinaciones. Para considerar cumplido el requisito impuesto por el art. 1461 ? Evidentemente, no. Así lo dejan en claro la ley misma y la doctrina.

Dice el art. 1461 en la parte pertinente: ". . .y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla".

Aparece claro, con la sola lectura, que si la determinación debe ser **a lo menos genérica**; la hecha en especie o cuerpo cierto, cumple sobradamente con la exigencia. Y no podría ser de otra manera cuando es ella la más perfecta y constituye el máximo de determinación que es posible hacer.

De la frase recién citada podría deducirse, a primera vista, que cualquiera determinación genérica es bastante desde que no hace distinción de ninguna clase. Sin embargo, no es así. El inciso que alude a la cantidad nos dice que .ella puede ser incierta en el caso que el acto o contrato de reglas o datos que permitan fijarla después; lo que indiscutiblemente significa que ella debe siempre determinarse, ya sea en el acto mismo o con posterioridad, gracias a esos datos o reglas. Debemos, pues, excluir a la

determinación genérica en que la cantidad no ha sido fijada.

A la misma conclusión llega la doctrina, pero estableciendo la necesidad de señalarla sólo cuando se trata de cosas que para ser útiles, deben ser entregadas en cierta cantidad (⁴⁰). Y ello es lógico, ya que en tal caso la cosa se reduce a casi nada y no habrá obligación por falta de cosa que sea el objeto y materia de ella, puesto que en el orden moral casi nada es mirado como nada" (⁴¹). Así, en el ejemplo que antes poníamos, si Sergio debe vino, puede cumplir entregando una gota y entonces, al igual que cuando la indeterminación es absoluta, no hay vínculo jurídico serio que obligue a una parte, ya que el deudor puede cumplir haciendo una prestación irrisoria que ,no significa una carga para él ni una utilidad para el acreedor. .

Creemos, no obstante, que en nuestra legislación positiva dicha exigencia rige para cualquier caso, incluso para aquellos en que se trata de cosas que prestan utilidad aunque se encuentren de a una. En efecto, el inc. 2º. del art. 1461 no hace distinción alguna y no es, por lo tanto, lícito hacerla al intérprete, sobre todo si no hay razón que la justifique, porque si bien es cierto que tratándose de esta clase de cosas la indeterminación de la cantidad no tiene la gravedad del caso señalado por la doctrina a que aludimos, también lo es que esa indeterminación produce dificultades e inconvenientes que el legislador, lógicamente, ha querido evitar.

La indeterminación que se refiere a un género ilimitado, tampoco cumple con los requisitos exigidos por la ley. A pesar de que el art. 1461 habla sólo de "género"; es evidente y en ello coinciden todos los tratadistas que alude al género limitado. Efectivamente, esa disposición tiene como antecedente el art. 1129 del Código de Napoleón, que dice que "la obligación debe tener por objeto una cosa determinada, a lo menos en cuanto a su especie", habiendo tomado a esta palabra no en el sentido de cuerpo cierto, sino en el de género limitado, según la opinión de todos los autores franceses (⁴²) y de la jurisprudencia. Nuestro legislador, habiendo considerado al término "especie" como sinónimo de cuerpo cierto (art. 1548), cambió dicha expresión por la de "género", pero sin variar por ello el concepto. Borra toda duda que pudiera existir. al respecto, al art. 1508 que define a las obligaciones genéricas diciendo que "son aquéllas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado; equiparando los términos "género" y "clase o sea, dándole a aquél el significado de género subalterno o limitado.

Por lo demás, no ha podido ser de otra manera desde el momento en que si la determinación se refiere únicamente a un género ilimitado, no existe tampoco al igual que en la indeterminación absoluta y cuando falta la cantidad una obligación seria y efectiva, puesto que el deudor puede cumplir haciendo una prestación que no le significa gravamen ni constituye beneficio para el acreedor. En el ejemplo que poníamos, si se debe un animal, sin establecerse si es asno, caballo o buey, puede entregarse cualquier

⁴⁰ Claro Solar, ob. cit., pág. 260, N° 858. Baudry Lacantineric, ob. cit., pág. 291, N° 282.

⁴¹ Claro Solar ob. cit., pág. 259, N° 858.

⁴² Véase por ej. Baudry Lacantinerie, ob. cit., pág. 292, N° 283 y Fuzier Herman, ob. cit., pág. 11, N° 90.

animal, incluso una mosca.

47.– Fallo de la corte suprema.

Nuestra jurisprudencia, pobrísima en esta materia, no ha tenido muchas oportunidades de aplicar los preceptos que la rigen, muy claros, por lo demás, como lo hemos comprobado. Sin embargo, en sentencia de Abril de 1934, la Corte Suprema, aunque sin pronunciarse directamente, dió a entender como no podía menos de serlo que es esa su opinión, al declarar que cuando se estipula "sobre todos los bienes que se adquieran durante el matrimonio por donación, herencia o legado", las cosas están determinadas "en cuanto al género" y cumplen con la determinación requerida por el artículo 1461 (⁴³)

Es de toda evidencia que en ese caso el género es limitado desde que no comprende a todos los bienes, sino sólo a aquellos que se adquieren por donación, herencia o legado y durante el matrimonio.

Y en esta circunstancia, esto es, cuando la determinación se refiere a un género subalterno o limitado -v. gr., un perro o un gato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1509, el deudor queda libre de la obligación "entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana".

48.– OBJETO DETERMINABLE.

El art. 1461, ya transcrito, establece que la cantidad puede determinarse con posterioridad al perfeccionamiento del acto o contrato, mediante reglas o datos que él mismo contenga. Por eso hemos dicho que la cosa debe ser determinada o determinable, esto es, susceptible de ser determinada.

Esta disposición, similar a la contenida en el Código Francés, aplica un principio existente ya en el Derecho Romano y aceptado también por Pothier (⁴⁴). y perfectamente lógico, desde que la determinación es indispensable para poder cumplir con la obligación y puede suceder y sucede en muchos casos, que el cumplimiento sea posterior en un lapso más o menos largo a la celebración del acto, no teniendo por qué exigirse, en tal circunstancia, que la determinación exista desde entonces, bastando con que haya antecedentes para que se pueda hacer en el momento del cumplimiento. Si Pedro, por ejemplo, necesita algunas botellas de vino para una comida, sin saber exactamente cuántas, adquiere las que vaya a servir, determinándose el objeto de la compró-venta en la comida misma, según sean las botellas que se abran.

Pero para que esta situación pueda presentarse y el inc. 21 del art. 1461 .entre en juego, es indispensable que sea el acto o contrato el que contenga los datos o reglas que permitan hacer la determinación. Y el establecer si esos datos o reglas existen y cumplen con las exigencias de la ley, es una cuestión de hecho que el juez deberá resolver en cada caso, atendiendo a las circunstancias que concurran.

⁴³ Rev. de D. y J., T. XXXI, Parte II, Sec. la pág. 337.

⁴⁴ ob. cit., N° 131.

Es ésta la única cuestión relativa al objeto que ha provocado resoluciones de interés de nuestros Tribunales.

49.– Sentencia de la Corte Suprema.

En sentencia de 31 de Mayo de 1907, la Corte Suprema, acogiendo la doctrina sentada por los jueces de primera y segunda instancias, resolvió que "la proposición hecha por una persona a otra de remunerarle ampliamente sus sacrificios hasta asegurarle su porvenir con gran parte de la fortuna de aquélla, si se resolvía a abandonar su familia y el centro de sus relaciones en Santiago para trasladarse a Paris, a fin de que como hija cuidase a la promitente que por su edad y estado achacoso había menester de la compañía y cuidados que reclamaba, seguida de aceptación efectiva de dicha persona, importa un verdadero contrato nominado; y que el todo o parte de la herencia no es el objeto o materia de la convención, sino que indica la magnitud de la recompensa ofrecida, razón por la cual el contrato no versa sobre sucesión futura (⁴⁵).

Muy discutido ha sido entre nuestros jurisconsultos este fallo del más alto Tribunal de la República. Se ha debatido si el caso constituye o no pacto sobre sucesión no abierta; se ha rechazado por algunos la aseveración de la Corte de que significa un contrato innominado, sosteniéndose que no puede haber contrato por no existir voluntad de las partes de obligarse legalmente y que, de existirla, se trataría de un arrendamiento de servicios; y finalmente, también se ha puesto en tela de juicio la validez del supuesto contrato por considerarse que no habría determinación de la obligación de remunerar los servicios. Sólo a este punto nos referiremos por ser el único que interesa, por ahora, a nuestro estudio.

El juez de primera instancia, al dictar sentencia acogiendo la demanda y mandando pagar a la actora cien mil pesos, dijo en uno de sus considerandos "que a falta de indicación de la suma con que la señora Real de Azúa quiso remunerar a la demandante, omisión que explica satisfactoriamente el testigo Sr. Vega, corresponde hacer esta estimación; estimación que efectivamente hizo, teniendo presente: la condición de la persona que prestó los servicios; el carácter de la persona atendida; sus facultades pecuniarias; el ánimo que manifestó al requerir los servicios y los vínculos de parentesco que en ello pudieron influir. Es, decir, con antecedentes diversos que logró reunir, fijó prudencialmente. la cuantía de la remuneración.

El Tribunal de Alzada confirmó la sentencia en todas sus partes y la Corte de Casación, al rechazar el recurso interpuesto, declaró que si bien el contrato "se refiere a una remuneración incierta en cuanto a la cantidad que ha debido corresponder a la señorita Mandiola, contiene, sin embargo, en sí mismo, datos sobrados que sirven para determinar esa cantidad; como quiera que en él se especifican la índole de las atenciones reclamadas, la posición de las partes, el lugar donde debían residir éstas, el abandono del hogar y familia de la persona que debía dispensar su compañía en el carácter de hija; en suma, la extensión de los sacrificios exigidos; y, finalmente, la intención de recompensarlos con gran parte de la fortuna de la promitente, no impedida por la ley para disponer en cualquier forma de sus bienes por carecer de asignatarios

⁴⁵ Rev. de D. y J., T. VII, Parte II, Sec. I.a., pág. 5.

forzosos".

50.– Análisis y crítica de la sentencia.

De lo expuesto aparece que los magistrados consideraron que el inc. 29 del art. 1461 sólo exige que el contrato contenga datos o indique reglas que hagan posible formarse un criterio aproximado de la cantidad, la cual; en último término, es fijada libremente por el juez.

No nos parece que sea ésto lo que ordenan la letra ni él espíritu de tal disposición. Ella establece que "la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla"; o sea, que la cantidad debe ser siempre cierta, exacta, salvo que las reglas o datos contenidos en el mismo acto, permitan establecer esa certidumbre, esa cantidad exacta, con posterioridad.

Esto es lo único que el artículo dice y no puede interpretársele de otra manera.

De aceptar la tesis de la Corte, tendríamos que los principios según los cuales no puede existir una obligación seria y efectiva si el objeto no está determinado, carecen de todo valor desde que es posible que el juez lo determine considerando todas las circunstancias que rodean al contrato.

Y si el Tribunal creyó que son datos útiles para tal fin, entre otros, la posición social y la fortuna de las partes y la intención de remunerar los servicios; no es difícil concluir que entonces no pueden existir declaraciones de voluntad cuyo objeto sea indeterminado, porque la justicia podrá siempre determinarlo recurriendo a circunstancias que jamás faltan y ajenas al contrato en sí, como son las señaladas.

Parece fuera de toda duda que ello es inaceptable. Lo que la ley pretende, por las poderosas razones que antes hemos analizado, es que, en todo acto o contrato, para que pueda, ser válido, debe determinarse el objeto y fijarse su cantidad o darse reglas o datos para poder fijarla después; caso en que el cálculo deberá hacerse, precisamente, mediante ellos y no basándose en todas las circunstancias que puedan rodear, al contrato. Así se deduce del artículo y así lo ordena la lógica, ya que esas reglas y datos interpretan la voluntad de las partes en lo relativo a la determinación del objeto, de manera que su aplicación fijará el objeto deseado por los contratantes. En cambio, si se recurre a todas las circunstancias directa o indirectamente relacionadas con la convención, el objeto que se fije podrá ser muy diferente al que guió a las partes a celebrar el contrato.

Además, el inciso 2° del art. 1461 indica que la cantidad debe, en ambos casos, ser cierta, es decir, exacta. En consecuencia, no es aceptable que las reglas contenidas en el contrato lleven sólo a formarse un criterio aproximado de la cantidad, porque en este caso el objeto no será determinable y no cumplirá con los requisitos del artículo citado.

En la especie, los únicos datos de tal naturaleza que figuraban en la carta-contrato, eran: la promesa de asegurar a la demandante su porvenir, y la indicación del medio con que ello se haría con gran parte de la fortuna" de la promitente. A ellos, pues, debió concretarse el análisis, en relación con el inc. 2° ya citado, para apreciar si cumplen o no con los que ahí se exige. Y es de toda evidencia que esas indicaciones no pueden llevar

a la conclusión de la justicia, que avaluó la remuneración de los servicios en cien mil pesos. Tal es así, que los tres tribunales que conocieron de la causa se vieron en la necesidad de auxiliarse de otros antecedentes desligados del contrato mismo, no contenidos en él, y ni aún así pudieron determinar la cantidad en forma cierta sino que sólo la apreciaron prudencialmente de acuerdo con su conciencia. Y la ley jamás ha autorizado al juez para hacer tal apreciación.

Repugna a los principios fundamentales de nuestro derecho, sostener que un elemento esencial puede ser omitido por las partes y calculado prudencialmente por el juez. Y no otra cosa significa, en el fondo, la doctrina sostenida en el fallo que comentamos: si el juez puede, de acuerdo con la sana crítica, determinar un objeto indeterminado, recurriendo a todas las indicaciones que se encuentran en el contrato y fuera de él, lógicamente podrá también, con el mismo criterio, fijar un objeto que no existe, sobre todo en algunas situaciones en que es insensible el límite que separa la falta e objeto de su indeterminación.

En el caso en estudio, entre otros datos, se tuvo presente para el cálculo de la remuneración, la posición social y el estado pecuniario de las partes, el parentesco que en ellas pudo influir y el ánimo manifestado al requerir los servicios, de remunerarlos. Con estos mismos antecedentes, que necesariamente existen en todo contrato, ante una compra-venta sin precio, el juez podrá muy bien calcularlo equitativamente y declararla válida, rechazando su nulidad por falta de objeto. Basta con sólo enunciar esta hipótesis para comprender los extremos a que tuvo que llegar la sentencia para fallar en conformidad a lo que creía equitativo.

Para evitar toda duda, el art. 1808 del C. Civil insistió en la norma del 1461 y la confirmó innecesariamente tal vez por la importancia del contrato reglamentado – y dijo en forma imperativa que "el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes", dando después indicaciones respecto de la manera de fijarlo. Tal afirmación es, en el fondo, la misma que contiene el art. 1461 y a igual solución se habría llegado de no existir el art. 1808, aplicando la disposición, general.

Los antecedentes históricos del art. 1461 confirman lo que venimos sosteniendo. El art. 1129 del Código de Napoleón, en el cual se inspira, dice solamente que "la cantidad de la cosa puede ser incierta, con tal que pueda determinarse". Es decir, al legislador francés no le interesa la forma en que se pueda determinarse la cantidad, sino que sólo la circunstancia de que pueda hacerse. Por eso, los autores franceses aceptan que tal determinación es válida: aun cuando en el contrato no exista ningún elemento para hacerla y se recurra a puros antecedentes extraños a él o a la costumbre relativa a contratos de la misma naturaleza. Igual razón ha llevado a la jurisprudencia a establecer que al juez le está permitido fijar la cantidad prudencialmente, ya que el art. 1129 exige únicamente que ello sea posible de hacer con posterioridad al contrato, sin fijar normas de ninguna especie en cuanto al procedimiento a seguir.

Pero nuestro Código restringió la aplicación de ese principio, y dijo textualmente, que "la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato, fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla"; demostrando en forma clarísima que no aceptaba el criterio del Código Francés y que sólo de esa manera – mediante las normas contenidas

en el mismo acto – era posible establecer con posterioridad la cantidad. Y como ya también hemos tenido oportunidad de expresarlo, parece mucho más lógica esta solución por cuanto no debe olvidarse que el objeto es uno de los cuatro pilares de todo acto o convención y debe, por ello, ser establecido por las partes, directa o indirectamente, y no por el juez en conformidad a su criterio.

Por todo lo dicho, consideramos errada la sentencia de la Corte en cuanto dió lugar a la demanda y avaluó en cien mil pesos la remuneración de los servicios. ,

Con sólo los datos contenidos en el contrato, únicamente pudo acogerse la demanda ordenándose pagar a la actora una pensión periódica y vitalicia para poder subsistir holgadamente de acuerdo con su posición social. La promitente ofreció a la señorita Mandiola "asegurar su porvenir con gran parte de su fortuna" y con tales antecedentes no pudo acordarse otra cosa, ya que así se fijaba exactamente el objeto de la obligación de remunerar, al cumplir la sucesión demandada su prestación de tiempo en tiempo, y no se atendía a otras circunstancias no contenidas en el contrato. Todo ello, adaptando la disposición al caso en cuestión y para hacer justicia, y partiendo de la base de que el contrato existía legalmente.

51.– Otras resoluciones que confirman la crítica.

Por lo demás, la interpretación que defendemos ha sido la que ha dado la Corte Suprema al art. 1461 en otras oportunidades en que ha debido aplicarlo.

En sentencia de 27 de Diciembre de 1911 , declaró que en conformidad al art. 1461, "la cantidad materia de una obligación puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla; y en consecuencia; es válida la estipulación por la cual una persona afianzó no sólo el pago de la cantidad determinada por la cual se abría un crédito en cuenta corriente, sino que también cualquier sobregiros que hiciere el deudor afianzado, porque puede determinarse la cuantía de la fianza en lo referente a los sobregiros **"por los datos que contienen el contrato principal y el contrato de fianza por una sencilla operación aritmética"** (⁴⁶).

En este caso, al obtener el afianzado un sobregiro y hacer uso de él se determina el objeto de la fianza, o sea, la cantidad de que debe responder el fiador, y no en forma aproximada de acuerdo con el criterio del juez, sino que exactamente y sólo con los antecedentes contenidos en los dos contratos, sin recurrir a otros desligados de ellos.

Este fallo confirma también nuestra tesis de que es posible que el objeto no se determine de una sola vez sino que a través de un lapso más o menos largo y a medida que se va cumpliendo la obligación; razón por la cual en el caso anterior pudo ordenarse el pago de una pensión vitalicia.

52.– Sentencia sobre la «cláusula de garantía general ».

La Corte de apelaciones de Santiago, en sentencia dictada el 7 de junio de 1937, estableció "que la obligación que contrae el deudor al otorgar la estipulación llamada

⁴⁶ Rev. de D. y J., T. X, Parte II, Sec. Ia., pág. 243.

"cláusula de garantía general" tiene un objeto determinado, cual es la cosa dada en garantía o el compromiso del deudor de constituir el derecho real de hipoteca, sin que deba confundirse a este respecto la indeterminación de la deuda futura con el objeto de la obligación contraída en virtud de la cláusula de garantía general" (⁴⁷).

Perfectamente ajustado a derecho nos parece el fallo en cuestión. La cláusula citada es una obligación accesoria que tiene como objeto, o bien la cosa dada en garantía mueble o inmueble, según se trate de prenda o hipoteca o el hecho de constituir el deudor este último derecho real (⁴⁸) en el caso de que aún no lo hubiere constituido. La circunstancia de que todavía no exista la obligación que se garantiza, no altera tal situación ya que ella no es, en caso alguno, el objeto de la cláusula de garantía general, sino que la obligación principal a la que accederá la cláusula como contrato accesorio, una vez que aquella exista. Y este régimen de otorgar antes el contrato accesorio que el principal, está expresamente aceptado por nuestra ley

53.– Otra sentencia sobre determinación del objeto.

En sentencia que ya citamos se declaró que si se estipula sobre todos los bienes que se adquieran durante el matrimonio por donación, herencia o legado, el objeto está determinado en cuanto al género (⁴⁹).

Creemos que en este caso el objeto, más propiamente, es sólo determinable, porque si bien, es cierto que hay un género limitado, también lo es que la cuantía se irá fijando a medida que los bienes vayan siendo adquiridos por cualesquiera de los medios indicados.

54.– Fallo sobre determinación del objeto.

Finalmente, el 4 de Agosto de 1936, la Corte de Santiago falló que si se venden dos propiedades por un precio determinado y se declara nula la venta de una por falta de consentimiento de la vendedora, la otra también adolecería de nulidad por indeterminación del precio (⁵⁰).

Aceptando que se hubiera declarado nula la venta con relación a una de las propiedades, es de toda evidencia que la otra también lo sería por la razón antes anotada: indeterminación del precio. Sin embargo, no nos parece acertado el criterio de, la Corte al considerar como dos contratos distintos a una sola compra-venta, por la única circunstancia de recaer. sobre dos inmuebles. Ya dijimos (⁵¹) que nada autoriza para

⁴⁷ Rev. de D. y J., T. XXXIV, Parte II., Sec. 2a., pág. 49.

⁴⁸ Cuando se trata de prenda, no puede presentarse este caso de que el objeto sea el hecho de constituir el deudor el derecho real, porque él nace junto con otorgarse el contrato, que es real. En cambio, para que exista el derecho real de hipoteca, no basta con que el contrato se haya otorgado, sino que se requiere además, la inscripción.

⁴⁹ Rev. de D. y J., T. XXXI, Parte II, Sec. la., pág. 337.

⁵⁰ Rev. de D. y J., T. XXXV, Parte II Sec. 2a., pág. 53.

hacer tal consideración ante el texto del art. 1461 que se pone, precisamente, en el caso de existir un objeto múltiple al decir que toda declaración de voluntad debe tener por objeto "una o más cosas" que se trata de dar, hacer o no hacer. En el caso en examen no tuvo para qué recurrirse a la indeterminación del precio para anular la supuesta segunda venta: si una parte entendió vender una propiedad por un precio determinado y la otra creyó comprar dos por el mismo precio, sencillamente no hubo acuerdo de voluntades y el contrato debió declararse nulo en su totalidad, siendo antijurídico que se le considerará válido con relación al inmueble en que ambas coincidían.

55.- OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y DETERMINACION DEL OBJETO.

Puede suceder que en una obligación alternativa una de las cosas debidas sea determinada y la otra no, como por ejemplo, si Pedro debe a Juan un caballo o vino. En este caso, ¿es válida la obligación?

El art. 1503 da la respuesta precisa: "si una de las cosas alternativamente prometidas no podía ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor es obligado a ella".

La obligación será, pues, pura y simple y tendrá como único objeto a la cosa determinada. Si restan varias cosas determinadas, la alternativa se mantendrá entre ellas.

SECCION II. HECHOS

56.- Requisitos.

Como ya lo expresamos, el art. 1460 toma la palabra "cosas" en un sentido muy amplio, comprensivo tanto de las cosas materiales como de los hechos, sean positivos o negativos, esto es, abstenciones.

Así, un arquitecto puede obligarse a construir una casa, o un artista a pintar un cuadro; como también Manuel puede comprometerse a no construir en su terreno un muro que tape, a la casa de Carlos, la vista al mar.

De acuerdo con el inciso 3° del art. 1461, "si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible".

PARRAFO 1°- El hecho debe ser físicamente posible.

57.- Posibilidad física.

La posibilidad física se refiere a que el hecho esté de acuerdo con las leyes de la naturaleza, que sea posible de realizarse en conformidad a los principios de la física. Así lo dice el mismo inc. 3° del artículo citado: "es físicamente imposible el .que es contrario a la naturaleza".

⁵¹ Ver pág. 19, N° 31.

Este requisito es elemental y su fundamento no necesita de mayores explicaciones: si el hecho excede del poder del hombre, no puede ser objeto de una obligación porque nadie puede, válidamente, obligarse a lo imposible. Sería el caso de que alguien se comprometiera a ir al sol.

Los tratadistas coinciden en que, para que haya impedimento, debe tratarse de una imposibilidad absoluta, total, que obste a la realización del hecho por cualquiera persona. Si la ejecución es imposible sólo para un individuo determinado o para un grupo más o menos numeroso, debido a diversas circunstancias, el objeto es válido, y consiguientemente, la obligación. Así, la promesa de construir una maquinaria será obligatoria para el deudor aun cuando carezca de los más elementales conocimientos de mecánica y no podes, por ello, excusarse de cumplir.

58.– Cómo se clasifica.

La imposibilidad absoluta puede ser perpetua o temporal. En el primer caso, él hecho jamás podrá tener aptitud jurídica para ser objeto, en cambio en el segundo, ello sólo sucederá cuando la obligación deba cumplirse en seguida, porque si está concebida en términos tales que la prestación deba darse o hacerse cuando sea posible, tal obstáculo no existirá.

59.– Dentro del Código civil.

Es corriente leer en los autores nacionales la distinción que analizamos, pero presentada en forma de aclaración o advertencia necesaria para interpretar el alcance del inc: 3° del art. 1461 (⁵²).

No creemos que dentro de nuestra legislación positiva, ello sea indispensable.

La disposición del C. Civil es. bien exacta ,y define en forma precisa lo que se entiende por hecho físicamente imposible: "el que es contrario a la naturaleza". Y dentro de esté. concepto no caben disquisiciones sobre imposibilidad absoluta o relativa: lo que va contra las leyes físicas no puede ser realizado por nadie; y aquello que no puede ser ejecutado por una o varias personas, pero sí por otras, no constituye, imposibilidad física por la muy simple razón de que queda fuera del marco que fija la definición .y no porque se trate de imposibilidad .relativa. Esta queda totalmente excluida ya que jamás puede referirse a hechos que atentan contra la naturaleza; los cuales tienen, forzosamente, que ser irrealizables para toda la humanidad.

Los autores franceses, en quienes los nuestros se inspiraron, se encontraron en una situación muy distinta y se vieron en la obligación de hacer tal diferencia: el Código de Napoleón nada dice sobre los requisitos que el hecho debe cumplir y ellos han debido ser establecidos por la jurisprudencia y` la doctrina. Por eso, no hay tratadista francés que no distinga entre la imposibilidad absoluta y la relativa, determinando que sólo la primera constituye impedimento para que un hecho pueda ser objeto de una obligación, basándose en sólidos y claros fundamentos.

⁵² Ver, por ej. Somarriva, ob. cit., pág. 564 ; Alessandri, ob. cit., pág. 52.

El legislador chileno siguió, indudablemente, esa misma opinión que no admite discusiones pero la estableció en forma precisa y exacta al definir la imposibilidad, física, evitando con ello cualquiera duda y haciendo innecesaria toda distinción interpretativa.

60.– La imposibilidad física depende del progreso.

Sentado el alcance de la imposibilidad física, debe observarse que ella está relacionada con el grado de progreso de las ciencias, siendo desde este punto de vista, esencialmente relativa. Lo que en una época determinada puede ser inalcanzable para la especie humana, puede ser en otra, perfectamente realizable. Así ha sucedido con los adelantos portentosos de la navegación aérea, del cine y de la radio. Hace un siglo, si un individuo se hubiera obligado a ir a Buenos Aires en el día, habría celebrado un contrato nulo por imposibilidad del objeto, a más de haber sido tenido por foco. Hoy día, tal convención nada tendría de particular y su validez no podría discutirse.

No son muchos los años transcurridos desde que Giorgi, el gran Jurisconsulto italiano, hablando precisamente de este tema, dijera: “El arte de volar o el de dirigir los globos aerostáticos, el de la navegación submarina, el de la previsión matemática de las variaciones del tiempo, la curación de ciertas enfermedades que la ciencia declara hoy incurables juraremos que sean siempre invencibles para el poder humano?” (⁵³).

La respuesta que hoy pudiera dársele, no merece comentarios.

PÁRRAFO I I. □ □ El hecho debe ser moralmente posible.

61.– Posibilidad moral.

El hecho, debe ser además moralmente posible; esto es, no ser prohibido por las leyes, ni contrario al orden público o a las buenas costumbres, en conformidad a los términos que usa el inciso final del art. 1461; tantas veces citado.

Examinaremos el significado de estos términos.

62.– ORDEN PUBLICO.

Es este un concepto vago y difícil de definir. Según Claro Solar, por él debe entenderse "el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas" (⁵⁴).

No es posible dar una definición que comprenda a todas las leyes de ese carácter y por eso, con frecuencia, los autores prefieren hacer una lista de las leyes de orden público.

Son de ésta especie y, en consecuencia, no pueden ser derogadas por las partes, ya

⁵³ Ob. cit., T. III, N.º 283.

⁵⁴ Ob. cit., T. XI, pág. 285, N.º 893.

que hay un objeto ilícito en todos los hechos contrarios a ellas, las siguientes: las leyes de derecho público; las de derecho familia; las que establecen solemnidades para ciertos actos en consideración a su naturaleza, misma; las que resguardan los intereses de los incapaces; las que amparan los derechos de los terceros que no han contratado; y las que fijan las bases de la propiedad raíz. (⁵⁵).

63.- CLÁUSULA ORO.

Se ha discutido mucho si esta cláusula, que tanta importancia adquirió con la desvalorización de la moneda, es o no contraria al orden público.

Los que piensan que tiene tal carácter, argumentan que las leyes monetarias son de orden público, porque tienen en mira los intereses generales y no es aceptable que los particulares las modifiquen o deroguen; razones a las cuales otros agregan que en conformidad al art. 44 N° 8 de la Constitución Política, "sólo en virtud de una ley se puede señalar el peso, valor, tipo y denominación de la moneda" (⁵⁶).

Pero, parece que a pesar de todo, debe concluirse que la cláusula es válida; porque si bien es verdad que la ley que establece un régimen monetario mira al interés general, también lo es que la convención pactada para derogarla o modificarla respecto de un caso dado, no afecta ni hiere al orden social, esencia y según muchos, sinónimo de orden público. No es igual desde este punto de vista, el acuerdo celebrado para variar los elementos y requisitos del matrimonio, que el otorgado con el fin de alterar la ley monetaria y prevenir un descalabro económico: el primero atenta contra la sociedad misma; el segundo, no. Así lo indica el buen sentido.

El argumento de que la Carta Fundamental dice que sólo una ley puede fijar el valor de la moneda, nada significa. Esta disposición constitucional establece únicamente que el régimen monetario nacional, impuesto por el Estado, debe serlo por una ley; pero ello no quiere decir la prohibición de que los particulares puedan derogarlo para un caso concreto. Sería como pretender que ninguna norma del Código Civil puede ser modificada por los contratantes, porque sólo mediante una ley puede dictarse un código.

64.- Jurisprudencia sobre ella.

Por todo ello, con razón nuestra jurisprudencia se ha decidido por la validez de la cláusula oro, y consiguientemente, ha rechazado que las leyes monetarias son de orden público y hay objeto ilícito en su contravención.

La primera sentencia que se dictó sobre la materia, en 1925, no tuvo problema de mayor gravedad que resolver, ya que en esa época regía la ley, de 31 de Julio de 1898, que expresamente aceptaba el pacto de hacerse el pago a un tipo de cambio prefijado, por lo cual se limitó a declarar que la convención de tal naturaleza está de acuerdo con la ley de 1898 y, no tiene objeto ilícito ni contraviene al derecho público chileno (⁵⁷).

⁵⁵ Somarriva.— De las Personas.— Apuntes de clase.

⁵⁶ Mera M., Jorge.— Exposición de la doctrina de la causa. Memoria de prueba. 1940.

Después de la Ley 5107 que declaró la inconvertibilidad del billete, la cuestión adquirió gran trascendencia, y se plantearon varios pleitos al respecto.

Una primera sentencia no se pronunció sobre el fondo mismo porque resolvió que la cláusula que decía que el mutuo se hacía "en moneda legal existente a la fecha, esto es, de 0,182.057 d. oro fino por peso", era simplemente explicativa, en su parte final (⁵⁸).

La Corte de Valdivia, en fallo del año 1937, dio valor a la cláusula oro (⁵⁹); y finalmente, la Corte Suprema, el año 1938, reconoció plenamente la eficacia de la cláusula en contra de la opinión de los tribunales de fondo que se la habían negado (⁶⁰).

El juez de primera instancia y la Corte de Santiago, entre otras razones que no dicen relación inmediata con la materia en estudio, se pronunciaron por la nulidad de la cláusula debido a que "atendidas la naturaleza y objeto de las leyes monetarias, deben ser consideradas como preceptos de orden público, porque miran al interés general y no pueden ser modificadas y derogadas por convenio de los particulares, sin incurrir en objeto ilícito, y por lo tanto, en la nulidad de pleno derecho de esos convenios".

El más alto Tribunal de la República consideró que la cláusula significaba simplemente la incorporación al contrato de leyes vigentes a la época en que fue suscrito, con el fin de prevenir posibles bajas del valor del circulante, lo que no prohíbe disposición alguna. Por el contrario – sostuvo – la estipulación de pagar en oro ha estado siempre autorizada expresamente por la ley, como dejan constancia las leyes de 1892, 1895, 1898, el Decreto Ley 606 de 1925 y la misma Ley N° 5107 que admite las obligaciones en moneda extranjera o en oro, que se celebren con posterioridad a su promulgación.

La misma doctrina fue confirmada por la Excm. Corte en fallo de 11 de Enero del año recién pasado. (⁶¹).

65.– LEYES QUE ALTERAN EL ONUS PROBANDI.

Una sentencia del año 1909 sostiene que las estipulaciones encaminadas a alterar el peso de la prueba, adolecen de objeto ilícito porque atentan contra el orden público (⁶²), con lo cual da este carácter a las normas que establecen a quién corresponde probar.

No nos parece que tal afirmación sea acertada. No hay razón valedera para así pensar y creemos que en nada se perturba el orden social si se pacta que una obligación debe probarla Pedro en vez de Juan.

⁵⁷ Rev. de D. y J., T. XXIII, Parte II, Sec. la., pág. 65.

⁵⁸ Rev. de D. y J., T. XXXII, Parte II, Sec. la., pág. 120.

⁵⁹ Rev. de D. y J., T. XXXIV, Parte II, Sec. la., pág. 405.

⁶⁰ Rev. de D. y J., T. XXXV, Parte II, Sec. la., pág. 318.

⁶¹ Rev. de D. y J., T. XXXVII, Parte II, Sec. la., pág. 549.

⁶² Rev. de D. y J., T. VIII, Parte II, Sec. la., pág. 62.

El mismo legislador en el art. 2158 del C. Civil, invierte el orden normal y exige que se pruebe la culpa. Por eso, estimamos con Somarriva, que tales reglas no son de orden público (⁶³).

66. – BUENAS COSTUMBRES.

Es este otro concepto impreciso y que ha sido latamente discutido por los juristas.

Para algunos, las buenas costumbres o reglas morales, son sólo las que reconocen las leyes positivas (⁶⁴), afirmación inaceptable entre nosotros desde que el legislador distingue entre lo que atenta contra la ley y lo que va contra las buenas costumbres.

Claro Solar expresa que son los "hábitos para el bien" y por ello, "todo lo que ofende el sentido moral es contrario a las buenas costumbres y constituye objeto ilícito para el acto o declaración de voluntad en que se comete" (⁶⁵).

Es éste el concepto aceptado generalmente por los autores, con pequeñas variantes: las buenas costumbres dependen y están íntimamente influenciadas por la moral social de una época determinada; de donde se deduce que es ella una noción esencialmente variable.

Como definición precisa y exacta merece citarse la de Alessandri : "Las buenas costumbres son las ideas morales generalmente admitidas en un estado social dado, independientemente de toda idea religiosa o filosófica, y con prescindencia de las ideas u opiniones individuales" (⁶⁶).

67.– Jurisprudencia al respecto.

Nuestra jurisprudencia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las buenas costumbres en una sentencia dictada por la Corte de Valparaíso el año 1908 y que deja en claro la relatividad del concepto:

Se estableció que "los espectáculos de box son contrarios a las buenas costumbres porque son crueles y ejercen perniciosa influencia sobre el pueblo, habituándolo a mostrarse insensible, a los sufrimientos y a ver correr la sangre con indiferencia sino con satisfacción" (⁶⁷).

Hoy día no se discute la moralidad de tales actos en ningún país civilizado, los cuales, por el contrario, se esfuerzan en fomentar los deportes, entre los que el box ocupa lugar privilegiado por su arraigo en el público y por el desarrollo físico que su

⁶³ Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia, pág. 138.

⁶⁴ Huc. – citado por Mera – Ob. cit., pág. 151, N° 145.

⁶⁵ Ob. cit., pág. 287, N° 894.

⁶⁶ De las personas. Apuntes de clase, pág. 52.

⁶⁷ Rev. Ce D. y J., T. VI, Parte II, Sec. 1ª., pág. 125.

práctica exige.

PARRAFO III.– El hecho debe ser determinado

68.– Razón de ser del resquicio.

Sólo los dos requisitos señalados, posibilidad física y moral, establece el Código al hablar de los hechos y ante ello, cabe preguntarse: ¿esta enumeración es taxativa o se complementa con la dada en el inciso 1 ° del art. 1461 para las cosas?

La sola lectura de la disposición parece indicar que el legislador pretendió señalar separadamente los requisitos de cada clase de objeto, pero que ese fin no fue conseguido: de las tres condiciones señaladas en el inciso 1 °, la existencia y la comerciabilidad no juegan en este caso; pero en cuanto a la determinación, ella debe, necesariamente, constituir un requisito de los hechos.

En efecto, por las mismas razones que antes dimos al tratar de las cosas, de faltar la determinación del hecho no podría existir vínculo jurídico serio y efectivo: es indispensable que el acreedor sepa qué tiene derecho a exigir, y el deudor, qué debe ejecutar. Por eso creemos que con toda lógica, Alessandri, Somarriva y otros autores nacionales agregan a las dos condiciones que él, Código señala, la determinación del hecho (⁶⁸).

PARRAFO IV.– Requisito de la utilidad real.

69.– En qué consiste.

La generalidad de los tratadistas, sobre todo los franceses (⁶⁹), incluso Pothier, exigen también que el hecho sea para el acreedor de utilidad real, efectiva y apreciable en dinero.

Nuestro Código no contempla tal requisito y creemos que con razón.

No hay motivo alguno, ni tampoco ventajas, que justifiquen la mercantilización del derecho al extremo de considerar que sólo merecen su amparo los intereses materiales o económicos. En muchas ocasiones, un individuo puede contratar en atención a fines espirituales o morales que – es probable – pueden ser para la sociedad de más interés que el mero aliciente pecuniario. Y esas personas no sólo no deben quedar al margen de la ley, sino que ésta está en la obligación de prestarles toda su protección.

La doctrina y la jurisprudencia modernas, se inclinan hoy en este sentido.

No debe, pues, señalarse como requisito de un hecho, su utilidad para el acreedor: si esa utilidad puede ser moral, escapará al control de la ley y generalmente estará en contradicción con la apariencia que anotará una pérdida material o, por lo menos, falta de

⁶⁸ Somarriva. – Ob. cit.,pág. 564 ; Alessandri, ob. cit., pág. 52.

⁶⁹ Baudry Lacantinerie.– Ob. cit., pág. 297, N° 293 ; Pothier, ob. cit., N° 140 ; Laurent, ob. cit., T. XVII, N° 81.

interés económico. Es entonces, un elemento subjetivo e íntimo que no puede reglamentarse mientras no exceda el campo de la ética, caso en que entrará en juego el requisito de la posibilidad moral (⁷⁰).

⁷⁰ Hay otra razón que puede justificar la opinión de los autores franceses y confirmar que en nuestro derecho ella es inaceptable. El Código Francés establece que□ la estipulación en favor de un tercero no es válida si no significa una utilidad real para el promitente. El Código Chileno innovó en esta materia y en parte alguna exige esa utilidad para la eficacia de la estipulación por otro. Esta diferencia de criterio evidencia y explica la diversidad de opiniones sobre el concepto de utilidad real como requisito de los hechos que son objetos, y confirma que nuestro legislador no la aceptó.

SEGUNDA PARTE.EL OBJETO ILICITO

CAPITULO I. CONCEPTO DE OBJETO ILICITO

70.- EL OBJETO DEBE SER LICITO.

Como hemos visto, el art. 1445 en su N° 3 exige para (a validez de una declaración de voluntad, que ella recaiga sobre un objeto **lícito**; los arts. 1462, 1464 y 1466, se refieren a casos de objeto **ilícito**; el art. 1468 impide repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa **ilícita** a sabiendas; y el art. 1682 establece que el objeto **ilícito** es causal de nulidad absoluta.

Del conjunto de estas disposiciones aparece que el objeto requiere, para la validez del acto, a más de las condiciones que ya hemos analizado, cumplir con esta otra: ser **lícito**.

Llegar a tal conclusión es fácil. Pero debido a la oscuridad de la ley, no lo es establecer qué debe entenderse por **objeto lícito**: algunos opinan que es el que está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público (⁷¹), y dan por

⁷¹ Somarriva, ob. cit., pág. 556.

consiguiente, al término **lícito** igual acepción que en la causa donde tal concepto está expresamente definido por el Código; otros, expresan que en este caso **lícito** es sinónimo de comerciable (⁷²); y hay quienes opinan que quiere decir "el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara" (⁷³).

En verdad, fijar el alcance de la palabra **lícito** dentro del capítulo del objeto, no es problema sencillo en nuestra legislación, muy imprecisa e inexacta en esta parte: Hay varios casos señalados por ella como de objeto ilícito, que técnicamente nada tienen que ver con él) y que sólo enredan y complican el alcance de tal término.

Y a pesar de ser ésta una cuestión de interés y transcendencia, no ha sido estudiada con detenimiento, razón por la cual trataremos de dilucidarla, aun con evidente peligro de trasponer los límites de este trabajo.

71.— ANTECEDENTES HISTORICOS DEL REQUISITO.

Los proyectos de Código Civil publicados en "El Araucano" de 1842 a 1845 y de 1846 a 1847, respectivamente, y el proyecto de 1853, no se referían en parte alguna al objeto ilícito, sino que hablaban —al igual que el Código Francés— únicamente del objeto, aludiendo en cambio, a la **causa ilícita**.

En los artículos correspondientes al actual 1445, decían los tres en idénticos términos

"Todo contrato supone el consentimiento de las partes; y para que este consentimiento sea válido, es necesario: 1° Que los contratantes sean legalmente capaces de contratar; 2° Que su consentimiento no adolezca de vicio; 3° Que recaiga sobre un objeto; 4° Que tenga una causa lícita".

En el llamado Proyecto Inédito, repentinamente se varió la redacción de esa norma y en su art. 1626 se exigió como en el Código vigente la licitud del objeto, y se dijo:

"Para que los actos voluntarios produzcan efectos civiles, es necesario 1°# Que los contratantes sean legalmente capaces de contratar; 2°- Que su consentimiento no adolezca de vicio; 3°# Que recaiga sobre un objeto lícito; 4°# Que tenga una causa lícita".

¿A qué razones se debió tal cambio?

No es difícil explicarlo y aun concluir que se hizo con toda lógica y razón.

Los tres proyectos primeramente aludidos, imponían al objeto exactamente las mismas condiciones que exige el Código en su art. 1461, esto es, que sea real, comerciable, determinado o determinable, y moral y físicamente posible, si se trata de un hecho. La causa, también debía cumplir con los mismos requisitos que hoy día: ser real y lícita.

Sin embargo, los artículos que establecían los requisitos de validez de los actos o contratos, requisitos éstos cuya omisión se sancionaba con la nulidad absoluta, se

⁷² Alessandri, ob. cit., pág. 47.

⁷³ Claro Solar, ob. cit., pág. 264 N° 864.

referían únicamente a la existencia de un objeto sobre el cual debía recaer la declaración de voluntad. Era, pues, de toda evidencia que un objeto intransferible, o indeterminado, o físicamente imposible o inmoral, era perfectamente válido desde el momento que tenía existencia y cumplía, por eso, con el requisito de validez.

En la causa, por el contrario, tal situación no se presentaba porque en conformidad al N° 4 de los artículos que analizamos, debía ser lícita □a más de real□ para que el acto fuera válido; es decir, debía cumplir con todas las condiciones que la ley le señalaba en las disposiciones correspondientes.

Era entonces muy claro, que dichos proyectos adolecían de un vacío grave que era urgente llenar: la doctrina unánime que ellos habían acogido, exigía – como hoy – que el objeto cumpliera con algunas cualidades para ser válido; y según la redacción dada a la ley, ellas podían faltar sin consecuencias de ninguna especie.

Y el camino para lograr tal fin era fácil: bastaba con agregar al N° 3 del artículo respectivo una palabra que indicara que para la validez del acto era indispensable que el objeto se ajustara a lo exigido por la ley, no siendo suficiente su sola existencia.

En otras palabras, debía tomarse con el objeto igual actitud que con la causa, la cual, según la redacción del N° 4, debía, a más de existir, cumplir con el otro requisito señalado para ella en las disposiciones pertinentes: ser lícita.

En efecto, así se hizo y en el Proyecto Inédito se exigió para la validez del acto, que el consentimiento recayera sobre un objeto. lícito y que tuviera una causa ilícita. Sin variación ninguna, esas normas pasaron a constituir los N°s. 11. y 4°. del actual artículo 1445.

72.– SIGNIFICADO DEL TERMINO ILICITO EN EL ART. 1445.

De lo expuesto, aparece evidente que dentro del art. 1445, es objeto lícito aquél que está conforme con la ley, o sea, que cumple con todas las cualidades por ella determinadas, acepción □que surge mucho más clara, hasta hacerse indiscutible, si se advierte que tal es; precisamente, el significado que a la palabra lícito da el Diccionario de la Lengua. Dice éste: "Lícito, ta, Adj; justo, permitido, arreglado a derecho, según razón o justicia ; consentido, aprobado o autorizado por la ley; legal, legítimo, de calidad prescrita por las leyes, que reúne las cualidades o circunstancias que aquéllas prefijan".

Este es, a nuestro parecer, el verdadero y justo significado de la palabra lícito, opinión en la cuál estamos de acuerdo con Claro Solar, según hemos indicado.

73.– Opiniones de Somarriva ya Alessandri.

No nos parece exacto que sea objeto ilícito, como dice Somarriva, el contrario a las leyes, las buenas costumbres o el orden público: si el objeto es una cosa material, no podrá sostenerse que tiene tal calidad, porque ninguna cosa en sí puede ser contraria a la ley, las buenas costumbres o el orden público; y si se trata de un hecho y cumple con esos requisitos, estaremos en presencia de un hecho moralmente imposible, en conformidad a

la definición que da el art. 1461 en su inc. 3°.

En consecuencia, no puede aceptarse esta interpretación por que da a una palabra el significado que la ley ha reservado para otro concepto; y porque lleva a la conclusión -que ya hemos rechazado- que solamente los hechos moralmente imposibles podrán ser objetos ilícitos y que jamás podrán tener esa categoría las cosas intransferibles o indeterminadas y los hechos físicamente imposibles.

Por la misma razón, no puede acogerse la opinión de Alessandri que iguala los términos "lícito" y "transferible": de ser así, las cosas indeterminadas y los hechos imposibles □ física o moralmente □ jamás podrían ser objetos ilícitos y serían, entonces, perfectamente válidos los actos que a ellos se refieran:

74.- SIGNIFICADO DEL TERMINO EN OTROS ARTICULOS.

Pero por desgracia, y como ya lo advertimos, nuestro Código es deficiente en esta parte y si se analizan las demás disposiciones que aluden al objeto lícito e ilícito, se verá que la acepción que le hemos dado en el art. 1445. no coincide con el alcance que en ellos tiene, excepción hecha del art. 1682.

Dispone el art. 1462 que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno".

Como ya lo manifestamos (⁷⁴), esta norma es de una vaguedad y de una inexactitud desconcertantes. Si se recuerda que el objeto puede ser una cosa o un hecho, debe concluirse que en el primer caso el objeto jamás podrá atentar contra el derecho público chileno, porque no es posible que ello suceda tratándose de una cosa; y en el segundo, esto es, cuando el objeto sea un hecho, si va contra el derecho público irá también contra el orden público y quedará, entonces, comprendido en la imposibilidad moral a que se refiere al inciso 3° del art. 1461. Desde este punto de vista es, pues, totalmente innecesario el art. 1462.

Pero el precepto es también deficiente: establece que hay objeto ilícito en "todo" lo que contraviene al derecho público chileno, de manera que no comprende solamente las circunstancias que recién hemos analizado, sino otras en que el objeto no es ni puede ser ilícito. Así, veámos que aplicando esta disposición, la Corte Suprema falló que era nulo por ilicitud del objeto, en cuanto contravenía el derecho público chileno, un contrato de suministro de víveres y forrajes a cuerpos de ejército, movilizados durante la revolución de 1891, por no haberse dictado la correspondiente ley de gastos de administración pública, como lo ordenaba la Constitución Política, la cual resultaba, en consecuencia, infringida (⁷⁵).

En tal caso, como oportunamente dijimos, es totalmente imposible que pueda existir objeto ilícito, siendo el acto en sí mismo el reprochable por no cumplir con mandatos de la Carta Fundamental.

⁷⁴ Ver pág. 11, N°. 13.

⁷⁵ Rev. de D. v J., T. XIX. Parte II, Sec. Ia., pág. 310.

El art. 1462 no aparecía en los proyectos de código. y sólo en el Proyecto Inédito se le puede leer por primera vez y en términos exactos a la disposición actual. Parece que con él la Comisión Revisora pretendió establecer la ilegalidad de los actos contrarios al derecho público, pero fue poco feliz en el medio que buscó. Habría sido más exacto y científico prohibir lisa y llanamente su celebración, con lo que habría quedado de inmediato fijada su sanción: la nulidad, de acuerdo con el art. 10 del C. Civil; y se habría evitado caer en el error que significa sostener que tiene un objeto ilícito "todo" lo que contraviene al derecho público.

De lo expuesto surge muy claro que la palabra ilícito está mal empleada en el art. 1462 y también que con ella se ha querido indicar que todo acto o contrato que atenta contra el derecho público, tiene un objeto que la ley rechaza. Se le da, entonces, el mismo significado que en el art. 1445, pero impropriamente, puesto que objetos técnicamente lícitos y que cumplen con todas las cualidades señaladas por el art. 1461, quedan, en virtud de este artículo, catalogados como ilícitos.

75.- En el art. 1464.

El art. 1464 establece que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que en sus cuatro números determina, cosas que, indiscutiblemente pueden, en, cuanto a objetos, ser ilícitas, es decir, carecer de las cualidades exigidas por la ley. Por consiguiente desde este punto de vista, la norma en estudio, a la, inversa que la anterior, no merece reparos.

Según vimos, de acuerdo con el art. 1461 las cosas, para ser objetos válidos, deben existir, ser comerciables y estar determinadas. Ahora bien, si esta disposición contempla una regla general para resolver con exactitud sobre la calidad de un objeto cualquiera, ¿con qué fin el art. 1464 enumeró cosas en cuya enajenación hay objeto ilícito? ¿Por qué razón dio a tales cosas esa calidad?

De la respuesta a estas interrogaciones depende la fijación del concepto de **ilícito** dentro del artículo 1464.

Es de toda evidencia que la ley no se ha, puesto en el, caso de que las cosas enumeradas en este precepto, no existan, razón que descarta de inmediato y sin mayor análisis, la primera causal de ilicitud. En cuanto a la segunda, la determinación, es un elemento que depende de muchas circunstancias y antecedentes que hacen indispensable atender a cada caso. en particular para poder resolver sobre ella. No es aceptable que un artículo haga una lista de cosas indeterminadas, puesto que ellas podrán serlo en una ocasión, pero no .en otras. Es entonces, claro, que el artículo 1464 no ha podido declarar la ilicitud del objeto basado en la indeterminación de las cosas que señala.

Queda, pues como única causal, la incomerciability.

Al referirnos en especial a este requisito, expresamos que las cosas incomerciables pueden ser clasificadas en tres grupos, si se atiende a la causa de su incomerciability: a) aquéllas que lo son porque. así lo determina su naturaleza misma, v. gr., el mar y el aire; b) las que lo son por. su destinación, como los bienes nacionales de uso público; y c) las cosas que la ley así considera, por razones de índole diversa.

Tratándose, pues, de la inenajenabilidad, es perfectamente posible que el legislador declare que ciertas cosas tienen ese carácter y que, en consecuencia; no pueden ser, válidamente, objetos.

Tal es la situación del art. 1464: declara que hay objeto ilícito en la enajenación de algunas cosas, es decir, determina que ellas no pueden ser materia de muchos actos, con lo cual las excluye en cierto modo de las relaciones jurídicas y limita su comerciabilidad, casi hasta hacerla desaparecer (⁷⁶).

De lo anterior se deduce que, tratándose de enajenaciones, las cosas señaladas en el art. 1464 se encuentran fuera del comercio y por eso hay objeto ilícito en tales actos; y aparece también que habría sido más exacto que la ley así lo hubiera dicho en forma precisa en vez de establecer la ilicitud del objeto, la cual puede provenir de otras causas que el art. 1464 no ha considerado (⁷⁷).

Es entonces, evidente, que este artículo ha usado la palabra **ilícito** en su sentido correcto en cuanto ella indica que las cosas referidas en los cuatro números, no cumplen con las calidades que la ley requiere; pero al llevar esa misma palabra envuelta en sí la razón de tal ilicitud, el legislador ha ampliado su alcance, haciéndole comprensivo de la calidad de inenajenable: la frase "hay un objeto ilícito en la enajenación", permite leer entre líneas: "hay un **objeto ilícito**, por tratarse de cosas inenajenables, en la enajenación".

Por estas razones, creemos que la interpretación que Alessandri da a la ilicitud del objeto, es aceptable dentro del art. 1464.

76.- En el art. 1466.

El artículo 1466 dice que hay objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, en la venta de, libros cuya circulación es prohibida, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de imprenta; y generalmente, en todo contrato prohibido por la ley.

Son valederas para esta disposición las consideraciones recién hechas sobre el art. 1464:

La ley expresa que las cosas señaladas en el art. 1466 están fuera del comercio y que, en consecuencia, no pueden ser objetos válidos: por esta razón hay objeto ilícito en los actos que a ellas se refieren.

Por consiguiente, este artículo da al término ilícito la misma acepción que el 1464.

Sin embargo, la disposición en estudio contiene dos errores que deben ser destacados y que son similares al observado en el artículo 1462.

⁷⁶ En la situación en estudio no puede hablarse de inenajenabilidad, en términos absolutos, porque, como oportunamente veremos, hay actos que no constituyen enajenación y en los cuales, consiguientemente, las cosas enumeradas en el art. 1464 pueden ser objetos lícitos.

⁷⁷ Más adelante se verá que este es sólo uno de los defectos de que adolece el art. 1164.

77.– Deficiencia del artículo.

a) Alude el artículo, en primer lugar, a "las deudas contraídas en juegos de azar". Pues bien, estas deudas u obligaciones tienen por objeto las cosas materiales sobre que recaen -generalmente dinero□ cosas que no pueden ser catalogadas de ilícitas, en forma genérica. En efecto, en cuanto a sus condiciones de existencia y de determinación, es imposible pronunciarse sobre ellas en términos generales; y en lo que dice relación con la comerciabilidad, ninguno de los principios que establecen la Calidad de inkomerciable de una cosa, juega en este caso, ni existe disposición legal que nos diga en forma concreta cuáles de las cosas que pueden ser objeto de juegos de azar, tienen tal calidad.

Al respecto, podría sostenerse que, como en el art. 1464 y en las cosas del 1466 que antes hemos analizado, al establecer la ley la existencia de un objeto ilícito ha establecido también que esas cosas son inkomerciables: Pero, en éste caso, este argumento no es verídico. En las situaciones anteriores el Código ha fijado en forma precisa las cosas que son inkomerciables, mientras que en éste, sólo las ha señalado en forma vaga y refiriéndose al acto o contrato que sobre ellas recae. No ha dicho que cosas están excluidas de las relaciones jurídicas, sino que ha establecido que en las deudas provenientes de un contrato -el juego de azar□ hay objeto ilícito. En otras palabras, ha□ atendido al acto o contrato y a las obligaciones engendradas, con prescindencia de la cosa misma, con lo cuál ha excedido el campo del objeto y ha entrado en el de< la causa.

78.– Otro error.

b) Termina el art. 1465 con la frase que contiene la regla más general ,en nuestro Código sobre objeto ilícito: él existe en todo contrato que la ley prohíbe.

Esta norma es también deficiente e inexacta. En la casi totalidad de los contratos prohibidos por la ley, el objeto puede ser perfectamente válido, es decir, cumplir con todos los requisitos que hemos estudiado, y sin embargo, en conformidad a esta disposición, debe ser considerado como ilícito.

Así por ejemplo, el art. 1798 del Código Civil, prohíbe al empleado público comprar los bienes públicos o privados que se vendan por su ministerio, y si tal compra□venta se celebra, no es posible sostener que su objeto propio, derechos y obligaciones creados, ni tampoco el de éstos, cosa vendida y precio, sean ilícitos.

79.– En el art. 1468.

El art. 1468 manda que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas.

Esta disposición no contiene ningún antecedente que permita sostener que el término ilícito tenga otra significación que la correcta que le da el art. 1445, en cuanto al objeto se refiere. Por el contrario, aparece que se le toma en el mismo sentido.

En efecto, al referirse el 1445 en su N°. 3° al objeto ilícito y en el 4° a la causa ilícita, ha expresado dos conceptos diferentes usando una misma palabra, de modo que es lo natural que el 1468 la haya vuelto a emplear significando con ello una cosa para la causa y otra para el objeto.

Es, pues, evidente que en este artículo la ilicitud del objeto comprende a todos los casos en que ese elemento no cumple con los requisitos que le señala el art. 1461 inc. 3°.

La historia fidedigna del establecimiento de la ley, confirma esta interpretación: en los proyectos publicados en "El Araucano", no figuraba ninguna disposición similar al actual art. 1468. Ella apareció por primera vez en el proyecto de 1853 y refiriéndose exclusivamente a la causa. A) revisar la Comisión el proyecto, agregó, como hemos visto, la palabra "lícito" en el N° 3° del artículo correspondiente al actual 1445, y para mantener la debida armonía, amplió también el alcance de la norma en estudio, haciéndola comprensiva del objeto, con lo cual dejó en claro su intención de que este artículo se refiriera a los conceptos de los números 3° y 4° del art. 1445 de hoy, es decir, al objeto y a la causa ilícitos, en conformidad al significado propio de cada uno de ellos en esa disposición.

80.– En el art. 1463.

El art. 1463 establece que el derecho de suceder por causa de muerte a una persona, no puede ser objeto de una donación o contrato, con lo cual excluye a este derecho de las relaciones jurídicas y lo declara intransferible.

Por consiguiente, en los llamados pactos sobre sucesión futura hay objeto ilícito porque la ley ha declarado intransferible al derecho que constituye el objeto de esos pactos.

81.– En el art. 1465.

El art. 1465 prohíbe la condonación del dolo futuro. Como esta remisión recae sobre una obligación de no hacer abstenerse de iniciar las acciones correspondientes, en caso de producirse el dolo su objeto es un hecho negativo que la ley prohíbe. En consecuencia, de celebrarse tal acto, su objeto será moralmente imposible, en conformidad a lo que ordena el art. 1461 inc. 3° y por ello, será ilícito.

Tenemos entonces, que los arts. 1463 y 1465, sin nombrar la ilicitud del objeto, señalan casos en que ella existe, como consecuencia de que declaran intransferible a una cosa – el, derecho de suceder por causa de muerte a una persona – y moralmente imposible a un hecho: la condonación del dolo futuro.

82.– RESUMEN DEL SIGNIFICADO DEL TERMINO "ILICITO", EN LO QUE SE RELACIONA CON EL OBJETO.

Resumiendo todo lo anterior, podemos decir, en síntesis, que es objeto ilícito aquél que carece de las calidades que la ley prefija en el art. 1461. Este es el significado que el concepto tiene en los arts. 1445, 1468 y 1682, y también en el art. 1462, aún cuando en esta disposición se le haya empleado erróneamente.

Pero tal acepción no coincide con la que se le da en todos los artículos. Así, en el 1464 y en el 1466, a más de ese significado, lleva envuelta la idea de la causal de ilicitud a que alude, y en este sentido, se hace sinónimo. de incomerciable. El art. 1466 es también impropio en cuanto se refiere a las deudas contraídas en juegos de azar y a los contratos prohibidos por la ley.

Por último, los arts. 1463 y 1465 declaran incomerciable una cosa y moralmente imposible un hecho, con lo cual les impiden ser objetos válidos y los determinan como ilícitos.

83.- LICITUD NO ES SINONIMO DE COMERCIALIZACION.

Al referirnos a la comerciabilidad de las cosas, planteamos el problema de si tal término es sinónimo de licitud. En el desarrollo de la materia recién terminada creemos haber dilucidado tal cuestión en el sentido de que ellos no tienen un mismo significado, salvo en los arts. 1464 y 1466. En éstos, aun cuando no son estrictamente sinónimos porque la palabra "ilícito" también quiere decir, que el objeto no cumple con los requisitos legales, tiene, sin embargo, desde otro punto de vista, igual acepción, ya que la palabra lleva involucrada la causal de ilicitud: la incomerciabilidad que el mismo artículo establece.

Por ello, no estamos de acuerdo con la opinión de Claro Solar que manifiesta que son términos perfectamente diferentes, ya que una cosa jamás puede ser ilícita en sí; ni tampoco con la de Alessandri, que los considera sinónimos en todo cuanto dice relación con el objeto, hasta llegara decir que uno de los requisitos de éste, es la "licitud o comerciabilidad".

La verdadera solución, como hemos demostrado, se encuentra en un justo término medio: por regla general, tienen distintos significados, pero en algunos artículos ambos expresan la idea de que ciertas cosas no pueden ser objetos válidos por considerarlas el legislador fuera del comercio jurídico, y en este sentido, puede hablarse de cosas que en sí mismas son lícitas o ilícitas.

84.- Jurisprudencia.

La jurisprudencia no ha tenido oportunidad de pronunciarse directamente sobre el alcance del término "ilícito", aplicado al objeto, y es difícil que pueda tenerla, porque los casos de corriente aplicación práctica son aquellos. en que el Código dice en forma concreta —con o sin razón— que hay objeto ilícito y, en consecuencia, el juez no necesita ni puede estudiar si doctrinariamente la calificación es exacta, debiendo limitarse a aplicar la disposición.

Sin embargo, de algunas sentencias puede concluirse que la interpretación. que nosotros. le hemos dado, haciéndolo comprensivo de todos los casos en que el objeto no

cumple con los requisitos señalados por la ley, es la que aceptan nuestros tribunales.

Así, en las sentencias que citamos al referirnos a la determinación del objeto (⁷⁸), el estudio se concretó a dilucidar, a la luz de las disposiciones legales, si tal determinación existía o no. Y cabe, preguntarse, ¿por qué se hacía depender la validez de la determinación del objeto?. Indudablemente porque de ser indeterminados serían ilícitos y producirían la nulidad del acto, en conformidad al art. 1682 del Código. Es ella la única explicación, ya que en caso contrario la determinación no tendría efecto alguno sobre la validez, puesto que la ley no fija para ella en especial, sanción de ninguna especie.

CAPITULO II. OBJETO Y CAUSA ILICITOS

SECCION I. CONCEPTO DE CAUSA

85.- QUE ES LA CAUSA.

De acuerdo con los art. 1445 N° 4 y 1467 del Código Civil, el cuarto requisito indispensable a todo acto o declaración de voluntad es la causa; o sea, el "motivo que induce a las partes al acto o contrato", según la definición del inc. 2° del art. 1467.

Si el concepto de objeto ha dado lugar a discusiones y controversias, mayor disparidad de opiniones ha existido respecto de la causa. Los autores se han dividido en corrientes que tienen sobre ella conceptos. muy diversos, hasta el extremo de existir muchos que la estiman como una falsa interpretación del Derecho Romano que a nada conduce y que debiera desaparecer (⁷⁹).

Nuestro derecho no ha sido ajeno a estas disensiones y, a pesar de que la ley definió expresamente lo que debe entenderse por causa, no hay acuerdo entre los juriconsultos nacionales para estimar cuál de los conceptos acogió el legislador chileno.

Esta falta de noción clara sobre la causa ha contribuido a aumentar la confusión reinante, en muchos casos, entre ella y el objeto, problema de suyo confuso porque, aun cuando ambos requisitos son cosas distintas, sus campos de acción son muy cercanos y hay situaciones en que los d entrelazan y relacionan de tal modo, que llegan a confundirse. Esto sucede con mayor facilidad tratándose de la ilicitud del objeto y de la causa, como lo demuestra la jurisprudencia a que luego nos referiremos.

Por todo ello, es interesante dilucidar esta cuestión y fijar claramente las diferencias entre la causa y el objeto ilícitos, para lo cual es fundamental dar, primeramente, algunas

⁷⁸ Rev. de D. y J., T. VII, Parte II, Sec. la., pág. 5. Rev. de D. y J., T. X, Parte II, Sec. la., pág. 243. Rev. de D. y J., T. XXXIV, Parte II, Sec. 2a. pág. 49. Rev. de D. y J., T. XXXI, Parte II, Sec. la pág. 337. Rev. de D. y J., T. XXXI, Parte II, Sec. 2a. pág. 53.

⁷⁹ Entre los más notables anticausalistas, puede citarse a Laurent, Huc, Baudry Lacantinerie, Barde, Planiol, Dábin, y entre nosotros, Alessandri,

nociones sobre la causa.

86.– Doctrina sobre la causa.

Existen tres doctrinas principales que pretenden explicar lo que, jurídicamente, es la causa: a) teoría de la causa eficiente; b) teoría de la causa ocasional; y c) teoría de la causa final.

Veamos qué dice cada una de ellas y cuál es la que nuestro Código, acepta.

87.– CAUSA EFICIENTE.

Este concepto tiene su origen en el Derecho Romano y según Claro Solar, era el verdadero sentido que a la causa atribuían los, jurisconsultos de entonces (⁸⁰).

Por él se entiende al elemento generador del efecto, al que da origen a algo que antes no existía, lo cual, concretado a las obligaciones, significa el acto que les da vida, la fuente de donde emanan.

Según el art. 1437 del C. Civil, tales fuentes son: las convenciones o contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley; todos los cuales constituyen, de acuerdo con esta doctrina, la causa de las obligaciones.

Basta lo dicho para comprender que esta teoría no puede ser aceptada en nuestra legislación. El Código exige la causa como requisito de validez del acto o contrato, de modo que si ella fuera la fuente de las obligaciones, sería en muchos casos el mismo acto o contrato, lo que constituye un absurdo. "Ello importaría decir que uno de los requisitos de existencia y validez de la convención, es la misma convención, logogrifo impropio del legislador" (⁸¹).

88.– CAUSA OCASIONAL.

Está constituida por el fin, lejano variable de un acto y es de carácter estrictamente personal y psicológico. Es diferente para cada individuo, ya que es el móvil, la razón que lo impulsa a celebrar un acto o contrato en determinadas circunstancias. De ahí que una misma especie de acto pueda tener infinitas causas, según sean los fines que hayan perseguido las partes.

Se le llama también "motivo psicológico" o, simplemente, "motivo

Hay quienes piensan que son estos motivos los que constituyen la causa para nuestro Código, y se basan para ello en la letra misma de la ley. Somarriva, por ejemplo, rechaza la crítica que generalmente se hace a la definición del art. 1467 que usa la expresión "motivo" y sostiene que el legislador ó ha confundido los conceptos de causa y motivo psicológico sino que, deliberadamente, ha sancionado el concepto de causa

⁸⁰ Ob. Cit., T. XI, N° 909, pág. 308.

⁸¹ Ob. Cit. T. XI, N° 909, pág. 308. Sostiene que el Código acepta esta doctrina el prof. Sr. Enrique Rossel. Ver los Contratos. Apuntes de su clase.

ocasional (⁸²)

Sin embargo, no es ésta la opinión corrientemente aceptada y hay muy buenas razones para concluir que el Código acoge la doctrina de la causa final.

89.– CAUSA FINAL.

Es el fin inmediato e invariable de un acto, o sea, "el fin próximo que determina la voluntad a obrar y que siempre es posible encontrar en la estructura misma del contrato" (⁸³) y que es siempre idéntico para todos los actos pertenecientes a una determinada especie.

De lo dicho se desprende que este concepto no es psicológico ni variable, sino que, por el contrario, es siempre igual todas las personas que se encuentran en idénticas condiciones contractuales y es perfectamente determinado y concreto en su aplicación.

Parece evidente que es ésta la doctrina aceptada por el Código y en ello coinciden la mayoría de nuestros tratadistas, aun cuando la redacción de la definición de causa —que habla de "motivo"— pueda, a primera vista, hacer pensar que acepta la causa ocasional.

Se basan en las siguientes razones:

1° – Así lo demuestra la historia fidedigna del establecimiento de la ley: el Código Francés y las doctrinas imperantes a la época de su dictación; eran uniformes en el sentido de que la causa es la razón o interés jurídico y no el motivo que induce a obligarse. Nuestro legislador, que en esta parte siguió rigurosamente al Código de Napoleón, nada dijo que haga suponer una innovación en esta materia, la cual, de haber existido, habría sido en aquel entonces tan trascendental, que necesariamente se le habría hecho notar en las actas de las sesiones o en el Mensaje con que el Código fue enviado al Congreso (⁸⁴).

2°– El inc. 1 ° del art. 1467 establece que "la pura liberalidad es causa suficiente", con lo cual, como pronto veremos, sigue exactamente los postulados de la teoría de la causa final; y

3°– Los ejemplos que contempla el inc. 3° del art. 1467, que dice: "Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita"; demuestran, sin lugar a dudas, que el Código chileno acogió la teoría en estudio, puesto que ellos se refieren a casos de causa final (⁸⁵).

Si bien esta doctrina excluye del campo del derecho a los motivos psicológicos, no

⁸² Somarriva, ob. cit. El prof. Ortega es de igual opinión.– Ver Apuntes de su clase.– Los Contratos.

⁸³ Mera M., Jorge— Exposición de la teoría de la causa. Memoria de prueba. 1940, pág. 30, N° 19,

⁸⁴ Mera M., Jorge – ob. cit., pág. 105, N° 119.

⁸⁵ Mera M., Jorge ob. cit., pág. 106, NQ 119.

quiere ello decir que la causa sea en todos los contratos un elemento único y constante. No. Ella es uniforme solo en los contratos de una misma especie o categoría, y de acuerdo con la doctrina, estas categorías son tres: contratos onerosos bilaterales, contratos onerosos unilaterales y contratos gratuitos.

90.– CAUSA FINAL EN LOS CONTRATOS ONEROSOS BILATERALES.

En ellos, el interés Jurídico que mueve a las partes a obligarse reside en la prestación de la contraparte, ya que cada contratante se obliga en vista de que el otro también se obliga. La causa es, entonces, para cada parte, la obligación de la otra parte, por eso, ambas obligaciones se sirven, recíprocamente, de causa.

En una compra-venta, por ejemplo, la causa de la obligación del comprador de pagar el precio, obligación del vendedor de entregar. a cosa vendida; y a su vez, la causa de la obligación de entregar la cosa vendida, es la obligación de pagar el precio.

91.– CAUSA FINAL EN LOS CONTRATOS ONEROSOS UNILATERALES.

Estos contratos engendran obligación para una sola de las partes y el interés jurídico que guía al único obligado el deudor es la entrega de la cosa por el acreedor, la cual constituye la causa.

La causa de la obligación del deudor es. la entrega. de la cosa por parte del acreedora

En el comodato, por ejemplo, la causa de la obligación del comodatario es la entrega de la cosa que el comodante le ha hecho.

92.– CAUSA FINAL EN LOS CONTRATOS GRATUITOS.

En estos contratos la causa de la obligación es sólo el interés. de conceder un beneficio, otro contratante, o sea, la mera liberalidad, concepto idéntico, al contenido en el inc. 1 Q del art. 1467 y en el cual nos apoyamos para sostener que el Código acoge la teoría de la causa final.

SECCION II. EL OBJETO Y LA CAUSA

93.– Objeto y causa.

Fijado el concepto de causa y establecido cuál es el que la legislación positiva contempla, corresponde compararlo y diferenciarlo del objeto, para entrar después a distinguir la ilicitud de los dos requisitos.

Hemos dicho qué el objeto de un acto o contrato está constituido por el conjunto de obligaciones y derechos que genera; y que estas obligaciones y derechos tienen, a su vez, un objeto particular: la cosa o hecho sobre que recaen; y que es este objeto el único que tiene interés importancia y que es el requisito esencia la que alude el art. 1445

Son pues, el objeto y la causa, conceptos bien diferentes y no es difícil distinguirlos:

Así, en los contratos bilaterales, la causa para cada arte está constituida por la obligación del otro contratante y el objeto, es la materialidad – cosa o hecho – a que se aplican esas obligaciones, objeto que puede ser múltiple cuando las obligaciones se refieren a varias cosas o hechos:

En una compra o venta, por ejemplo un típico contrato bilateral, la obligación del comprador de pagar el precio tiene como objeto el precio mismo; y como causa, la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida. Por su parte, la obligación de éste tiene como objeto la cosa vendida; y como causa, la obligación del comprador de pagar el precio.

En los contratos unilaterales, la causa de la obligación del deudor es la entrega de la cosa; y el objeto – elemento constante – es la cosa misma a que se refieren la entrega y la obligación del deudor de restituir.

El comodato de un auto, v. Gr., tiene como causa la entrega del auto hecha por el acreedor; y su objeto es el auto.

Por último, en un contrato gratuito, la causa es la mera liberalidad y el objeto, como siempre, la cosa a que el contrato alude. "Si se trata de la donación de una casa, la causa será la expresada, y el objeto, la casa misma a que la obligación se refiere.

94.– Fallos que no han sabido distinguir entre ambos conceptos.

Sin embargo, los tribunales han incurrido en errores y algunas veces no han sabido distinguir estos conceptos:

En sentencia que ya citamos (⁸⁶), el Tribunal de Casación estableció que en la compra o venta de un fundo y de sus derechos de agua, la causa para el vendedor "no es sólo la adquisición de los regadores, sino también y muy principalmente, el fundo que es la cosa de mayor importancia", considerando erradamente causa de una obligación a la cosa sobre que recae la obligación de la parte contraria, esto es, a su objeto, y no a la obligación misma del otro contratante.

El año 1881 se solicitó la resolución (el fallo habla de rescisión) de un contrato de compra o venta; por haberse entregado cierto número de sacos de trigo y haberse negado el comprador a pagar el precio. Este alegó que en el recibo había un error y que realmente se le había entregado una cantidad de trigo mucho menor que la ahí señalada, cantidad que no tenía inconveniente en pagar inmediatamente haciendo el depósito en el juzgado. Probado el error, se rechazó la demanda "porque según el art. 1467 del C. Civil no puede haber una obligación sin una causa real y lícita, y esa causa no existe en el recibo mencionado respecto del exceso sobre la cantidad de trigo recibida efectivamente" (⁸⁷).

Aun cuando lo dispositivo de la sentencia que hizo subsistir el contrato sólo en la parte de trigo que se entregó y pagó, se ajusta a derecho, creemos que sus fundamentos

⁸⁶ Rev. de D. y J., T. XXVII, Parte II, Sec. I.a., pág. 163.

⁸⁷ Gaceta, Año. 1881, pág. 1254, sent. 2212.

son errados:

La causa de la obligación del comprador de pagar el precio era la obligación del vendedor de entregar la cosa, obligación que, en cuanto a causa, debe mirarse como un todo único que no es susceptible de división para considerar que es causa en la parte que se cumple verdaderamente y no en lo demás. La obligación del vendedor, existió aunque se cumplió incompletamente, y por ello, la del comprador tuvo causa suficiente. No puede, pues, buscarse ahí el fundamento del fallo.

Lo que en verdad hubo en tal situación fue inexistencia parcial del objeto, la cual como dijimos en su oportunidad (⁸⁸), autoriza al comprador para elegir a su arbitrio entre dar por subsistente el contrato o desistirse de él, abonando el justo precio. Sostuvimos que esta regla que el Código da en el párrafo de la compra-venta – art. 1814 – es de aplicación general por ajustarse a los principios del derecho. Pero en el caso en estudio, en que precisamente se trata de una compra-venta, ni aun esa afirmación podría discutirse, ya que la situación planteada está resuelta en forma expresa por la ley.

La doctrina sustentada por el fallo que criticamos, es compartida por algunos autores de prestigio, como por ejemplo Claro Solar (⁸⁹). Sin embargo, insistimos en que ella es errada.

Son dos cosas muy diferentes la obligación y el cumplimiento de la obligación. Si se acepta que nuestro Código acoge la teoría de la causa final – como opina el mismo Claro Solar – es evidente que la causa de una obligación es la obligación de la parte contraria, y no su cumplimiento. De manera que si ella se cumple parcialmente no puede sostenerse que la obligación de la contraparte carezca parcialmente de causa. Sólo es posible hacer esta afirmación aceptando que la causa es la cosa que falta parcialmente, o el cumplimiento parcial de la obligación.

95.– DIFERENCIAS DE LOS CONCEPTOS DE OBJETO .Y CAUSA EN LAS OBLIGACIONES DE HACER.

Tratándose de obligaciones de esta clase, la distinción entre ambos conceptos no es tan clara y las diferencias se hacen más sutiles.

Dijimos que, el objeto puede ser también un hecho. Si por ejemplo, Pedro y Juan celebran un contrato mediante el cual el primero se obliga a construir al segundo una casa, y éste a pagarle la suma de doscientos mil pesos, el objeto de la obligación de Pedro no será la casa que no existe y que sólo será el resultado del cumplimiento de su obligación, sino que el hecho positivo de construirla.

Y en el mismo ejemplo – siendo el contrato bilateral – la causa de la obligación de Juan de pagar los doscientos mil pesos, es la obligación de Pedro de construir la casa.

De modo que el objeto de la obligación de Pedro es el hecho de construir el inmueble y la causa de la obligación de Juan es la obligación de construir el mismo bien. La

⁸⁸ Ver pág. 18, N° 30.

⁸⁹ Ob. cit. pág, 341, N° 934.

diferencia, pues; entre la causa de la obligación de Juan, y el objeto de la obligación de Pedro, es mínima: la primera es. la obligación de construir, y .la segunda, el hecho mismo de la construcción. La. distinción es tan sutil, que en la práctica se confunden.

Y esta confusión no es sino consecuencia de otra: la que siempre existe entre una obligación de hacer y el hecho que constituye su objeto, en oposición a la clara diferencia que hay entre una obligación de dar y la cosa a la cual ella se aplica.

SECCION III. EL OBJETO ILICITO Y LA CAUSA ILICITA

96.– CAUSA Y OBJETO ILICITOS.

En las obligaciones de dar, la ilicitud de ambos requisitos se refiere, a conceptos diferentes y es, por eso, de fácil distinción.

En efecto, dijimos, que si el, objeto □ es una cosa, para ser lícito.—a más de existir— debe ser determinado y comerciable, lo que, contrario sensu, significa que es ilícito el indeterminado y el incomerciable, mientras que, según la definición del inc: 2° del art. 1467, es "causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o el orden público".

No es posible, en este caso, confundir fa causa ilícita con el objeto ilícito, lo cual no quiere decir que un mismo acto no pueda adolecer de los dos vicios.

Sin embargo, todo ello es en doctrina, porque la ley positiva, debido a. deficiencias. qué .ya hemos anotado,□ da lugar a algunos problemas que han provocado pronunciamientos de los tribunales; interesantes de señalar:

97– ILICITUD DEL OBJETO Y, DE LA CAUSA EN LAS DEUDAS PROVENIENTES DE JUEGOS DE AZAR.

Respecto de éstas deudas, vimos que el Código las señala como casos de objeto ilícito. Criticamos está posición y la jurisprudencia más antigua nos demuestra lo acertado de la crítica.

En los primeros años de aplicación del Código Civil, varias sentencias, en presencia de deudas contraídas en, juegos de azar, declararon su `nulidad por, tener causa ilícita, sin aludir siquiera al artículo del Código que establece que en tales actos el ilícito es el objeto (⁹⁰) ; disposición que sólo fue aplicada cuando hubo un mayor conocimiento de nuestra ley y la cual sirvió de base a fallos que anularon obligaciones de tal especie (⁹¹).

Y es perfectamente lógico que así se fallara en los primeros años de vigencia del Código, porque ante el desconocimiento que de él se tenía, era natural. aplicar la doctrina correcta que. señalaba la existencia de causa ilícita.

⁹⁰ Gaceta. Año 1858, sent. 1076. Gaceta. Año 1867, pág 351, sent. 842. Gaceta. Año 1890, pág. 800, sent. 1580.

⁹¹ Gaceta. Año 1875, pág 688, sent. 1533. Rev. de D. y J., T. XIX, Parte II, Sec. Ia., pág. 235.

En verdad, como oportunamente expresamos, en las deudas provenientes de juegos de azar no puede sostenerse, técnicamente, la existencia de un objeto ilícito; en cambio, aparece muy clara la causa ilícita, desde el momento en que tales obligaciones son contrarias a la ley y a las buenas costumbres.

Es de interés anotar que el error del Código en esta parte, fue introducido por la Comisión Revisora, puesto que en el proyecto de Bello del año 1853, se decía textualmente en el art. 1647: "Hay asimismo causa ilícita en las deudas contraídas en juegos de azar..."; disposición que en el proyecto inédito tomó el número 1646 y pasó a indicar casos de objeto ilícito.

98.- ILICITUD DEL OBJETO Y DE LA CAUSA EN LA VENTA DE LIBROS CUYA CIRCULACION ES PROHIBIDA POR AUTORIDAD COMPETENTE, DE LAMINAS, PINTURAS, ETC.

El proyecto de 1853 establecía también que en la venta de libros cuya circulación se prohíbe, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de imprenta, existe causa ilícita y no objeto ilícito, cómo declara el actual art. 1466.

Es evidente que en tales casos, aun cuando la ley no lo diga expresamente, hay causa ilícita por tratarse de Obligaciones que van contra la ley y las buenas costumbres; pero no puede sostenerse que sea un error lo establecido por el Código en el sentido de que adolecen de objeto ilícito: al así determinarlo, la ley excluye a tales cosas de las relaciones jurídicas, las hace inenajenables y por ello pasan a ser objetos ilícitos.

Como se ve, las razones de porqué hay ilicitud en los dos requisitos, son de distinta naturaleza.

99.- FALLOS QUE HAN CONFUNDIDO EL OBJETO ILICITO Y LA CAUSA ILICITA.

En algunas oportunidades, nuestros jueces no han sabido distinguir entre la causa ilícita y el objeto ilícito: Y si bien es cierto que esos errores no han tenido influencia en lo dispositivo de los fallos porque la conclusión es siempre la misma: nulidad absoluta; también lo es que ello es inaceptable desde el punto de vista teórico.

En 1867, la Corte de Apelaciones de Santiago, al confirmar un fallo de primera instancia que había anulado la hipotecación de un bien embargado por adolecer de objeto ilícito en conformidad al art. 1464, declaró que también había "causa ilícita" (⁹²). Es este un error inexcusable. Hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que enumera el art. 1464, porque ellas están fuera del comercio; pero la causa en este caso no es ni contraria a la ley, ni a las buenas costumbres o el orden público.

En 1925 la Corte Suprema falló que no procede sostener que ha habido "causa y objeto ilícitos" en una compra-venta, fundado en que el vendedor carecía, de derecho a lo vendido que pudiera transferir; cuando esos derechos son ciertos y susceptibles de

⁹² Gaceta. Año 1867, pág. 404, sent. 975.

enajenación (⁹³).

De haber faltado esos derechos, habría faltado también el objeto de la obligación del comprador; mal puede, pues, hablarse de objeto ilícito y menos de causa ilícita, elemento que en este caso no entra en juego.

Con el mismo criterio, la Corte de Valdivia falló que es nula por falta de causa la compra-venta de derechos sobre un inmueble, si se establece que los derechos vendidos pertenecen al comprador o no existen (⁹⁴).

En el primer caso, esto es, si los derechos son del comprador, es de toda evidencia que el contrato carece de causa; pero si esos derechos no existen, lo que entonces falta es, sin duda, el objeto a que debieron aplicarse los derechos y obligaciones engendrados por la compra-venta.

En 1868 el juez Sr. Ugarte Zenteno falló que el endoso de un vale de depósito, mandado retener judicialmente, es nulo por tener causa ilícita, en conformidad al art. 1464 del C. Civil (⁹⁵). Esta sentencia, que fue confirmada por la Corte de Santiago, olvidó lamentablemente el contenido del artículo que citó, como fundamento, el cual establece que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas litigiosas y no se refiere siquiera a la causa ilícita, vicio que ni en conformidad a la doctrina podría existir en tal caso por no ser la obligación contraria ni a la ley, ni a las buenas costumbres o el orden público.

100.- DIFERENCIAS DE LOS CONCEPTOS DE OBJETO Y CAUSA ILICITOS, EN LAS OBLIGACIONES DE HACER.

Vimos que en esta clase de obligaciones la diferencia entre objeto y causa es mínima y se reduce a la que existe entre la obligación de realizar un hecho o abstenerse de él, y la realización o abstención misma del hecho.

Si se pasa a comparar la ilicitud de la causa y del objeto, es fácil apreciar que en muchos casos esa diferencia es tan insignificante, que ambos conceptos se confunden totalmente.

Tratándose de hechos, son ellos ilícitos cuando son física o moralmente imposibles, o indeterminados. El hecho físicamente imposible no puede confundirse con la causa ilícita porque, para así clasificarlos, se atiende a circunstancias diferentes. Lo mismo sucede con el hecho indeterminado.

Pero en lo que dice relación con el hecho moralmente imposible, el problema es diferente.

101.- En los hechos moralmente imposibles estos conceptos se confunden.

⁹³ Rev. de D. y J., T. XXIII, Parte II, Sec. la., pág. 506.

⁹⁴ Rev. de D. y J., T. XXXIII, Parte II, Sec. la., pág. 91.

⁹⁵ Gaceta. Año 1868, pág. 3, sent. 8.

El Código Civil en el inc.3° del art. 1461 nos dice que tiene esa calidad el hecho "prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o el orden público". Es decir, es moralmente imposible el que incurre en vicios exactamente iguales a los que determinan la ilicitud de la causa, de acuerdo con la definición del art 1,467 inc. 2°, según la cual es causa ilícita "la prohibida. por la ley, o contraria a las buenas costumbres o el orden público".

Entonces, en una obligación de hacer la ilicitud del objeto, y de la causa, depende de idénticas circunstancias, aplicadas a la obligación misma en cuanto se refiere a la causa, y al hecho, positivo o negativo, a que alude la obligación, en cuanto se refiere al objeto. Y como establecido ha quedado que la relación entre la obligación y el hecho sobre que ella recae es estrechísima hasta hacer prácticamente nulas las diferencias, debe concluirse que siempre que el hecho es moralmente imposible por ser prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o el orden público, por la misma razón es ilícita la obligación en ,sí, o sea, la causa.

Así lo da a entender también Mera, cuando dice: "Sin embargo, como regla general, se puede decir que toda obligación que tiene por causa una donación, un hecho o una abstención reprobados por una ley positiva cualquiera, tiene una causa ilícita, por ,estar. dicha prestación .prohibida por la ley. Así, es nula, por tener una causa ilícita; la. promesa de remuneración de un crimen, de un simple delito o de una contravención, legal, porque la causa de dicha promesa es un hecho manifiestamente ilícito y prohibido por la ley penal" (⁹⁶).

Y ello es perfectamente lógico, porque si un hecho es inmoral, también debe serlo y lo es, la obligación de realizarlo; y si la obligación de efectuar un hecho es contraria a la ley o al orden público, también. lo es la ejecución misma del hecho.

Por eso, consideramos que el art. 1476 del C. Civil, que establece que la condición que consiste "en que el. acreedor se abstenga de un hecho: inmoral o prohibido, vicia la disposición", se fundamenta en que ella tiene causa y objeto ilícitos: causa ilícita, porque la obligación misma es inmoral, y objeto ilícito, porque el hecho .negativo a que la obligación se refiere, necesariamente tiene que ser también inmoral. .

102.– Fallo sobre renuncia de alimentos voluntarios.

En un juicio ventilado en Santiago en 1868 (⁹⁷), se solicitó la nulidad de la renuncia hecha a derechos alimenticios, por adolecer de objeto y causa ilícitos. Si bien la sentencia no dio lugar a la nulidad por tratarse de alimentos voluntarios no afectados por la prohibición del art. 334 del C. Civil que sólo se refiere a los legales, el fundamento era correcto para el caso de haberse tratado de alimentos impuestos por la ley, ya que tanto la obligación de no pedir los alimentos, cómo el hecho mismo de .abstenerse, habrían sido contrarios al art. 334.

⁹⁶ Ob. cit., pág. 129, N° 142.

⁹⁷ Gaceta. Año 1868, pág. sent. 18.

103.– Sentencia sobre obligación de someterse a pena corporal de delito, para el caso de incumplimiento contractual.

Habiéndose celebrado un contrato mediante el cual una persona se sometía a la pena del delito de estafa para el caso de no cumplir con la obligación principal, fue condenada a presidio en primera instancia cuando incurrió en incumplimiento. La Corte Suprema anuló la cláusula penal, "porque no es lícito estipular que se impongan penas por actos que la ley no ha penado" ; declarándose en un voto del Ministro Sr. Lastarria que el contratante al comprometerse "a pasar como reo de un delito futuro y contingente que no ha cometido, se ha obligado a un hecho moralmente imposible, ,todo lo cual es contrario a la disposición del art. 1461, y vicia de nulidad el acto por cuanto es ilícito el objeto según el art. 1464 del mismo Código" (⁹⁸).

Este voto contiene la verdadera doctrina en cuanto establece que tal obligación se refería a un hecho moralmente imposible y viciaba, por lo tanto, de ilicitud al objeto. Por la misma razón, el acto tenía causa ilícita, aun cuando la Corte no lo haya dicho. Pero si el voto del Ministro Lastarria es exacto en esa parte; no tiene explicación su referencia al art. 1464, el cual norma situaciones totalmente diferentes y no puede recibir aplicación tratándose de hechos.

La Corte Suprema, ajustándose a la buena doctrina, falló en 1904 que el contrato por el cual una de las partes se obliga a lidiar toros, es nulo por tener objeto y causa ilícitos, ya que esas lidias están prohibidas por la ley de 16 de septiembre de 1823 (⁹⁹). Efectivamente, si esos hechos son prohibidos por la ley, es contraria a ella la obligación de ejecutarlo □ causa ilícita □ como también el hecho mismo de lidiar toros □ objeto ilícito.

104.– Fallo sobre objeto y causa ilícitos en el matrimonio religioso.

Además de los casos resueltos por nuestra jurisprudencia y que hemos agrupado según se refieran a obligaciones de dar o de hacer, hay otros, relativos siempre a causa y objeto ilícitos, que son dignos de destacarse:

La Corte de Apelaciones de Santiago declaró en 1919 que el matrimonio religioso, aunque no produce efectos civiles, no adolece de causa ni objeto ilícitos (¹⁰⁰).

El Tribunal de Alzada se vio en la necesidad de hacer tal declaración para negar lugar a lo que se solicitaba. Sin embargo, creemos que esa afirmación, hecha en abstracto, no es jurídica ni correcta.

El matrimonio religioso no tiene valor alguno ni existe para la ley civil, desde que no se ha celebrado de acuerdo con sus solemnidades ni ante el único funcionario competente para ello: el Oficial del Registro Civil. Es la nada jurídica y no puede producir

⁹⁸ Gaceta. Año 1884, pág. 1311, sent. 2122.

⁹⁹ Rev. de D. y J., T. II, Parte II, Sec. la., pág. 227.

¹⁰⁰ Rev. de D. y J., T. XVII, Parte II, Sec. 2a. pág. 12

ni produce efecto civil alguno, como lo afirma la misma sentencia en análisis. ¿Cómo es posible, entonces, sostener que no tiene causa ni objeto ilícitos? Son estos elementos de los actos jurídicos y mal puede hablarse de que faltan o existen, aludiendo a un hecho que la ley no reconoce y que no es ni acto ni contrato.

Es, en consecuencia, totalmente impropio hablar de la causa o del objeto jurídico del matrimonio religioso.

105.– Otra sentencia sobre objeto y causa ilícitos.

En 1918 la Corte Suprema estableció que la declaración hecha por una persona en escritura pública, expresando haber recibido de otra persona cuyo nombre no se dice, cierta suma de dinero para entregarla, a una tercera persona que se indica, después del fallecimiento de la compareciente, importa una declaración de voluntad que, aceptada por la tercera persona, obliga a aquella respecto de ésta, y que: recae sobre objeto lícito y tiene causa lícita. (¹⁰¹).

Evidente nos parece esta solución y estrictamente ajustada a la ley: el objeto de la obligación – el dinero – nada tiene de ilícito, y la causa no se ve por qué pueda ser contraria a la ley, las buenas costumbres o el orden público.

106.– CONTRATOS RELATIVOS A CASAS DE TOLERANCIA.

¿Tienen ellos causa u objeto ilícito, o ambos vicios simultáneamente? . .

Se acepta por regla general y en forma muy amplia, que todos los actos y contratos que se refieren o dicen relación con lupanares, adolecen de causa ilícita por ser el acto en sí inmoral . y contrario a las buenas costumbres. Claro Solar, por ejemplo, sostiene que "si la convención se refiere al hecho de establecer una casa de tolerancia, o tiene por objeto una casa de tolerancia establecida y. que se halla en funciones, y en, la convención se comprende la venta o arrendamiento del inmueble en que va a establecerse o en que está establecida, la venta o arrendamiento del mobiliario de la misma, un préstamo del precio o parte del precio para su sostenimiento, etc. el contrato sobre estas cosas sería evidentemente ilícito .y absolutamente nulo" (¹⁰²).

Argumentando dentro de nuestro Código y sobre la base cierta de que él contempla la doctrina de la causa final, no nos parece que tal. opinión pueda ser aceptada.

En efecto, si la causa de una obligación es la obligación del otro contratante, por mucho que el contrato . se relacione con un prostíbulo, no podrá influenciar a esta obligación y hacerla ilícita, si ella en sí no es contraria a la ley, las buenas costumbres o el. orden público. „Aceptar la tesis contraria significa dar valor a los motivos psicológicos que conducen a contratar, y aceptar en consecuencia; ,la causa ocasional que, evidentemente, la ley chilena rechaza. .

Si, v. gr., se celebra uno de los contratos que como ejemplo pone Claro Solar, la

¹⁰¹ Rev. de D. y J., T. XV, Parte II, Sec. Ia., pág. 587.

¹⁰² Ob. cit., pág. 349, N° 939.,

venta de un inmueble en que va a establecerse un prostíbulo, la causa de, la obligación del vendedor será la obligación del comprador de pagarle. el precio, y aun cuando piense dar al inmueble el uso indicado, no por eso tal obligación. será ilícita.

No es, como se ve, posible fundamentar la nulidad de los contratos en cuestión, en una pretendida ilicitud de la causa. De acuerdo con lo que decimos, Savatier, analizando una serie de fallos sobre esta materia, dice: "Las prestaciones suministradas de cada lado no tienen en sí mismas nada inmoral. No obstante, en la gran mayoría de los casos, la jurisprudencia declara nulos tales contratos. Constituyen. por naturaleza: actos contrarios a las buenas costumbres, y tales actos, por sí solos, no pueden constituir para quienes se hacen culpables de ellos, el principio de ningún derecho exigible" (¹⁰³).

Si bien es cierto que pueden existir esas razones morales, también lo es que dentro de la ley. ellas no pueden servir de base a una nulidad, ni son causales de causa u objeto ilícito.

Con relación a este último vicio, nos parece ello indiscutible. En efecto, si se trata de obligaciones de dar como en el caso de. una compra-venta la ilicitud del objeto nada tiene que ver con la moral ni las buenas costumbres □el mismo Claro Solar, partidario de la nulidad de los actos en estudio, afirma en otra parte de su □ obra que las cosas no son en sí ni ilícitas ni: inmorales de manera que no puede □ser la base de falta de valor del contrato.

Y si se trata de obligaciones de hacer, el hecho que constituye su objeto no puede considerarse contrario a la; ley, las buenas costumbres .o el orden público, por la sola razón de referirse o relacionarse el contrato, a un prostíbulo. Podrá ser el hecho ilícito, pero en sí, objetivamente, y no porque el ánimo 0 propósito con que las partes contratan se considere inmoral.

Así por ejemplo, si se celebra un contrato por el cual una persona se obliga a construir a otra un inmueble que será destinado a lupanar, no podrá sostenerse, razonablemente, que el objeto de tal obligación, el hecho de edificar la casa, es contrario a las buenas costumbres porque ella se va a destinar a prostíbulo:

Es entonces, evidente que los actos y contratos relacionados directa o indirectamente con casas de tolerancia, no adolecen de causa u objeto ilícito, por esa única razón.

Pero esto no significa que muchos actos relacionados con lupanares, no puedan tener y tengan causa u objeto ilícito; pero no por relacionarse con ellos, sino por tener tal calidad de acuerdo con las reglas generales. El contrato, v. gr., celebrado entre la mujer que regenta un prostíbulo □y una prostituta, a fin de que ésta preste sus servicios bajo las órdenes de la primera, tiene causa y objeto ilícito desde que la obligación de la ramera es contraria a la moral, lo mismo que el hecho que constituye su objeto.

107.– Sentencia relativa a un inmueble arrendado y destinado a lupanar.

¹⁰³ Savatier, René. Des ef fets et de la Sanction du devoir moral en droit positif francais et devant la jurisprudence. Pág. 344, Citado por Claro polar, ob. cit., pág 349, N° 939,

Nuestros tribunales no han tenido oportunidad de dilucidar la cuestión en estudio. Existe sólo una sentencia sobre, la materia y que no se ha pronunciado sobre ella, porque se refiere al único contrato □ el arrendamiento □ en el cual la ley ha resuelto el problema expresamente con un sentido práctico y moral, pero separándose de los conceptos de objeto y causa.

Dispone, en efecto, el art. 1973 del C. Civil, que "el arrendador tendrá derecho para expeler al inquilino que empleare la casa o edificio en un objeto ilícito, o que teniendo facultad de subarrendar, subarrienda a personas de notoria mala conducta que, en este caso, podrán ser igualmente expelidas".

Aun cuando este artículo habla de "objeto ilícito", es de toda claridad que no. ha empleado la frase en la acepción de objeto jurídico, elemento de todo acto o contrato, sino en el de uso, destinación o aplicación de la casa o edificio. Así lo deja de manifiesto la redacción que habla de "emplear la casa en un objeto ilícito", giro que no tendría significado si se diera al término objeto su sentido de requisito de validez. Y el empleo que a una casa pueda darle el inquilino, no es ni la causa ni él objeto del contrato de arrendamiento. Por eso, es indiscutible que esta disposición da tal facultad al arrendador, ajena al problema de la causa y del objeto ilícito, y sólo por razones de ética.

En esta norma se basó la sentencia a que aludíamos, de la Corte de Iquique, del año 1918, que declaró nulo un contrato de arrendamiento de un inmueble que. se había destinado a lupanar (¹⁰⁴).

¹⁰⁴ Rev. de D. y J., T. XVI, Parte II, Sec. 2a., pág. 33.

TERCERA PARTE. CASOS DE OBJETO, ILICITO SEÑALADOS POR EL CODIGO CIVIL

108.– El código civil señala expresamente algunos casos de objeto ilícito.

Establecido qué es el objeto, qué requisitos debe cumplir para su validez, cuándo es ilícito y qué, diferencias hay entre él y la causa ilícita, corresponde analizar, a la luz. de la jurisprudencia, los casos de objeto ilícito que el Código señala en forma expresa.

Es de advertir que en este artículo excluirémos la crítica a las disposiciones pertinentes, en lo que dice relación con la doctrina sobre las materias que reglamentan, la cual ha quedado hecha al referirnos al concepto de. objeto ilícito y a las inexactitudes y errores en que el Código incurre al señalar algunos casos de ilicitud.

CAPITULO 1. ACTOS CONTRARIOS AL DERECHO PUBLICO CHILENO

109.- CONCEPTO DE DERECHO PUBLICO.

El art. 1462 del Código Civil dice que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto".

Se entiende por derecho público el conjunto de normas que tienen por objeto la organización de la sociedad política, la constitución de los poderes del Estado y la determinación de sus facultades, competencia y esfera de acción.

Del concepto que antes ,dimos de orden público (¹⁰⁵) y de la definición precedente, se desprende que todas las leyes de derecho público son de orden público, ya que por su naturaleza misma interesan a la sociedad entera y norman la organización de las instituciones más fundamentales de toda colectividad civilizada.

De manera entonces que como ya antes lo advertimos no existiera esta disposición, muchos de los actos que ella comprende, aquellos en que hay verdaderamente objeto ilícito, quedarían incluidos en los moralmente imposibles, por ser contrarios al orden público, y adolecerían siempre de nulidad.

110.- ESTIPULACIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCION.

La Constitución Política, ley orgánica y básica de toda nación, es de derecho público y su infracción acarrea. al acto respectivo, la nulidad por ilicitud del, objeto.

Por tal razón, en sentencias que ya citamos (¹⁰⁶), la Corte Suprema, en dos oportunidades, anuló contratos de suministro de víveres y forrajes a cuerpos de ejércitos movilizados durante la revolución de 1891, porque ese año no se dictó la ley que debía fijar los. gastos de administración, en conformidad aló ordenado por la Carta Fundamental.

111.- ESTIPULACIONES CONTRARIAS A LAS LEYES QUE ORGANIZAN EL PODER JUDICIAL.

La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales es también de derecho público y

¹⁰⁵ Ver pág. 36, N ° 62.

¹⁰⁶ Rev. de D. y J., T. VII, Parte II, Sec: la., pág. 287. Rev. de D. y J., T. XIX, Parte II. Sec. la., pág. 296.

así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia

En un fallo a que ya también aludimos (¹⁰⁷), la Corte Suprema dijo "que toda estipulación que desconozca a persona ó corporación alguna, la competencia y jurisdicción que la ley de 1875 da a los tribunales sobre las controversias judiciales del orden temporal, es nula por ilicitud del objeto, en cuanto contraviene al derecho público chileno".

Por idéntica causa, en un juicio promovido en contra de una agencia alemana de seguros, al sostener ésta que la demanda debía entablarse en la ciudad de Lubeck, Alemania, por tener ahí la sociedad su domicilio y porque en las pólizas se había estipulado que toda diferencia o discordia con el asegurado debía someterse "a árbitros nombrados imparcialmente, bajo la presidencia del Cónsul de Alemania"; se rechazó la declinatoria de jurisdicción porque el agente tenía poder suficiente para contestar la demanda y por ser la excepción contraria al artículo 5° de, la Ley Orgánica de Tribunales, que manda que los tribunales que ella establece deben conocer de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan; a todo lo cual, la Corte de Apelaciones de Santiago agregó, por voto unánime, que debía tenerse presente lo dispuesto en el art. 1462 del Código Civil, con lo cual determinó, y con razón, que en tal acto había una contravención al derecho público chileno (¹⁰⁸).

112.– Hay normas que dicen relación con el Poder Judicial y que no son de derecho público.

Pero no todo cuanto dice relación con el Poder Judicial y la administración de justicia es de derecho público, sino las normas que, de acuerdo con la definición dada tienden a su constitución u organización. Hay muchas reglas procesales que son de derecho privado y que pueden ser modificadas por las partes; fuera de que las disposiciones del Código Civil no tienen aplicación tratándose de actos judiciales. El objeto ilícito existe en los actos o contratos civiles que infringen el derecho público.

Por todo ello, la Corte Suprema ha establecido que la infracción del art. 167 del C. de Proc. Civil que ordena pronunciar las sentencias conforme al mérito de autos, no importa un objeto ilícito que deba sancionarse con la nulidad absoluta de acuerdo con las reglas del C. Civil, fundado en que tal artículo es de derecho público, "porque no son aplicables a las sentencias las reglas referentes a los contratos" (¹⁰⁹).

113.– LEYES RELATIVAS AL REGIMEN MONETARIO.

¹⁰⁷ Rev. de D. y J., III, Parte II, Sec., la. pág. 349,

¹⁰⁸ Gaceta. Año 1885, pág. 1463, sent. 2445

¹⁰⁹ Rev. de D. y J., T. XXIII, Parte II, Sec. la., pág. 38.

Cuando nos referimos al orden público, vimos que algunos pretenden que estas leyes tienen esa calidad, y concluimos que tal afirmación no es aceptable y que así lo ha establecido la jurisprudencia.

Al tratar del derecho público volvemos a aludir a ellas porque una de las sentencias que citamos (¹¹⁰) sostuvo que la convención por la cual se establece que el pago debe hacerse a un tipo de cambio prefijado, no infringe sino que está de acuerdo con la ley de 1898 y no tiene objeto ilícito porque no contraviene al "derecho público chileno".

Si sostuvimos que estas leyes pueden ser derogadas por los particulares, con mayor razón debe sostenerse que no son de derecho público, porque no se refieren ni a la organización de la sociedad política, ni a la constitución de los Poderes del Estado ni a la determinación de sus facultades.

114.– Hay normas que aun cuando están contenidas en leyes de orden público

La sola circunstancia de que una disposición esté comprendida en una ley que, en términos generales, sea catalogada como de derecho público, no le imprime tal carácter: debe atenderse al fondo mismo de la norma para ver si cumple con los elementos señalados en la definición. Es el mismo principio, anotado al aludir a la Ley Orgánica de Tribunales.

Por esa razón creemos que la prohibición establecida en la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades, al Alcalde, regidores, empleados municipales y sus parientes próximos, para celebrar contratos con la Corporación; no importa una norma de derecho público. Si en la contravención a ese artículo hay objeto ilícito, es porque se trata de un acto prohibido por la ley, pero no por ser una norma de derecho público. Ella no dice relación con la constitución misma de la Municipalidad, sino que es un simple precepto de probidad administrativa, cuyo fundamento es el mismo que inspira al art. 1798 del C. Civil.

En un pleito se solicitó la nulidad de una compra-venta por haberse infringido – según se dijo – una disposición de derecho público: la que hemos citado de la Ley de Municipalidades (¹¹¹), Desgraciadamente, la Corte Suprema no tuvo ocasión de pronunciarse sobre el problema, pero por las razones expresadas creemos que el fundamento de tal nulidad no estaba en el art. 1462, sino en el 1466 que alude a los actos prohibidos por la ley. Si el artículo en cuestión, en vez de la prohibición que contempla para celebrar algunos actos, exigiera el cumplimiento de formalidades, parece evidente que su infracción traería como consecuencia una nulidad relativa, en conformidad, al art. 1682 del C. Civil, y no la absoluta, a pretexto de haberse violado una norma de derecho público.

¹¹⁰ Rev. de D. y J., T. XXIII, Parte II, Sec. la., pág. 65.

¹¹¹ Gaceta. Año 1928, T. I, pág. 326, sent. 60.

115– Cláusula testamentaria que no es contraria al derecho público chileno.

Para terminar esta materia, citaremos un caso curioso que se planteó antes nuestros tribunales, aunque no fue resuelto porque sólo en el recurso de casación en el fondo se pretendió que se había infringido el art. 1462 del C. Civil, en circunstancias que el fallo no se fundaba en tal disposición

Se pidió la nulidad de una cláusula testamentaria que se consideraba contraria al derecho público chileno, porque dejaba una serie de encargos, como heredero y legatario, al Ordinario Eclesiástico, con la voluntad de que ninguna autoridad pudiera pedirle cuenta, dejando el cumplimiento sólo "a su conciencia y a la responsabilidad que pueda caberle ante nuestro Santo Padre el Romano Pontífice" (¹¹²).

Creemos que tal acción jamás habría podido prosperar. Esa cláusula es, indiscutiblemente la constitución de un albaceazgo fiduciario expresamente admitido por la ley en los arts. 131 1 y siguientes del C. Civil, la cual acepta que el albacea no pueda ser obligado a revelar el objeto del encargo secreto; y la referencia al Pontífice Romano, no vemos cómo puede herir al derecho público chileno: no se trata de excluir de la jurisdicción nacional ningún asunto contencioso, desde que nadie puede pedir cuenta al albacea, ni tampoco significa someterse a una jurisdicción extranjera desde que la relación de dependencia a que se alude es simplemente moral y queda por ello, fuera del campo de la ley que no puede legislar sobre la conciencia de los individuos.

CAPITULO II.PACTOS SOBRE SUCESIONES FUTURAS

116.– La ilicitud incluye a los pactos y a los alumnos

Dice el art. 1463 que «el derecho de suceder por causa de muerte a. una persona viva, no puede ser objeto de una donación o contrato aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona»; con lo cual excluye de las relaciones jurídicas y declara inenajenable al derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva.

Como ya lo hemos dicho, esta exclusión no se reduce a los actos bilaterales, sino que abarca también a las declaraciones unilaterales de voluntad, de acuerdo con lo que disponen los arts. 956 y 1226 del C. Civil, según los cuales sólo puede haber pronunciamiento sobre una asignación después que ha sido deferida, o sea, después de fallecer la persona de cuya sucesión se trata.

¹¹² Gaceta. Año 1909, Pág. 769, sent. 477.

En los artículos citados, nuestra legislación acoge la doctrina tradicional sobre la materia y que, desde los tiempos del derecho romano, repudia los llamados "pactos sobre sucesiones futuras".

117.– Fundamentos de la disposición.

¿Cuáles son los fundamentos de este repudio?

En Roma, estos actos eran considerados inmorales y peligrosos por significar especulaciones sobre la muerte de una persona y porque podían impulsar a precipitar ese acontecimiento, del cual dependía una ganancia.

Póthier aceptó ampliamente estos principios y tuvo a los pactos referidos como contrarios a la decencia y a las buenas costumbres, ideas que por tradición han pasado al derecho moderno.

Hay, sin embargo, autores que sostienen que no son éstas las razones de por qué se rechazan hoy los pactos sobre sucesiones futuras. No nos corresponde analizar las doctrinas y discusiones existentes al respecto, bastándonos señalar que el Código de Bello, cualesquiera que sean las causas que tuvo en vista, rechazó, como todas las legislaciones de la época, tales pactos. Es también interesante advertir que la ciencia más moderna se inclina a aceptarlos.

118.– Sentencias relativas a pactos sobre sucesiones futuras.

Nuestros jueces han aplicado en varias oportunidades los preceptos en estudio y siempre en forma acertada

Con relación a convenciones sobre el derecho de suceder a una persona viva, en sentencia dictada por el árbitro don Cosme Campillo y aprobada por la Corte de Santiago, se anuló por objeto ilícito, en conformidad al art. 1463, la cesión hecha a un tercero por un presunto heredero, en vida del causante, de los derechos que pudieren corresponderle en la herencia (¹¹³), haciéndose perfecta aplicación del artículo citado ya que el objeto de la cesión era el derecho del cedente de suceder al presunto causante, que estaba vivo. Tratábase, pues, de un caso típico de pacto sobre sucesión futura.

Por la misma razón y con arreglo a derecho, se declaró nula, por objeto ilícito, la venta de los derechos hereditarios hecha por un hijo a un tercero, en vida de su padre (¹¹⁴).

En ambos casos se trataba de pactos llamados por la doctrina "de disposición", porque se referían a la herencia de un tercero, en oposición a los "de institución" que aluden a la herencia de uno de los contratantes, y a los "de renuncia" que, como el nombre indica, se refieren al pronunciamiento anticipado sobre una asignación.

¹¹³ Gaceta. Año 1883, pág. 196, sent. 365,

¹¹⁴ Gaceta. Año 1890, pág. 419, sent. 5641.

Igualmente y ajustándose también a derecho, la Corte de Talca, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, resolvió que si al marido se le adjudicaban unos bienes con la condición de no gravarlos ni enajenarlos y dejarlos a su muerte, a sus herederos legítimos designados en el testamento de su cónyuge, tal estipulación tenía objeto ilícito en conformidad al art. 1463 (¹¹⁵), ya que, indudablemente, el acto recaía sobre la herencia del marido vivo.

Tratábase en tal caso, de un pacto "de institución".

119.- Comentarios a un fallo.

En el comentado fallo a que nos referimos latamente al estudiar el requisito de la determinación (¹¹⁶), se planteó también la cuestión de □si se trataba o no de un pacto sobre sucesión futura.

La Corte Suprema sé pronunció negativamente y creemos que con razón

La persona que requirió los servicios de una parienta suya para que se trasladara a París a acompañarla y cuidarla durante su vejez, decía textualmente en la carta que dio origen al litigio: "Te llamo para que me cuides como una hija, que yo te prometo recompensar tu sacrificio y asegurarte tu porvenir con gran parte de mi fortuna.

"Tu ves que yo no tengo herederos y después de mi Nicolás tú eres el único ser por quien mi corazón se interesa verdaderamente".

Para que exista un pacto sobre sucesión futura, es esencial que una de las obligaciones tenga como objeto al derecho de suceder a una persona viva, ya que, precisamente, lo que la ley rechaza es que tal derecho sea "objeto de una convención", y hemos dejado establecido que al así expresarse, la ley ha aludido, sin duda, al objeto de la obligación.

Y en el caso en examen □partiendo de la base sentada por la justicia de que la carta mencionada contenía un contrato, afirmación que ha sido rebatida con poderosos argumentos, pero que no nos corresponde analizar aparece claro que la convención engendró dos obligaciones: la de la joven que fue a París a cuidar a su tía anciana, y que tenía por objeto un hecho positivo: servir a su pariente en la forma convenida ; y la de fa promitente, de renumerar ampliamente esos servicios, cuyo objeto era la remuneración, o sea, la cantidad de dinero con que ella se haría. No puede, pues, sostenerse que la convención recayera sobre el derecho de suceder a la anciana, puesto que ella en ninguna parte del contrato sostuvo que remuneraría a la joven designándola heredera o legataria.

Quienes piensan que tal pacto versó sobre una sucesión futura, se basan en los términos de la carta que dicen "yo no tengo herederos"; de donde deducen la voluntad de la promitente de pagar los servicios después de su muerte.

Pero tal pretensión no puede aceptarse. La voluntad de la señora está manifestada en forma expresa en la frase que promete "recompensar tu sacrificio y asegurarte tu

¹¹⁵ Rev. de D. y J., T. XXVI, Parte II, Sec. la., pág. 484.

¹¹⁶ Ver pág. 35, N° 49. Rev. de D. y J., T. VII, Parte II, Sec. la. pág. 5.

porvenir con gran parte de mi fortuna", en donde de ninguna manera se deja en claro que la remuneración se haría después de la muerte. La alusión a los herederos no puede interpretarse en el sentido de que se refería a la institución de una asignación testamentaria, porque no hay razón poderosa que así haga pensar y porque parece evidente que con ella sólo se quiso dar a entender la razón del pedido hecho a la joven para que se trasladara a Paris a cuidarla, petición que se encontraba plenamente justificada con la falta de herederos o parientes cercanos, y por el gran cariño que le profesaba, como se dice en la misma carta.

Por todo ello, nos parece acertada la resolución del Tribunal Supremo que declaró "que el contrato no versó de ninguna manera sobre una sucesión no abierta: porque si bien en su texto la señora Real de Azúa expuso que carecía de herederos, lo hizo indudablemente, no para que el todo o parte de su herencia sirviera de objeto o materia de convención, sino para indicar de un modo insinuante o la magnitud de la recompensa prometida por los "sacrificios" que solicitaba de la señorita Mandiola, o posiblemente para dar a entender que dichos sacrificios podían ser pagados, no sólo en cualquier forma legal, sino también en la de una asignación testamentaria; pero en todo caso aparece de resalto que el derecho de la señorita Mandiola a la recompensa prometida no quedó subordinado a una asignación de esta naturaleza, ir, por consiguiente, el pacto que acusa la carta no adolece de objeto ilícito, como se pretende".

120.- Jurisprudencia

En otras oportunidades, en que se ha querido fundamentar una nulidad en pretendidos pactos relativos al derecho a suceder a una persona viva, los jueces han sabido aplicar los artículos pertinentes y dejar en claro que no hay tales convenciones ilícitas:

En la cesión de su expectativa, hecha por el beneficiario de un seguro de vida, antes de la muerte del asegurado, la Corte de Concepción declaró que no hay objeto ilícito en conformidad al artículo 1463, ya que tal disposición no es aplicable porque "si bien la obligación contraída por la Compañía aseguradora sólo ha podido tener efecto en virtud de la muerte del asegurado, el derecho correlativo de exigir el pago de esa suma no importa una asignación por causa de muerte, sea testamentaria o Ab□intestato, a título universal o singular, puesto que la sucesión mortis causa es la transmisión de todo o parte de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles pertenecientes al difunto y éste ninguna opción tenía en vida al valor del seguro (¹¹⁷).

Es evidente, como muy bien lo dice el fallo, que el monto del seguro no formaba parte del patrimonio del causante y que la muerte del asegurado sólo significaba el cumplimiento del evento necesario para su adquisición definitiva por el beneficiario. Tratándose, entonces, de una cuestión ajena a la sucesión por causa de muerte, era del todo inaplicable el art. 1463.

En sentencia de 1934 se resolvió que la separación de bienes pactada sobre todos aquellos que la mujer adquiriera durante el matrimonio por donación, herencia o legado, no

¹¹⁷ Gaceta. Año 1888. Tomo II, pág. 766, sent. 2697.

infringe el art. 1463 porque no se refiere al derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, que es lo que tal disposición prohíbe. que sea objeto de convenciones (¹¹⁸).

Indiscutible nos parece esta afirmación, puesto que la alusión a los bienes que se adquieran por herencia o legado sólo tiene por fin, como oportunamente lo establecimos (¹¹⁹), determinar el objeto de la separación de bienes y no significa en caso alguno pacto sobre sucesión no abierta. Muy por el contrario, la determinación se producirá cuando el cónyuge haya adquirido el bien por donación, herencia o legado, o sea con posterioridad a la apertura de la sucesión. Mal puede pues sostenerse que e1 pacto se refiere a una herencia no deferida.

121.– Fallos sobre declaraciones unilaterales de voluntad.

Y en lo que dice relación con declaraciones unilaterales de voluntad referentes a una sucesión no abierta, nuestros jueces también han aplicado las disposiciones del caso con acierto.

En 1863 se declaró que la renuncia hecha ,por un legitimario de lo que podría tocarle en una sucesión, a cambio de una suma de dinero, es nula por tener objeto ilícito (¹²⁰).

En los años 1871 y 1872 se resolvió de idéntica manera, pero citando como fundamentos de las sentencias las disposiciones de las Partidas, por tratarse de renunciaciones hechas con anterioridad a la vigencia del Código. Tales leyes contenían también normas similares, que impedían renunciar válidamente una asignación antes de la delación de la herencia (¹²¹).

CAPITULO III. ENAJENACION DE LAS COSAS ENUMERADAS EN EL ARTICULO 1464

SECCION I. EL TERMINO "ENAJENACION" EN EL ART. 1464.

PARRAFO I. □ Concepto de "enajenación".

¹¹⁸ Rev. de D. y J., T. XXXI, Parte II; Sec. la., pág. 337.

¹¹⁹ Ver pág. 27, N° 47.

¹²⁰ Gaceta. Año 1863, pág. 753, sent. 1984.

¹²¹ Gaceta. Año 1871, pág. 465, sent. 819. Gaceta. Año 1872, pág. 1744, sent. 4219.

122.– El art6. 1464 es el de mayor interés sobre objeto ilícito.

Este artículo es, sin lugar a dudas, el de mayor interés entre los que se refieren al objeto ilícito, porque alude a situaciones de gran aplicación práctica y que han dado lugar a numerosa y variada jurisprudencia. Contiene, además, cuestiones doctrinarias de indiscutible importancia y que analizaremos junto con el estudio crítico de las sentencias.

123.– Significado de enajenación.

Comienza el artículo con la frase "hay un objeto ilícito en la enajenación", y ella contiene la primera cuestión de interés: ¿qué sentido tiene en este artículo la palabra "enajenación"?

Jurídicamente, dicho término tiene dos acepciones, una amplia y otra restringida. Puede significar **todo acto por el cual una persona transfiere a otra el dominio del todo o parte de una cosa o constituye sobre ella, un derecho real que limita su dominio; o bien, el acto que tiene por objeto la transferencia de dominio.**

124.– Acepción que tiene en el art. 1464.

¿En cuál de estas acepciones está tomada en el artículo 1464?

La mayoría de los tratadistas opinan que en el sentido amplio, basándose para ello en una nota de Bello en que parece así opinar, y en la lógica, que indica que para conseguir los propósitos perseguidos por el legislador al prohibir o limitar la enajenación, debe dársele tal acepción, ya que de otra manera tales propósitos quedarían muchas veces burlados. Así por ejemplo, si la hipotecación quedara al margen del art. 1464 y fuera lícito hipotecar un bien embargado, sería muy fácil burlar los derechos del acreedor realizando tal operación que no podría ser atacada, por no constituir enajenación.

Sin embargo, para sostener la doctrina contraria hay argumentos también poderosos. Como con razón advierte Amunátegui (¹²²), hay muchas disposiciones del Código en que aparece con toda claridad que la palabra "enajenación" está empleada en su sentido restringido, razón por la cual parece racional que en el 1464 se le haya dado igual significado. El art. 144, v. gr., habla de "enajenar o hipotecar los bienes raíces de la mujer"; el 303 dice que "el menor habilitado de edad no podrá enajenar o hipotecar sus bienes raíces el art 393 dispone que "no será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos, etc.". En términos semejantes se expresan los arts. 1135 y 1754.

Pero parecen más convincentes las razones para aceptar la tesis primeramente, enunciada, la cual, en efecto, ha sido la que la jurisprudencia ha hecho suya con poquísimas excepciones contenidas siempre en sentencias de) siglo pasado.

125.– La jurisprudencia, desde antiguo, le ha dado en este artículo su

¹²² Amunátegui R., Miguel Luis. Imperfecciones y erratas manifiestas de la edición auténtica del C. Civil, T. I., pág. 92.

sentido amplio.

En los primeros años de vigencia del Código, numerosos fallos se pronuncian por el sentido amplio de la palabra, pero sin dar para esa opinión ningún fundamento y casi más bien porque la ignorancia del alcance exacto del término enajenación hasta llegar a hacerlo comprensivo de compra-venta, como pronto veremos les impedía vislumbrar siquiera una diferencia de alcances entre enajenación, gravamen, hipoteca o prenda.

Así en 1859 se declara que no puede hipotecarse válidamente un bien embargado sin autorización judicial (¹²³) en 1863 se anulan por objeto ilícito varias hipotecas constituidas sobre un inmueble embargado, sin autorización del juez ni consentimiento del acreedor (¹²⁴) en 1865 se resuelve en idéntica forma en tres oportunidades (¹²⁵); en 1879 se anula también la hipotecación de un bien cuya enajenación estaba prohibida (¹²⁶); en 1883 se accede a lo solicitado por el embargante de un bien raíz en el sentido de que se impida la inscripción de una hipoteca posterior, por adolecer ella de objeto ilícito en conformidad al art. 1464 (¹²⁷) en 1885 se concede autorización, por el juez de la causa, para hipotecar una propiedad impedida de enajenar (¹²⁸); y en 1886 se establece que no hay diferencias entre la hipoteca y la enajenación (¹²⁹).

126.– Fallos que fundamentan esta acepción.

Hay, sin embargo, en esta época algunos fallos que aluden a la razón que los lleva a comprender la hipoteca en la enajenación

En 1867 se anula una hipoteca de un bien embargado, en conformidad al art. 1464 del C. Civil, porque aun cuando la disposición habla sólo de "enajenar", de acuerdo con el art. 2414 "no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación" (¹³⁰).

Errado nos parece este fundamento: el art. 2414 es, precisamente, uno de los que distingue entre enajenación e hipoteca y da, por lo tanto, al primer concepto, su alcance restringido; y la circunstancia de que exija en ambos casos los mismos requisitos, tampoco justifica esa interpretación porque parece evidente que la norma alude a los

¹²³ Gaceta. Año 1859, pág. 966, sent. 1583.

¹²⁴ Gaceta. Año 1863, pág. 194, sent. 520.

¹²⁵ Gaceta. Año 1865, pág. 894, sent. 2197. Gaceta. Año 1865, pág. 521, sent. 1236. . Gaceta. Año 1865, pág. 737, sent. , 1796.

¹²⁶ Gaceta. Año 1879, pág. 393, sent. 590.

¹²⁷ Gaceta. Año 1883, pág. 557, sent. 1084.

¹²⁸ Gaceta. Año 1885, pág. 785, sent. 1302.

¹²⁹ Gaceta. Año 1886, pág. 1508, sent. 2426.

¹³⁰ Gaceta. Año 1867, pág. 404, sent. 975.

requisitos relativos a la capacidad para, enajenar, que es lo que está reglamentando, y no a los exigidos en ciertas enajenaciones especiales y que nada tienen que ver con la aptitud jurídica de las partes.

Una sentencia de 1868, en forma mucho más acertada fundamenta la nulidad de la hipoteca de una cosa litigiosa, estableciendo que el art. 1464 es aplicable a la hipoteca porque de otro modo se haría ilusorio todo juicio y porque la hipoteca es una especie de enajenación (¹³¹). Un fallo del año 1880, repite este último considerando y lo hace extensivo a la prenda (¹³²).

127.– Sentencias que le han dado su sentido restringido.

En esta época encontramos las dos únicas sentencias que se inclinan por la interpretación restringida del término enajenación. Aun cuando creemos que no es éste su alcance verdadero en el art. 1464, es digna de destacarse la exactitud de los fundamentos en que se basan, más técnicos, sin duda, que los de los fallos anteriores, aunque menos exactos en su conclusión, lo que no les quita mérito en una cuestión de suyo discutible y en que pueden sostenerse con probabilidades de éxito, ambas soluciones

En 1867 – sólo diez años después de promulgado el C. Civil – se falla que no hay objeto ilícito en la hipoteca de un bien embargado, en conformidad al art. 1464, porque esta disposición sólo se refiere a la "enajenación", palabra que en sentido natural y obvio significa transmisión, de la propiedad o dominio de una persona a otra, y la hipoteca, según la propia definición que de ella da el art. 2407 del mismo Código, no es transmisión del dominio sino un simple derecho de prenda sobre inmueble, conclusión que aparece reforzada por lo que estatuye el art. 2414 al exigir; para hipotecar, la misma capacidad que para enajenar, con lo cual demuestra que ambos términos no significan una sola cosa ni que uno comprende al otro (¹³³).

La argumentación es perfectamente ajustada a la ley y creemos que hoy día difícilmente podría agregarse algo nuevo para sostener esta doctrina. Es también interesante advertir que el último fundamento es el mismo que diera otra sentencia para pretender justificar la inclusión de la hipoteca en el concepto de enajenación. En la crítica que a ese fallo hicimos, dimos al art. 2414 igual significación que la sentencia que comentamos.

Sin embargo, esta resolución dictada por el Juez de Chillan, Sr. Fernández, fue revocada por la Corte de Concepción que sostuvo, una vez más, que el art. 2414 del C. Civil exige para la constitución de hipotecas "los mismos requisitos que para la enajenación de bienes raíces".

En un fallo de la Corte de La Serena de 1882, se afirma también que el art. 1464

¹³¹ Gaceta. Año 1868, pág. 168, sent. 322.

¹³² Gaceta. Año 1880, pág. 24, sent. 35.

¹³³ Gaceta., Año 1867, pág. 1348, sent. 2608.

alude a la enajenación y que, por lo tanto, no hay objeto ilícito en la hipotecación de un bien embargado, por no referirse dicho artículo a la hipoteca (¹³⁴).

128.– La jurisprudencia moderna también le da la acepción amplia.

Con posterioridad, la jurisprudencia confirma su apreciación de que el concepto "enajenación", dentro del art. 1464, está empleado en su sentido amplio, y ya en forma definitiva, puesto que no aparece ninguna sentencia que sostenga la doctrina contraria:

En fallo de 1904, la Corte Suprema dictamina que hay objeto ilícito, en conformidad al art. 1464, en la hipoteca de bienes embargados (¹³⁵) y el mismo año se resuelve que también lo hay en la hipoteca de bienes prohibidos de enajenar (¹³⁶).

Algunas de estas sentencias fundamentan su resolución y entre ellas las hay que lo hacen erradamente, y otras, con corrección:

En 1915 se dice que la enajenación, comprende a la hipotecación, porque "sólo puede hipotecar el que tiene facultad para enajenar" (¹³⁷). Como ya lo dijimos, no se ve cómo el hecho de que la ley exija la misma capacidad para dos actos, puede significar que uno de ellos comprende al otro.

Pero algunos años después, la Corte Suprema dice que la palabra "enajenación" en el art. 1464, "debe entenderse en su acepción más comprensiva, es decir, como el acto por el cual se transfiere a otro la propiedad u otros derechos reales sobre una cosa, a cualquier título" (¹³⁸), y la Corte de Talca declara en 1930 que el sentido natural y obvio de "enajenación", según se desprende del contexto general de la legislación, es el de transferencia de la propiedad, a cualquier título, pero que en un sentido más amplio comprende también a los actos que significan constitución de gravámenes, razón por la cual hay objeto ilícito en el empeño de bienes embargados (¹³⁹).

129.– La hipoteca es enajenación desde que se inscribe.

Establecido que la hipoteca está incluida en el concepto de enajenación del art. 1464, es necesario evidenciar que cualquiera que sea la doctrina que se sustente sobre el contrato hipotecario, tal derecho real constituye enajenación solamente desde que se inscribe en el Conservador de Bienes Raíces.

En efecto, si se piensa que la inscripción es solemnidad del contrato y tradición del

¹³⁴ Gaceta. Año 1882, pág. 20, sent. 25.

¹³⁵ Rev. de D. y J., T. II, Parte II, Sec. la., pág. 286. Gaceta. Año 1905, pág. 435, sent. 284.

¹³⁶ Gaceta. Año 1905, pág. 945, sent. 602.

¹³⁷ Gaceta: Año 1916, T. II, pág. 21, sent. 8.

¹³⁸ Rev. de D. y J., T. XVII, Parte, Sec. la., pág. 207.

¹³⁹ Rev. de D. y J., T. XXVIII, Parte II, Sec. 2a., pág. 1.

derecho real, quiere decir que junto con perfeccionarse aquél, nace el derecho real, se limita el dominio y se produce la enajenación; y si se considera que el contrato queda perfecto con la sola escritura pública y que la inscripción es únicamente tradición del derecho real, tenemos también .que en el momento de practicarse ésta, se produce la enajenación.

De las sentencias que citamos, la generalidad no resuelve específicamente la cuestión porque. en los casos a que ellas se refieren, el embargo fue siempre anterior al contrato mismo y a la inscripción de la hipoteca. Pero en los dos únicos fallos que hemos encontrado en que el. problema se resuelve concretamente, se lo hace en la forma que indicamos y que parece indiscutible.

130.– Así lo ha entendido la jurisprudencia.

Así, en sentencia de 1881, se resolvió que celebrado un contrato hipotecario antes de un embargo, pero inscrita la hipoteca con posterioridad a él, hay objeto ilícito porque la fecha de la hipoteca es la de la inscripción, de conformidad a lo que dispone el art. 2410 (¹⁴⁰).

El año 1935 la Corte Suprema falló que hay objeto ilícito en la celebración de un contrato hipotecario respecto de un inmueble embargado, si al inscribirse la hipoteca ya se había alzado el embargo, porque el contrato hipotecario sólo se perfecciona en el momento de la inscripción y la sola escritura no concede ningún derecho al acreedor. No se infringe, pues, ninguna disposición al otorgar la sola escritura existiendo embargo vigente (¹⁴¹).

Es interesante destacar que ambas sentencias difieren en cuanto a la apreciación jurídica de la inscripción de la hipoteca, puesto que mientras la primera da a entender que el contrato hipotecario queda perfecto con la sola escritura e independientemente de la inscripción; la segunda establece que la inscripción es también solemnidad y que sólo con ella se perfecciona el contrato.

Sin embargo, y en plena concordancia con lo que hemos expresado, ambas concluyen afirmando que la hipoteca constituye enajenación desde que se inscribe y no antes.

131.– Crítica a un fallo.

Hipotecado un bien prohibido de enajenar, la nulidad absoluta por. objeto ilícito, no desaparece ni la hipoteca se revalida por la sola circunstancia de haberse alzado con posterioridad la prohibición; porque la nulidad absoluta no se sana por la ratificación. Es por ello inaceptable la doctrina sentada por un juez□ de Santiago que en caso similar al ejemplo puesto, determinó que la hipoteca "se revalidó por la calificación tácita de los interesados que no han reclamado hasta la fecha". Con razón, la Corte de Apelaciones revocó el fallo (¹⁴²).

¹⁴⁰ Gaceta. Año 1882, pág. 20, sent. 25.

¹⁴¹ Rev. de D. y J., T. XXXII, Parte II, Sec. Ia., pág. 474

132.– ENAJENACION VOLUNTARIA Y ENAJENACION FORZADA.

El art. 1464 sanciona con objeto ilícito la enajenación de ciertas cosas, sin agregar al término enajenación ningún adjetivo que permita comprender si él se refiere a alguna categoría especial de tales actos o a todos ellos. Debido a esta circunstancia existe diversidad de criterios para apreciar si el art. 1464 se refiere solamente a las enajenaciones convencionales y voluntarias, o si comprende también a las que se hacen forzosamente, por ministerio de la justicia.

Este problema carece de interés en los dos primeros números del artículo, puesto que aluden a cosas absolutamente inenajenables, razón por la cual no es posible que pueda presentarse el caso de una enajenación forzada con relación a ellos. Pero no sucede lo mismo con los números 3º. y 41. □y muy principalmente con el Nº. 3□ dentro de los, cuales es perfectamente posible y es en la práctica de ordinaria ocurrencia, que se enajenen forzosamente cosas embargadas o prohibidas de enajenar, Por tal razón, nos referiremos con detenimiento a este punto cuando estudiemos esos números en particular.

PARRAFO II .— La adjudicación entre comuneros no es enajenación

133.– Cuándo existe comunidad.

Existe comunidad cuando dos o más personas ejercen simultáneamente derechos de igual naturaleza sobre una misma cosa o sobre un mismo conjunto de cosas. Por ejemplo, si Juan y Pedro son dueños del fundo "El Porvenir" por haberlo heredado de su padre, existe entre ellos una comunidad.

La comunidad nace generalmente de un cuasi contrato, o sea, de un hecho voluntario pero no convencional que engendra derechos y obligaciones, aun cuando puede tener su origen en una convención. En el ejemplo que proponíamos, ella habría nacido de la aceptación de la herencia por parte de Juan y Pedro.

De acuerdo con el art. 1317 del C. Civil, "ninguno de los consignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión: la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los consignatarios no hayan estipulado lo contrario"; y en este caso no puede estipularse indivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto".

Es. entonces evidente que, generalmente, debe llegar un momento en que haya que proceder a la partición de la comunidad, esto es, a su terminación mediante el reparto entre los comuneros de los bienes que la forman. Y el acto por el cual el derecho que cada uno tenía en la totalidad de la cosa, singular o universal, se singulariza o determina en forma exclusiva con relación a un bien, es lo que se llama adjudicación. En otras palabras, se adjudica un bien a un comunero cuando se hace radicar su derecho sobre la totalidad, en un bien determinado que pasa a ser exclusivamente suyo.

¹⁴² Gaceta. Año 1879, pág. 393, sent. 590.

Y es aquí donde surge el problema que interesa a nuestro estudio: esta adjudicación entre comuneros, ¿constituye o no enajenación? Si se concluye afirmativamente, la adjudicación entre comuneros de alguna de las cosas señaladas en el art. 1464, adolecerá de objeto ilícito, lo que no sucederá si la conclusión es negativa.

Los tratadistas coinciden hoy en que la adjudicación, en la legislación positiva chilena, no es ni puede ser enajenación, pero antes hubo al respecto diversidad de opiniones.

134.- Por qué la adjudicación no es enajenación.

De varias disposiciones del Código Civil aparece evidente que la adjudicación no es enajenación: dispone el art. 718 que "cada uno de los partícipes de una cosa. que se poseía pro indiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión"; el 1344 agrega que cada asignatario se reputara haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido. y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión; y finalmente, el art. 2417 establece que "el comunero puede, antes de la división, hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca".

De estas tres normas aparece con toda claridad que por la adjudicación el comunero no adquiere el dominio de la cosa que se le adjudica y que, por el contrario, se reputa que ha sido suyo exclusivamente durante la indivisión. Tal acto, en consecuencia, no puede constituir enajenación desde que se limita a determinar la parte indeterminada que antes de la partición, tenía cada comunero en la masa que se ha partido.

El artículo que en un comienzo dio origen a dificultades, es. el 703; que dice en sus incisos 3° y 4°, refiriéndose a los títulos:

"Son translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.

Pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición".

Este artículo dice en forma que no puede discutirse, que la adjudicación es título translaticio de dominio, o sea, de aquellos que por su naturaleza habilitan para adquirirlo, con lo cual da a entender que constituye enajenación.

Los autores han tratado por todos los medios de buscar ajuste a este precepto para tratar de armonizarlo con las normas que antes citamos, que constituyen un verdadero sistema dentro del Código y que están en pugna total con el artículo 703. Creemos que tal pretensión no puede tener éxito ante la letra tan clara de la disposición y debe concluirse que ella es un error del Código (¹⁴³) : la contradicción entre el art. 703 por un lado y los arts. 718, 1344 y 2417, por el otro, es insubsanable. Para poder mantener la debida armonía y correspondencia entre las diversas partes de la ley, no hay más que desentenderse del inc. 4° del art. 703 y concluir que nuestro Código acepta que la adjudicación es título declarativo y que, en consecuencia, ella no constituye enajenación.

135.– La jurisprudencia sobre la materia ha sufrido una clara.

La jurisprudencia sobre esta materia muestra en forma muy clara la evolución sufrida por la doctrina y que ella recoge fielmente: en un comienzo ante el mandato del art. 703, se declara que hay objeto ilícito, por tratarse de enajenación, en la adjudicación de alguno de los bienes a que se refiere el art.1464; pero, posteriormente, se prescinde de ese artículo y se establece que la adjudicación es simplemente declarativa de dominio y no constituye, por eso, enajenación. Esta doctrina es la que hoy aceptan nuestros tribunales en forma unánime.

136.– Las sentencias más antiguas la consideran enajenación.

Efectivamente, en sentencia de los años 1880 y 1881, se declara que la adjudicación hecha a uno de los cónyuges en la liquidación de la sociedad conyugal, constituye enajenación y, por lo tanto, hay en ella objeto ilícito si había embargo anterior (¹⁴⁴).

De acuerdo con el art. 1776 del C. Civil, "la división. de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios", de donde se deduce que es aplicable en tal caso el art. 1344 y que, por consiguiente, la partición de los bienes sociales produce efectos declarativos. Dichos fallos son, pues, profundamente errados, ya que "las adjudicaciones de los bienes sociales (muebles o inmuebles, corporales o incorporales) a favor de los cónyuges o sus herederos, aunque se hagan en pública subasta y su precio se pague al contado, no importan enajenación de un cónyuge a otro, sino la, determinación o singularización de un derecho poseído en común" (¹⁴⁵).

En sentencia de 1881, un juez de Talca sostiene la misma doctrina y la funda expresamente en el art. 703 que según sostiene al declarar que la adjudicación en juicio divisorio es título translativo de dominio, dice claramente que ella constituye enajenación (¹⁴⁶). La Corte de Santiago revoca este fallo por consideraciones que no nos toca analizar, pero acepta íntegramente que la adjudicación hecha habiendo embargo anterior, adolece de objeto ilícito.

137.– Hay, sin embargo, una de la época que dice que no es enajenación.

¹⁴³ El art. 836 de Proyecto Inédito, correspondiente al actual 703, enumeraba entre los títulos translativos de dominio a las adjudicaciones judiciales con lo cual guardaba la debida armonía con las disposiciones citadas, y acogía la verdadera doctrina. La Comisión Revisora, por pretender perfeccionar el precepto, aludió a las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y a los actos legales de partición, e incurrió así en el grave error que hemos analizado, el cual, por consiguiente, no puede atribuirse a don Andrés Bello.

¹⁴⁴ Gaceta. Año 1881, pág. 479, sent. 758. Gaceta. Año 1881, pág. 1572, sent. 2830. Gaceta. Año 1882, pág. 944, sent. 1671.

¹⁴⁵ Alessandri R., Arturo. Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada. N° 51, pág. 576.

¹⁴⁶ Gaceta. Año 1882, pág. 1068, sent. 1935.

En 1886 encontramos la primera sentencia precursora de lo que después se aceptará unánimemente que falla "que en la adjudicación de una cosa común a alguno de los comuneros no hay transferencia de dominio, pues que la ley presume que el adjudicatario ha poseído exclusivamente la cosa adjudicada sin participación con los demás comuneros, durante la indivisión, según el art. 718 del C.Civil", y que "el asignatario no hace más que concentrar en los bienes que le caben en partición, los derechos cuotativos que tenía sobre los bienes indivisos" (¹⁴⁷).

Este fallo de la Corte Suprema que lleva, la firma de los Ministros señores Covarrubias, Cousiño, Abalos y Ballesteros, contrariando toda la jurisprudencia de la época, se ajusta estrictamente a la ley y a la doctrina.

138.– Posteriormente, la jurisprudencia se inclina definitivamente en este sentido.

Ya en este siglo, la jurisprudencia se inclina en forma definitiva hacia esta solución y establece que no hay objeto ilícito en la adjudicación, porque no le es aplicable el art. 1464 que sólo se refiere a las enajenaciones, concepto que no comprende a las adjudicaciones.

En 1902 se falla por segunda vez en este sentido y se declara que no hay objeto ilícito en la adjudicación de un bien raíz prohibido de enajenar, "porque aquélla no es acto de enajenación" (¹⁴⁸); y en 1904 la Corte Suprema sella nuevamente con su autoridad esta doctrina y fundamenta una sentencia en los arts. 718 y 1344 del C. Civil, concluyendo que de estas disposiciones resulta que la división de la masa hereditaria no constituye una enajenación de comunero a comunero, sino una simple determinación y singularización de lo que pertenece a cada uno en la universalidad de bienes del antecesor, título que se refiere a la trasmisión del dominio ya efectuado del antecesor al sucesor", y "que por el mismo fundamento, la adjudicación entre herederos no se encuentra comprendida en la enajenación de bienes embargados a que se refiere el art. 1464 del C. Civil". (Considerandos 5° y 6° de la sentencia) (¹⁴⁹).

Confirmando la doctrina, en 1907 la Corte de Talca establece que la adjudicación hecha a un comunero no es enajenación y que, por lo tanto, es válida aún cuando se haga existiendo prohibición de gravar y enajenar (¹⁵⁰); y que no hay objeto ilícito en la adjudicación de un inmueble al comprador de la cuota de un comunero, aun cuando hay embargo y prohibición de enajenar vigentes (¹⁵¹).

¹⁴⁷ Gaceta, Año 1887, pág. 705, sent. 1198.

¹⁴⁸ Gaceta. Año 1903, pág. 1122, sent. 1064.

¹⁴⁹ Rev. de D. y J., T. L, Parte II, pág. 395.

¹⁵⁰ Gaceta. Año 1907, pág. 836, sent. 1117. Rev. de D. y J., T. V., Parte II, Sec. 2a., pág. 105.

¹⁵¹ Gaceta. Año 1907, pág. 1016, sent. 1243. Rev. de D. y J., T. VI, Parte II, Sec. 2a., pág. 49.

Posteriormente, la jurisprudencia se hace uniforme y definitiva y son numerosas las sentencias que establecen que la adjudicación entre comuneros no constituye enajenación (¹⁵²).

139.– evolución. Hay algunos fallos que insisten en lo contrario.

Hay, sin embargo, algunos fallos □muy escasos y aislados□ que han mantenido la doctrina contraria pero que han sido revocados por los Tribunales Superiores. Tal sucede con dos de las sentencias que recién citamos, que en segunda y primera instancia, respectivamente, sostuvieron que la adjudicación era enajenación, según lo dispuesto en el art. 703 del C. Civil (¹⁵³).

PARRAFO III .— La venta no es enajenación

140.– Qué es la venta.

De acuerdo con el art. 1793 del C. Civil. "la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio".

De esta definición puede deducirse que una persona vendé una cosa, cuando se obliga a darla a cambio del precio que por, ella le pagarán.

Establecido dejamos que la enajenación es el acto por el cual una persona transfiere a otra el dominio del todo o parte de, una cosa o constituye sobre ella un derecho real que limita su dominio, o por lo menos, el acto que tiene por objeto transferir el dominio; de modo que es evidente que la venta no es enajenación desde que por ella el vendedor no transfiere su dominio ni lo limita con un gravamen real, sino que únicamente se obliga a transferirlo con posterioridad. La enajenación reside, entonces, en la tradición que sigue a la compra□venta y mediante la cual se da cumplimiento a las obligaciones contraídas por el vendedor, quien transfiere su dominio al comprador.

141.– La jurisprudencia antigua la consideraba enajenación.

Sin embargo de ser esta disposición tan clara, no siempre nuestra jurisprudencia la ha entendido así y hasta no hace muchos años, anuló por objeto ilícito la venta de las cosas señaladas en el art. 1464 y fundándose exclusivamente en esa disposición, decidiendo así que la venta es enajenación.

La mayoría de las sentencias que así resuelven, no pretenden demostrar que la venta sea enajenación, sino que lo dan por establecido y□ declaran la nulidad de venta de alguna de las cosas contenidas en el 1464, diciendo sólo que en conformidad a esa disposición, hay objeto ilícito en la enajenación de tales cosas.

¹⁵² Gaceta. Ario 1915, pág. 1104 sent. 429. Gaceta. Año 1920, T. I., pág. 523, sent. 109. Gaceta Año 1921, T. I., pág. 951, sent. 225. Gaceta. Año 1932, T. II., pág. 486, sent. 125.

¹⁵³ Gaceta. Año 1917, T. II, pág. 454, sent. 150. Gaceta. Año 1932. T. II, Pág. 486, sent, 125.

Numerosos son los fallos que así se expresan

En 1858 se declara nula la venta de la cosecha de la viña de un fundo, porque ha habido objeto ilícito en su enajenación (¹⁵⁴); posteriormente se anula la venta de los licores, productos de una chacra embargada (¹⁵⁵), y se establece que hay objeto ilícito en la venta de cosa embargada (¹⁵⁶).

En los años 1867, 1868, y 1869, se anulan, respectivamente, la venta de un fundo prohibido de enajenar, aun hecha en remate (¹⁵⁷); la venta de una cosa prohibida de enajenar (¹⁵⁸); y se declara que hay objeto ilícito en la venta y exvinculación de una casa, hecha mientras se discutía la propiedad de la capellanía (¹⁵⁹).

En 1870 se decide que debe considerarse que hay enajenación en la venta de una cosa embargada por decreto judicial y por lo tanto, objeto ilícito (¹⁶⁰), y en 1873 se anula por objeto ilícito la venta □ que es enajenación □ de un bien embargado (¹⁶¹). Lo mismo se resuelve en 1874 (¹⁶²) y en 1875, en dos oportunidades (¹⁶³) (¹⁶⁴).

En 1876 se decide que hay objeto ilícito en la venta de cosas embargadas, en conformidad a lo que dispone el art. 464 (¹⁶⁵), y tres años más tarde se sostiene la misma doctrina, fundándola siempre en el art. 1464, en dos oportunidades distintas (¹⁶⁶) (¹⁶⁷).

¹⁵⁴ Gaceta. Año 1858. sent. 1553.

¹⁵⁵ Gaceta. Año 1865, pág. 50, sent. 126.

¹⁵⁶ Gaceta. Año 1866, pág. 382, sent. 844.

¹⁵⁷ Gaceta. Año 1867, pág. 200, sent. 485.

¹⁵⁸ Gaceta. Año 1869; pág. 514, sent. 1140.

¹⁵⁹ Gaceta. Año 1869, pág. 1009, sent. 2366

¹⁶⁰ Gaceta. Año 1870, pág. 60, sent. 142.

¹⁶¹ Gaceta. Año 1873, pág. 1261, sent. 2782.

¹⁶² Gaceta. Año 1874, pág. 1490, sent. 3120.

¹⁶³ Gaceta. Año 1875, pág. 278, sent. 598.

¹⁶⁴ Gaceta. Año 1875, pág. 1073, sent. 2539.

¹⁶⁵ Gaceta. Año 1876, pág. 387, sent. 782.

¹⁶⁶ Gaceta. Año 1879, pág. 764, sent. 1113.

¹⁶⁷ Gaceta. Año 1879, pág. 1081. sent. 1556.

142.– Fallo que funda esta doctrina.

Ese mismo año, se dicta por el juez de Concepción, Sr. Escobar, un fallo que, confirmado por la Corte respectiva, mantiene la misma doctrina y que es interesante de analizar porque no afirma, como casi todos los demás, que la venta es enajenación, en forma axiomática, sino que, por el contrario, pretende fundamentarla en algunos considerandos que contienen graves errores jurídicos:

.Resuelve que en la venta de un bien raíz hecha antes de que se embargue, no hay objeto, ilícito aun cuando la inscripción del contrato se haya hecho con posterioridad al embargo: 1) porque en conformidad al art. 703, inc. 3° del C. Civil, la venta es un título que sirve para transferir el dominio e importa, por consiguiente, una verdadera enajenación; 2) porque la compra-venta de inmuebles, según lo que dispone el art. 1801 del mismo Código, queda perfecta desde que se otorga la escritura pública; y 3) porque la inscripción de la escritura sólo importa la entrega legal del inmueble y, en consecuencia, a pesar de haberse practicado después de trabado el embargo, no puede viciar una enajenación que ya era perfecta (¹⁶⁸).

Basta recordar lo que hemos dicho acerca del significado de enajenación y tener presente que □ como lo reconoce el mismo considerando 1° □ la compra-venta sólo sirve o habilita para transferir el dominio, pero no significa en sí una transferencia, para apreciar los errores que este fallo contiene. Es también inconcebible la poca importancia que da a la inscripción de la escritura, la cual si bien es cierto que significa la entrega legal del inmueble, es, precisamente por esa razón; el acto que hace pasar el dominio del vendedor al comprador y constituye, en consecuencia, la enajenación.

143.– Otras sentencias que sostienen lo mismo.

En los años siguientes, en numerosas sentencias se insiste en la misma doctrina y así en 1881 (¹⁶⁹), 1883 (¹⁷⁰), 1884 (¹⁷¹), 1885 (¹⁷²), 1901, dos veces (¹⁷³), (¹⁷⁴), 1903 (¹⁷⁵), 1905, tres veces (¹⁷⁶), (¹⁷⁷), (¹⁷⁸), 1908 (¹⁷⁹), 1913 dos veces (¹⁸⁰), (¹⁸¹),

¹⁶⁸ Gaceta. Año 1879, pág. 1159, sent. 1644,

¹⁶⁹ Gaceta. Año 1881, pág. 978, sent. 1680.

¹⁷⁰ Gaceta. Año 1883, pág. 1027, sent. 1876.

¹⁷¹ Gaceta. Año 1884, pág. 882, sent. 1397.

¹⁷² Gaceta. Año 1885, pág. 1204, sent. 2009.

¹⁷³ Gaceta. Año 1901, pág. 1455, sent. 3309.

¹⁷⁴ Gaceta. Año 1901, pág. 1352, sent. 3380.

¹⁷⁵ Rev. de D. y J., T. I, Parte II, pág. 395.

1914, . dos veces (¹⁸²), (¹⁸³), 1915 (¹⁸⁴), 1918, tres veces (¹⁸⁵); (¹⁸⁶), (¹⁸⁷), y en 1919, otras tres veces (¹⁸⁸), (¹⁸⁹) y (¹⁹⁰) se anulan ventas por adolecer de objeto ilícito en conformidad al art. 1464.

En 1920, la Corte de Talca insiste en la misma doctrina en fallo que la Corte Suprema confirma, pero por razones diversas y sin aceptar la tesis sentada por los jueces de fondo (¹⁹¹).

144.– Sentencia sobre aclaración a una compra□venta.

Ese mismo año un juez de Santiago declara que es nula, por objeto ilícito, la escritura pública de aclaración de una compra□venta de bienes raíces, si se ha otorgado después de inscrita una prohibición de enajenar, aun cuando la escritura. que con ella se aclara sea anterior a la prohibición. La Corte revoca el fallo y establece .que tal escritura no es nula si "importa sólo la expresión del concepto que tenía el declarante acerca del alcance de la escritura de compra□venta" (¹⁹²). La Corte Suprema confirma esta tesis.

¹⁷⁶ Gaceta. Año 1905, pág. 133, sent. 105.

¹⁷⁷ Gaceta. Año 1905, pág. 667, sent. 426.

¹⁷⁸ Gaceta. Año 1905, pág. 851, sent. 537.

¹⁷⁹ Gaceta. Año 1908, pág. 879, sent. 603.

¹⁸⁰ Gaceta. Año 1913, T. II, pág. 1708, sent. 542.

¹⁸¹ Rev. de D. y J., T. XI, Parte II, Sec. la., pág. 431.

¹⁸² Gaceta. Año 1914, T. I., pág. 386, sent. 169.

¹⁸³ Gaceta. Año 1914, T. II, pág. 1123, sent. 402.

¹⁸⁴ Gaceta. Año 1915, T. III, pág. 1175, sent. 454.

¹⁸⁵ Gaceta. Año 1918, T. I, pág. 641, sena 113.

¹⁸⁶ Gaceta. Año 1918, T. I, pág. 1098, sent. 360.

¹⁸⁷ Gaceta Año 1918, T. II, pág. 1850, sent. 586.

¹⁸⁸ Gaceta. Año 1919, T. I, pág. 736, sent. 1225.

¹⁸⁹ Gaceta. Año 1919, T. I, pág. 952, sent. 1280.

¹⁹⁰ Gaceta. Año 1919, T. II, pág. 588, sent. 123.

¹⁹¹ Rev. de D. y J., T. XIX, Parte II, Sec. la., pág. 333.

Prescindiendo del error que significa la base de toda la argumentación: la nulidad de la venta de las cosas aludidas por el art. 1464; la doctrina del Tribunal de Alzada es, sin duda, más exacta porque no puede considerarse que la segunda escritura perfeccione el contrato ya perfeccionado por la primera sino que simplemente aclara el consentimiento ya prestado.

145.– Hay, sin embargo, fallos antiguos que afirman que la venta no es enajenación.

A pesar de todo, hay sentencias que aun cuando son las menos, fallan conforme a derecho y sientan la doctrina exacta y verdadera: la enajenación y la venta son dos cosas distintas, pues mientras aquélla es el acto por el cual se transfiere, a cualquier título, la propiedad u otros derechos reales, acto que tratándose de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el registro respectivo, la venta es solamente un contrato generador de obligaciones, que si bien obliga al vendedor a entregar la cosa vendida, no importa por sí solo la transferencia de ésta y por lo mismo, su enajenación.

En los últimos años esta tesis tan clara se ha impuesto y ya no se dictan sentencias que afirmen que la venta es enajenación.

Sin embargo, es interesante destacar que hay fallos antiguos que ya así lo habían establecido: en 1873 la Corte de Apelaciones de Concepción determina que celebrado un contrato de compraventa de bienes raíces y trabado con posterioridad un embargo, debe impedirse la inscripción del contrato porque ella significa enajenación, razón por la cual, de practicarse, adolecería de objeto ilícito en conformidad al art. 1464 (¹⁹³).

Algunos años después, en 1876, el mismo Tribunal, al revocar un fallo de primera instancia, vuelve a resolver de igual manera (¹⁹⁴).

Cabe destacar la precisión jurídica de tales sentencias dictadas por la misma Corte que en esa época resolvió, en otra circunstancia, cómo hemos visto. que la inscripción de la escritura de compra-venta no es más que la entrega legal de inmueble, de modo que aun hecha después de trabado un embargo, no puede viciar una enajenación ya perfecta.

Pero, esos fallos constituyen casos aislados. que permanecen sin ser imitados y que, por lo mismo, no alcanzan a formar jurisprudencia.

146.– La jurisprudencia actual así lo sostiene.

Está sólo se inicia en forma estable y definitiva el año 1918, por la Corte de Apelaciones de Valdivia.

La primera resolución de esta Corte, establece que el art. 1464 se refiere únicamente a la enajenación, por lo que no es aplicable a la compra-venta, que no tiene tal carácter.

¹⁹² Rev. de D. y J: T. XVIII, Parte II, Sec. Ia., pág. 97.

¹⁹³ Gaceta. Año 1873, pág. 1373, sent. 3836.

¹⁹⁴ Gaceta. Año 1876, pág. 1116, sent. 2186.

Por eso, si el contrato se ha celebrado habiendo un embargo, es siempre válido; y si al momento de inscribirse el contrato el embargo estaba alzado, este acto, la tradición, que constituye enajenación y se rige por el art. 1464, es también válido porque ya no había objeto ilícito en conformidad a esa disposición (¹⁹⁵).

Al año siguiente, el mismo Tribunal reitera su doctrina en fallo que es casado por la Corte Suprema, que decide que es nula por infringir los arts. 1464 y 1445 del C. Civil, la sentencia que declara válidos el remate de las acciones y derechos de un fundo y las escrituras públicas otorgadas para darle cumplimiento, si en la fecha en que esos actos se ejecutan, estaba vigente e inscrita la prohibición de gravar y enajenar tales derechos (¹⁹⁶).

La resolución del Tribunal de Casación no alude al art. 1810, de modo que lógicamente debe concluirse que considera a la venta incluida en los términos del art. 1464 y que, por lo tanto, le da el carácter de enajenación. Es ella la única manera de llegar a la conclusión de la Corte Suprema, si se prescinde del 1810.

En 1928, la Corte de Valdivia insiste por tercera vez en la verdadera doctrina y revoca una sentencia de primera instancia que había resuelto que el término enajenación que usa el art. 1464, es comprensivo de todo acto que signifique transferencia de dominio o constitución de un derecho real, como también dé los actos que tienden a transferir el dominio o limitarlo, entre los cuales cae la compra-venta. Los considerandos del Tribunal de Alzada son precisos y jurídicos: "Lo que la ley sanciona con nulidad absoluta dicen es la enajenación, o sea, el acto por el cual se transfiere a otra, a cualquier título, la propiedad u otros derechos reales sobre las cosas embargadas por decreto judicial, entendiéndose por tales los bienes retenidos o prohibidos de enajenar o gravar por orden del juez competente; que tratándose de bienes raíces, la enajenación en el caso de autos comprende el otorgamiento del título translaticio de dominio, la venta y la concurrencia del modo de adquirir, la tradición o la entrega de la cosa vendida, mediante la inscripción en el registro conservatorio respectivo. Sin ésta, sólo existe un contrato de compra-venta, perfecto si se han cumplido en su otorgamiento los requisitos legales, pero que no produce por sí solo el efecto de transferir el dominio. De modo que la ilicitud del objeto y consiguiente nulidad no provienen del solo otorgamiento del contrato, simple causa remota de la adquisición, sino desde el momento en que se ha consumado la enajenación por medio de la inscripción" (¹⁹⁷).

En un fallo del año 1929, dictado por el juez don Julio Zenteno y confirmado por la Corte de Concepción, parece sostenerse la misma doctrina. En efecto, adjudicada una propiedad en una ejecución, se otorgó la correspondiente escritura pública, la cual sólo fue inscrita en el Repertorio del Conservador respectivo, por haberse inscrito recién un embargo. Posteriormente, por orden del mismo juez que conoció del remate, se inscribió en el Registro de Propiedades, estando ya caducada la inscripción del Repertorio, y la

¹⁹⁵ Gaceta. Año 1918, Tomo de Mayo y junio, pág. 711, sent. 227.

¹⁹⁶ Rev. de D. y J., T. XVII, Parte II, Sec. la., pág. 207.

¹⁹⁷ Gaceta. Año 1928, T. II, pág. 1013, sent. 226,

sentencia que citamos, anuló la inscripción por significar enajenación de un bien embargado, pese a haberse hecho por orden judicial (¹⁹⁸).

En 1931 la Corte de Valdivia vuelve a fallar en igual sentido en sentencia que es casada por la Corte Suprema por razones que luego analizaremos, y fundamenta su resolución en términos semejantes a los del fallo antes citado. Dice en su considerando 71: "Que si bien existía prohibición de gravar y enajenar a la fecha de la convención respecto de la casa y sitio de la chacra de que se trata, hay que advertir que el art. 1464 del C. Civil, al disponer que hay objeto ilícito en la enajenación, entre otros casos, de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez la autorice o el acreedor consienta en e[lla], no se ha referido al contrato de compra-venta que importa sólo un título translaticio de dominio sino a la transferencia misma del derecho de propiedad que, tratándose de inmuebles, se verifica por la inscripción en el respectivo registro" (¹⁹⁹).

147.- ¿HAY OBJETO LICITO EN LA VENTA DE LAS COSAS QUE SEÑALA EL ARTICULO 1464?

La afirmación que distingue claramente entre la venta y la enajenación, no lleva siempre a la consecuencia de que la venta de las cosas señaladas en el art. 1464, es válida. .

Los dos primeros números del art. 1464 excluyen del comercio en forma absoluta a las cosas que señalan, de manera que aun cuando el precepto sólo habla de "enajenación", es evidente que no alude únicamente a los actos que la constituyen y que, en consecuencia, una compra-venta relativa a cosas inenajenables o a derechos personalísimos, no puede ser válida.

Con relación a las cosas embargadas y litigiosas, la situación es diversa: ellas han sido excluidas del comercio sólo en forma muy limitada, de modo que considerado aisladamente el art. 1464, parece indudable que pueden ser objeto lícitos de los actos que no constituyen enajenación, entre los cuales se encuentra la venta. Pero existe en el C. Civil el artículo 1810, ubicado en el título de la compra-venta, que dice lo siguiente: "Pueden venderse todas las cosas corporales o incorpóreas, cuya enajenación no esté prohibida por la ley". Esta es la disposición que ha dado origen a dificultades y que sirve de base a la doctrina, hoy aceptada por la Corte Suprema, que considera que hay objeto ilícito en la venta de las cosas contenidas en el art. 1464, tantas veces citado.

148.- Doctrina sentada por la jurisprudencia.

Ella puede enunciarse así :

De acuerdo con el art. 1810 no pueden venderse las cosas cuya enajenación esté prohibida y como la enajenación de las cosas a que alude el art. 1464 está prohibida, puesto que no otra cosa significa que adolezca de objeto ilícito, dado lo dispuesto en el art. 1466, según el cual hay, generalmente, objeto ilícito en todo contrato prohibido por la

¹⁹⁸ Gaceta. Año 1929. T. I., pág. 509, sent. 108.

¹⁹⁹ Rev. de D. y J., T. XXIX, Parte II, Sec. Ia., pág. 273.

ley, es desde todo punto de vista indiscutible que tales cosas no pueden venderse. "La ilicitud del objeto en la compra□venta de estas cosas no proviene precisa mente del art. 1464 sino del art. 1810 que, al hablar de cosas cuya enajenación esté prohibida por la ley, incorporó a él, entre otras, las disposiciones del citado art. 1464".

"El legislador, en vez de hacer una enumeración de las cosas que no pueden venderse, que con .seguridad habría sido incompleta, en vez de referirse concretamente a cada uno de los preceptos que declaran inalienable o incomerciable una cosa, prefirió hacer una referencia genérica y empleó una frase, como la del art. 1810, que las comprende a todas. De modo que cada vez que la ley prohíbe la enajenación de una cosa debe entenderse, en conformidad a ese precepto, que también prohíbe su venta, no porque en la enajenación se comprenda ésta y donde se hable de enajenar deba entenderse vender, sino única y exclusivamente porque a virtud del art. 1810 las cosas que no pueden ser objeto. lícito de un contrato de compra#venta son precisamente las mismas que no pueden serlo de una enajenación". (²⁰⁰).

Esta doctrina es nueva entre los tratadistas y en la jurisprudencia. Sólo en 1920, al acoger un recurso de casación en el fondo entablado contra un fallo ,de la Corte de Apelaciones de Talca, la Corte Suprema establece que aun cuando la venta no es enajenación, si ella se refiere a bienes prohibidos de enajenar, adolece de objeto ilícito de acuerdo con lo que disponen los arts. 1466 y 1810 (considerando 5° de la sentencia) (²⁰¹) ; y en el año 1931, al casar una sentencia de la Corte de Valdivia, que. ya citamos, reitera su doctrina en forma más precisa y concreta y sienta con ella la jurisprudencia hoy aceptada (²⁰²)

En 1935, la Corte de Talca la confirma en la última sentencia dictada al respecto, que dice en su considerando 5°: "Que, es cierto que la enajenación y la venta son jurídicamente cosas distintas, como se sostiene en la. letra d) del escrito de expresión de agravios, pues mientras aquella importa la transferencia a cualquier título del dominio u otros derechos reales, y se efectúa por la inscripción del título en el Registro Conservatorio respectivo cuando se trata . de bienes raíces, la venta es sólo un contrato generador de obligaciones que impone □al vendedor la de entregar la cosa vendida al comprador, sin envolver la transferencia de ella, y por tanto, su enajenación. Pero esta distinción, acerca del alcance y significado de la expresión enajenación empleada en el art. 1464 del C. Civil no es necesaria para resolver la petición de nulidad de la demanda, porque cualquiera que fuere ese alcance, es el art. 1810 el que, al disponer "a contrario sensu", que no .pueden venderse las cosas corporales cuya enajenación esté prohibida por la ley, ha. hecho extensivo al objeto ilícito a la compra□venta misma de las cosas embargadas por decreto judicial, sin la autorización del juez o el consentimiento del acreedor, a que alude el primero de estos preceptos en el N° 3° (²⁰³).

²⁰⁰ Alessandri R., Arturo. Artículo publicado en la Revista de Derecho y jurisprudencia, T. XXIX, Parte II, Sec. la., pág. 274.

²⁰¹ Rev. de D. y J., T. XIX, Parte II, Sec. la., pág. 333.

²⁰² Rev. de D. y J., T. XXIX, Parte II, Sec. la., pág. 273.

²⁰³ Rev. de D. y J., T. XXXIV, Parte II, Sec. 2a., pág. 33.

149.– Los autores concuerdan con ella.

Esta tesis no sólo cuenta con todo el favor de la jurisprudencia, sino que es compartida por la mayoría de nuestros autores y juristas. Alessandri alude a ella diciendo que "pareciera ser indiscutible y que no necesitara demostrarse" (²⁰⁴), y Somarriva la considera "inobjetable en presencia de lo dispuesto en el art. 1810" (²⁰⁵).

150.– Crítica a esta doctrina.

Sin embargo, nos atrevemos a sostener que ella no se ajusta a la ley:

Es verdadera sin duda la argumentación de que el Código, en vez de enumerar todas las cosas cuya venta no permite, prefirió hacer una referencia genérica en el art. 1810 e incorporó en la prohibición a todas las cosas prohibidas de enajenar. No otra explicación tiene ese precepto que rechaza la venta de las cosas corporales e incorpóreas que estén prohibidas de enajenar por la ley positiva. Es por eso de toda evidencia, como dice Alessandri, que "cada vez que la ley prohíbe la enajenación de una cosa, debe entenderse que también prohíbe su venta, no porque en la enajenación se comprenda ésta y donde se hable de enajenar deba entenderse vender, sino única y exclusivamente porque a virtud del art. 1810 las cosas que no pueden ser objeto lícito de un contrato de compra-venta son precisamente las mismas que no pueden serlo de una enajenación".

De acuerdo con estas ideas, parece también indiscutible, que para aplicar el art. 1810, es indispensable determinar si el artículo relativo a la enajenación con que se le quiere relacionar, la prohíbe o no: si se concluye en forma afirmativa, la venta indudablemente será prohibida, según lo dispone el 1810; pero en caso contrario, esto es, si tal disposición sólo se limita a reglamentar la enajenación o a imponer formalidades para que ella pueda efectuarse válidamente, sin prohibirla, no será aplicable el art. 1810 que alude únicamente a los casos en que la ley prohíbe la enajenación, y la venta será entonces perfectamente válida.

De lo expuesto se deduce que es previo a la relación que quiera hacerse entre el art. 1810 y otro que aluda a la enajenación, establecer si este último es o no un precepto prohibitivo. En el caso en estudio, es lo que debe hacerse con el art. 1464, y es aquí donde disintimos de la opinión que analizamos.

Los autores que la sostienen y los fallos que la acogen, afirman que el art. 1464 prohíbe la enajenación de las cosas que enumera, ya que no otra cosa significa que ella adolezca de objeto ilícito dado lo dispuesto en el art. 1466 que establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley.

151.– Qué se entiende por norma prohibitiva.

Tal premisa no nos parece verdadera dentro de la ciencia jurídica, una disposición es

²⁰⁴ Artículo citado.

²⁰⁵ Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia. Pág. 141, Comentario a la Sentencia N° 187,

prohibitiva cuando impide la ejecución de un acto en forma absoluta, cuando no permite realizarlo bajo ningún respecto ni cumpliendo todas las formalidades. Este concepto es unánime entre los tratadistas, e incluso los que sostienen, la teoría que criticamos opinan así: Somarriva enseña que para calificar una ley de prohibitiva debe atenderse al fondo más que a la letra misma, porque tienen tal calidad las que establecen que un acto no pueden ejecutarse en ninguna circunstancia y no aquellas que aparentemente lo son, por los términos que emplean, pero que permiten la ejecución del hecho cumpliendo ciertos requisitos (²⁰⁶). Alessandri se expresa de la siguiente manera: "De tal modo que para saber cuándo hay acto prohibitivo y cuándo la sanción es la nulidad absoluta, hay que averiguar si el acto puede ejecutarse en alguna circunstancia, si puede llevarse a efecto dando por supuestas las circunstancias que la ley prohíbe; si ni con autorización judicial ni por interpuesta persona puede realizarse, el acto es prohibitivo. Fuera de estos casos hay otros en que el acto es aparentemente prohibido pero en el hecho es permitido. Cuando así sucede no nos hallamos ante leyes prohibitivas, sino en presencia de leyes imperativas, de preceptos legales que, para reconocerle eficacia al acto, obligan a cumplir ciertos requisitos, y entonces el acto produce los efectos que la ley le atribuye". Y pone como ejemplo de artículo de esta especie, al 2144 del C. Civil, que dice: "No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante", y agrega que tal artículo no es prohibitivo, sino imperativo, porque permite al mandatario la ejecución de los actos pertinentes, cumpliendo con los requisitos que se le señalan (²⁰⁷).

152.- El artículo 1464 es prohibitivo en sus números 1 ° y 2°.

Lo dicho evidencia que no puede sostenerse que el art. 1464 sea una norma prohibitiva en su totalidad. Tal disposición dice que hay objeto ilícito en la enajenación, de cuatro categorías de cosas: las dos primeras □ las que están fuera del comercio y los derechos personalísimos □ Jamás pueden ser objetos válidos de enajenaciones, según se desprende de la letra misma del precepto que no señala ninguna circunstancia ni el cumplimiento de ninguna condición que así lo permita. Al referirse a ellas, el artículo es sin duda prohibitivo, porque no acepta caso alguno en que el acto reglamentado, la enajenación pueda realizarse.

153.- En los Nos. 3° y 4° es sólo imperativo.

Pero en los N°s. 3° y 4° el art. 1464 no prohíbe sino que reglamenta la enajenación de las cosas que ahí señala, desde que establece las circunstancias en que ella puede realizarse eficazmente: tratándose de cosas embargadas por decreto judicial, con la autorización del juez o el consentimiento del acreedor; y tratándose de especies cuya propiedad se litiga, obteniendo el permiso del juez que conoce del litigio. En esta parte, pues, la disposición no cumple con las condiciones señaladas para las normas

²⁰⁶ Apuntes de Derecho Civil de primer año, pág. 69.

²⁰⁷ Teoría general de los contratos. Apuntes de su curso de Derecho Civil Profundizado y Comparado. Año 1940, págs. 65 y 66.

prohibitivas y es, indudablemente, un precepto imperativo.

154.– El art. 1810 no puede aplicarse a ellos.

Y si el artículo 1810 impide vender las cosas cuya enajenación "esté prohibida". es de toda evidencia que el art. 1464 no puede ser incorporado a él íntegramente. El art. 1464 sólo prohíbe enajenar en el sentido jurídico de la expresión □ las cosas inenajenables y los derechos personalísimos, de modo que a ellas es aplicable el 1810 y en su venta hay, en consecuencia, objeto ilícito.

Pero no sucede lo mismo con las cosas embargadas y con aquellas cuya propiedad se litiga, desde que su enajenación no está prohibida sino que reglamentada por el art. 1464. Los dos últimos números de esta norma se encuentran en idéntica situación, desde este punto de vista, que el art. 2144 citado por Alessandri como ejemplo de precepto imperativo con apariencia de prohibitivo: éste no prohíbe al mandatario ejecutar los actos a que el artículo se refiere; aún cuando su redacción así parezca demostrarlo, sino que impone un requisito necesario para su eficacia: la aprobación expresa del mandante; y el art. 1464 tampoco prohíbe la enajenación de las cosas embargadas o litigiosas, sino que determina los requisitos necesarios para que ella pueda efectuarse válidamente.

155.– En consecuencia, las cosas contenidas en esos números pueden venderse válidamente.

Por todas estas razones, no participamos de la opinión cuya crítica hacemos. Nos parece que la solución ajustada a derecho, tratándose de los dos casos de importancia y aplicación práctica, las cosas embargadas o litigiosas □ es, la sentada por la Corte de Valdivia en los fallos que hemos citado, y que han sido casados por la Corte Suprema: el art. 1464 sólo habla de enajenación, concepto que no, comprende a la venta, la cual, por consiguiente, es perfectamente válida; a lo cual habría que agregar que el art. 1810 no modifica esta conclusión por ser inaplicable en virtud de las razones antes desarrolladas.

156.– La conveniencia y la lógica refuerzan esta tesis.

Esta solución, que, en doctrina aparece indiscutible, es en su aplicación práctica mucho más lógica y conveniente que la que refutamos: en efecto, la ley prohíbe la venta de las cosas que no pueden ser enajenadas, con el laudable propósito de evitar inconvenientes y complicaciones que a nada conducirían, porque si no es posible hacer su transferencia, jamás podrán ser cumplidas las obligaciones propias del contrato y éste, en consecuencia, será siempre fuente de pleitos y de injusticias. Pero si esa transferencia no está prohibida sino que está reglamentada, o solamente impedida de practicarse durante un tiempo, no hay razón para prohibir su venta puesto que la obligación del vendedor de entregar la cosa podrá cumplirse llenando los requisitos legales o esperando que se alce la prohibición; y sí la hay para permitirla, desde que pueden existir muchos motivos que induzcan a las partes a otorgar inmediatamente la compra □ venta, a sabiendas que la tradición no podrá efectuarse sin cumplir con los requisitos que la ley exige o bien, sin esperar que la imposibilidad de enajenación desaparezca.

Y la realidad nos da la razón: muchos son los casos presentados a nuestros Tribunales relativos a la venta de cosas embargadas o litigiosas, y en cambio, ninguno hemos encontrado en que se vendió una cosa inenajenable o un derecho personalísimo. Si en la práctica se venden cosas embargadas o litigiosas, es porque alguna utilidad significa ese contrato para las partes.

Nos parece, pues, inobjetable la validez de la venta de las cosas señaladas en los Nos. 3 y 4 del art. 1464 del C. Civil.

157.- VALOR DE LA PROMESA DE VENTA DE LOS BIENES ENUMERADOS EN EL ART. 1464.

Si damos cómo verdadera la doctrina recién sentada sobre la validez de la venta de cosas embargadas o litigiosas, el valor de la promesa de venta de esos mismos bienes no puede dar lugar a dudas de ninguna especie: si el contrato prometido es plenamente eficaz ante la ley, también lo será el de promesa, si cumple con las demás formalidades exigidas por el art. 1554 del C. Civil. Y de acuerdo con los mismos principios, la promesa de venta de las cosas inenajenables o de los derechos personalísimos, es indudablemente nula porque no cumple con la condición segunda del art. 1554, puesto que se refiere a un contrato prometido declarado ineficaz por la ley.

158.- Solución si se acepta la tesis sentada por la jurisprudencia sobre la venta de los mismos bienes.

Pero si se acepta la doctrina que sostiene la mayoría de nuestros tratadistas y que acepta la jurisprudencia, la solución varía radicalmente en lo que dice relación con las cosas de los Nos. 3° y 4° del art. 1464; aunque no cambió respecto de las cosas inenajenables y de los derechos personalísimos. Sobre ellos hay unanimidad de pareceres en el sentido de que su venta es siempre nula por adolecer de objeto ilícito; y si el contrato prometido -en este caso la venta□ es nulo, el de promesa tampoco puede tener valor.

Y varía en cuanto se refiere a las cosas embargadas y a las litigiosas, porque en conformidad a esta tesis su venta también adolece de objeto ilícito y es nula; pero como el embargo de una cosa y la calidad de litigiosa que puede tener, son situaciones esencialmente transitorias, es evidente que la ineficacia de la venta es también temporal: subsiste mientras hay embargo o litigio y desaparece con ellos.

No es, pues, aun dentro de esta doctrina, igual la situación de las cosas de los Nos. 1° y 2° y 3° y 4° del art. 1464. Las primeras jamás pueden ser eficazmente vendidas, en cambio las segundas, entrarán plenamente al comercio jurídico en cuanto termine el embargo o el litigio, según sea el caso.

159.- Debe atenderse a la época fijada para la celebración del contrato prometido.

Por esta última razón, es indispensable para pronunciarse sobre la validez del contrato de promesa, atender a la época que se ha fijado, mediante plazo o condición, para la celebración del contrato prometido. Si se ha establecido que el contrato se celebrará

antes de que sea posible la venta válida de la cosa, indudablemente la promesa se referirá a un contrato ineficaz y no tendrá valor. Pero si se ha celebrado la promesa con pleno conocimiento de que el contrato prometido no puede otorgarse mientras no se alce el embargo o termine el litigio, y se estipula, precisamente, que la condición que fijará la época del otorgamiento del contrato prometido será el alzamiento del embargo o la terminación del litigio, nos parece evidente que la promesa será válida aun cuando el contrato prometido sea actualmente ineficaz, porque no lo será en el momento fijado para su celebración.

160.– Fallo sobre la materia.

En virtud de lo expuesto, consideramos acertada una resolución de la Corte de Santiago que en fallo dictado el año 1884, confirmatorio de una sentencia de primera instancia, reconoció valor a un contrato de promesa de venta de un bien prohibido de enajenar, en el cual se había acordado "que la escritura de venta se extendería luego que terminasen algunos artículos pendientes en el juicio que sobre los dichos terrenos se seguía (²⁰⁸).

161.– Voto disidente.

Dicho fallo se dictó con el voto en contra del Ministro Sr. Barceló, quien estuvo por anular la promesa de venta en razón de que "según lo dispuesto por el art. 1554, para que la promesa de celebrar un contrato produzca obligaciones, es necesario, entre otras cosas, que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces" y porque . "la venta prometida no puede ser eficaz desde que tiene por objeto una cosa cuya enajenación prohíbe la ley, y así como la venta inmediata de los terrenos el cuestión habría sido nula por lo ilícito del objeto, lo es también la promesa de celebrar el contrato de venta de una cosa en cuya enajenación hay objeto ilícito".

162.– Comentario.

Esta conclusión es lógica si se argumenta sobre la base de que la eficacia del contrato prometido debe siempre existir al momento de celebrarse la promesa. Pero es ahí donde reside el error del raciocinio: esta, exigencia de la ley no es sino la aplicación del principio general de que el objeto de los contratos debe ser lícito, y por ello "no podría prometerse la venta entre padres e hijos o entre cónyuges no divorciados perpetuamente" (²⁰⁹), ya que tales convenciones están prohibidas por la ley. Pero en los casos en que la ineficacia del contrato prometido no es permanente ni absoluta sino que, por el contrario, esencialmente transitoria, sólo podrá ser ella calificada en el momento en que deba otorgarse el contrato prometido y no antes: será posible establecer con anticipación que la promesa de venta de un bien intransferible es nula porque el contrato prometido es y será siempre ineficaz; pero no podrá decirse lo mismo de la promesa de venta de una cosa embargada, porque el contrato de venta podrá ser ineficaz o no cuando deba

²⁰⁸ Gaceta. Año 1884, pág. 626, sent. 994.

²⁰⁹ Alessandri R., Arturo. De los contratos. Apuntes de clase, pág. 152.

celebrarse, según se haya o no alzado el embargo.

En estos casos debe, pues, calificarse la eficacia del contrato prometido con relación al momento en que debe otorgarse y no antes.

Por eso decíamos que si la promesa se ha celebrado en términos tales que el contrato prometido debe ejecutarse cuando sea ineficaz, ella será también nulo por no cumplir con el segundo requisito. del artículo 1554; pero en caso contrario, o sea, si el contrato prometido debe realizarse cuando sea plenamente válido, también lo será la promesa, si cumple con los demás requisitos del art. 1554, puesto que se referirá a un contrato aceptado por la ley. Y esta situación es mucho más clara si la condición fijada para determinar la época del contrato prometido es, precisamente, la terminación del litigio que ha causado la prohibición de enajenar; razón que justifica el fallo de la Corte que reconoció valor a la promesa.

SECCION II. ENAJENACIÓN DE LAS COSAS INCOMERCIABLES Y DE LOS DERECHOS PERSONALISIMOS (Nos. 1 Y 2 DEL ART.1464).

163.– Los Nos. 1 ° y 2° son de escaso interés y aplicación.

El art. 1464 comienza por enumerar entre las cosas cuya enajenación adolece de objeto ilícito, a las "que no están en el comercio" y a "los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona".

Son estos dos primeros números de muy poco interés práctico y no presentan tampoco cuestiones de: importancia teórica. En la recopilación de jurisprudencia practicada, no hemos podido encontrar un sólo caso en que estas disposiciones hayan recibido aplicación.

Es, pues, bien poco lo que sobre ellos puede decirse desde el punto de vista de su interpretación por los tribunales, razón por la cual nos limitaremos a analizarlos brevemente.

164.– Error que implican estos números.

La primera lectura de estos números evidencia la imperfección y ligereza con que el art. 1464 fue redactado por el legislador:

Vimos en su oportunidad que el art. 1461 establece coma un requisito del objeto, que sea comerciable, es decir, que se trate de una cosa sobre la cual es posible la realización, de actos jurídicos; y concluimos que si el objeto no cumple con esa exigencia, es ilícito por carecer de una de las condiciones indispensables para que sea lícito. Y en el art. 1464, con sólo tres artículos de por medio, nos encontramos con que la ley dice que si se enajena una cosa incomerciable, esa enajenación adolece de objeto ilícito. Ambas disposiciones dicen en el fondo exactamente lo mismo y demuestran un descuido impropio del legislador.

165.– Opinión de Claro Solar.

Sin embargo, aunque acordes los autores en la imperfección del N° 1 del art. 1464, no lo están en la razón misma de ella.

Para Claro Solar, la imperfección reside en la franca contradicción existente entre esta norma y la del art. 1461. Mientras ésta establece "que sólo las cosas comerciables pueden ser objetos de una declaración de voluntad; y por lo mismo, declara que no puede tener existencia jurídica el acto que recae sobre una cosa que no es comerciable", tratándose en tal caso de una declaración de voluntad sin objeto; el N° 1 en estudio afirma que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, y como el objeto ilícito produce la nulidad absoluta del acto, declara implícitamente que la enajenación de esta clase de cosas es nula de nulidad absoluta. Un mismo acto, en consecuencia, según el art. 1461 es inexistente, y en conformidad al N° 1 del 1464, el nulo absolutamente (²¹⁰).

166.– Crítica a esta opinión.

Esta argumentación no tiene valor alguno para quienes piensan que en nuestra legislación positiva no hay diferencias entre la inexistencia y la nulidad absoluta. Pero sin entrar al estudio de esta cuestión tan debatida y cuyo análisis no nos corresponde, y aun aceptando ,que ambos conceptos . sean diferentes dentro del Código Civil chileno, creemos que la tesis de Claro Solar debe ser rechazada:

Si una declaración de voluntad recae sobre un bien excluido del comercio jurídico □v. gr., sobre un camino, bien nacional de uso público parece indiscutible que el objeto de tal acto existe; es perfectamente ,tangible y real; de manera que no puede seriamente sostenerse que él carece de objeto, sino que tal objeto no uso público— parece indiscutible que el objeto de tal acto existe, cumple con una de las condiciones que la ley exige para que sea válido o lícito y por eso, el acto adolece de un vicio que permite anularlo en conformidad al artículo 1682. No es lo mismo contratar respecto de un bien que ha perecido y. que carece absolutamente de existencia, que contratar □por ejemplo□ respecto de una plaza que es perfectamente tangible, pero que la ley coloca fuera del comercio. En primer caso, el objeto es inexistente; en el segundo, es ilícito.

Podría sostenerse que este raciocinio es exacto en la realidad de las cosas, con prescindencia de la ley, pero no dentro de ella que mediante una ficción desconoce la existencia de las cosas in comerciables para los efectos de que sean objetos de declaraciones de voluntad. Pero creemos que esta afirmación no se conforma con la letra de la ley:

Dice textualmente el art. 1461 , que "no sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester ;que las unas y las otras sean comerciables, . ." De manera que la comerciabilidad es requisito de las cosas que existen o que se espera que existan. Por eso dijimos en su oportunidad que la ley exige, en primer lugar, que el objeto tenga existencia y después, que sea comerciable y determinado. No puede, pues, afirmarse que si el objeto está fuera del comercio, es inexistente para la ley.

²¹⁰ Ob, cit., págs. 269 y 270, N° 870,

Por eso, creemos que el art. 1464 es deficiente en su N° 1° porque repite a renglón seguido y en forma innecesaria lo dispuesto en el 1461, y no porque sea contradictorio con aquél.

167.– N° 2 del art. 1464.

El N° 2 del art. 1464, que establece la ilicitud de la enajenación de los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona, a sea, de los llamados "derechos personalísimos", como son el de alimentos (art.334 del C. Civil), los de uso y habitación (art. 819), el que nace del pacto de retroventa (art. 1884), los sueldos y pensiones (art. 467 del C. de P. Civil), etc; merece la misma crítica del N° 1°.

Efectivamente, dijimos que son cosas inenajenables las que no pueden ser objeto de los derechos y obligaciones que las partes crean con sus actos, de manera que los derechos personalísimos, que son por definición los que no pueden transferirse, están excluidos del comercio jurídico y quedan comprendidos en el N°. 1 p del art. 1464.

La redundancia en este caso es más evidente puesto que se trata de dos números de un mismo artículo, y es doble si se considera que el N° 2 está incluido en el primero y que éste repite lo dicho por el artículo 1461.

SECCION III. ENAJENACIÓN DE LAS COSAS EMBARGADAS (N° 3° DEL ART. 1464).

PARRAFO I.– Aceptación de embargo, en este número.

168.– El N° 3° es la norma de mayor interés sobre el objeto ilícito.

El N° 3° del art. 1464 es, sin duda, el caso de mayor interés entre los que se refieren al objeto ilícito, debido a su enorme aplicación práctica. De los fallos que hemos consultado. un gran porcentaje alude a él más o menos el 40% del total y es ello perfectamente explicable puesto que el embargo es una institución de utilidad diaria y porque además, la aceptación que en este número le ha dado la jurisprudencia, lo hace extensivo a otras instituciones que son también de gran aplicación, como por ejemplo, la prohibición de enajenar dictada en juicio.

169.– CONCEPTO DE EMBARGO.

Nuestra legislación no define el embargo pero alude a él en numerosas ocasiones. Así, el Código de Proc. Civil habla del embargo en repetidas oportunidades al tratar del juicio ejecutivo y lo reglamenta en forma completa en los arts. 465 a 480, 501, 502, 503, 504, 522, 523, etc, y el Código Civil también lo contempla y se refiere a él □ fuera del art. 1464 en los arts. 1618, 2465 y 2466.

De estas disposiciones, las del Código de Proc. Civil hacen referencia al embargo como una institución propia del juicio ejecutivo y con este mismo criterio lo reglamentan

los artículos que hemos enumerado.

El Código Civil le da esa misma significación en todos los artículos en que a él se refiere -excepción hecha del art. 1464 según se deduce claramente de su sola lectura. Efectivamente, en el 1618, que señala los bienes inembargables, en el 2465 que dispone que el derecho de prenda general puede ejercerse sobre todos los bienes del deudor, "exceptuándose solamente los no embargables designados en el art. 1618" ; y en el 2466, que establece que el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer y el del padre o madre de familia sobre los bienes del hijo, y los derechos reales de uso y habitación son inembargables, usa el término en ese sentido.

Finalmente, el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces le da igual acepción en los arts. 53 N° 3° y 59.

Como se ve, en nuestra legislación se considera al embargo, por regla general, como la institución propia del juicio ejecutivo que puede definirse como la aprehensión compulsiva de bienes determinados del deudor, hecha por mandamiento del juez que conoce de la ejecución, y en su entrega a un depositario que debe mantenerlos a disposición del tribunal, todo ello a fin de asegurar los resultados del juicio.

170.- Jurisprudencia.

La jurisprudencia, ante la ausencia, de un texto que de un concepto preciso del embargo, se ha visto en más de una ocasión en la necesidad de fijar su alcance y lo ha hecho en el mismo sentido: la Corte Suprema en fallo del año 1917 declaró que "el embargo es la aprehensión compulsiva que el juez de la causa hace de determinado bien del deudor y, desde el momento en que se verifica, tales bienes quedan sujetos a la autoridad del referido juez" (²¹¹) ; y en 1933 se dijo que "para que un bien se entienda embargado se requieren los siguientes requisitos: a) que el bien se encuentre a disposición de su dueño; b) que le sea quitado y entregado a un depositario designado con anterioridad para que lo mantenga a disposición de este tribunal" (²¹²) .

171.- CONCEPTO DE EMBARGO DENTRO DEL ART. 1464 SEGUN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.

Pero este concepto del embargo, común a todas las disposiciones legales, es rechazado por la doctrina y la jurisprudencia en lo que dice relación con el art. 1464. Dentro de él, la unanimidad de los autores le da un significado mucho más amplio:

Claro Solar, por ejemplo, manifiesta que "entre las cosas embargadas por decreto judicial se comprenden no solamente aquellas que han sido embargadas por acción ejecutiva del acreedor para asegurar el pago de su crédito con el producto de esas cosas vendidas en el juicio de acuerdo con los trámites establecidos en las leyes procesales, sino todas aquellas que por decreto judicial se ha prohibido enajenar o que han sido

²¹¹ Gaceta. Año 1917, T. I, pág. 117, sent. 43.

²¹² Jurisprudencia al Día, T. XVII, pág. 403.

retenidas en poder de tercero, pues estas medidas decretadas como precautorias, paralizan la libertad de disposición del propietario o poseedor y retiran momentáneamente estas cosas de la circulación (²¹³).

Alessandri afirma asimismo, que "para que las cosas embargadas queden comprendidas en la disposición del N° 3° del art. 1464 es menester que hayan sido embargadas, retenidas o secuestradas, o que se haya prohibido su enajenación por un tribunal que tenga facultad para ello" (²¹⁴); y Somarriva sostiene, al comentar un fallo de la Corte Suprema, que "tomando la expresión cosas embargadas en sentido amplio es evidente que también deben comprenderse en ella los bienes retenidos. La razón tenida en vista por el legislador para prohibir la enajenación de las cosas embargadas es evitar que el acreedor se vea burlado por el deudor al desprenderse de los bienes embargados. Pues bien, esta misma razón existe en el caso de bienes sobre los cuales pesa una prohibición" (²¹⁵).

Como se ve, los tres tratadistas están de acuerdo en ampliar el alcance del término embargo dentro del art. 1464 y en, hacerlo comprensivo del embargo propiamente tal y de otras instituciones que se le asemejan y que persiguen el mismo fin de asegurar el resultado del juicio, como las medidas precautorias de prohibición de gravar y enajenar bienes, de secuestro, retención y prohibición de celebrar actos y contratos.

172.- Jurisprudencia qué incluye en el término ala prohibición de gravar y enajenar.

La jurisprudencia, desde muy antiguo ha dado también al embargo, dentro del art. 1464, su sentido amplio, y lo ha hecho en forma tan segura, que en la mayoría de las veces se limita a establecer que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas prohibidas de enajenar, secuestradas o retenidas, en conformidad al N°3 en estudio, sin dar para tal apreciación la menor razón . .

Así, en lo que dice relación con la medida precautoria de prohibición de gravar y enajenar bienes, tenemos que entre otras sentencias, en, 1867 se declara nula la venta, hecha en remate, de un fundo prohibido de enajenar (²¹⁶); en 1869, se falla otro caso semejante en idéntica forma (²¹⁷); en 1868 se anula el endoso de una escritura por existir vigente una, prohibición (²¹⁸); en 1875 se establece que hay objeto ilícito en la venta de una cosa prohibida de enajenar, en conformidad al art. 1464 (²¹⁹); en 1879 se

²¹³ Ob. cit., pág. 273, N° 876.

²¹⁴ De los Contratos. Apuntes de clase, pág. 50.

²¹⁵ Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia, pág. 141. Comentario a la sentencia N° 188.

²¹⁶ Gaceta. Año 1867, pág. 200, sent. 485.

²¹⁷ Gaceta. Año 1869, pág. 514, sent. 1140.

²¹⁸ Gaceta. Año 1868, pág. 61, sent. 129.

falla que hay objeto ilícito en la hipotecación de un bien prohibido de enajenar (²²⁰) ; en 1884, en sentencia que ya analizamos, el Ministro Sr. Barceló firma un voto disidente en el cual sostiene que es nula la promesa de venta de un bien raíz prohibido judicialmente de enajenar (²²¹); en 1885 se concede autorización, por el juez respectivo, para hipotecar una propiedad prohibida de enajenar (²²²); el mismo año se declara que hay objeto ilícito en la venta de una cosecha prohibida de enajenar (²²³); al año siguiente se ordena suspender un remate por haberse inscrito una prohibición de enajenar el inmueble en cuestión en un juicio diferente (²²⁴); en 1901 se falla que hay objeto ilícito en la venta de una cosa sobre la cual hay prohibición de enajenar (²²⁵); en 1903 se declara que no hay objeto ilícito en la adjudicación de un bien raíz cuya enajenación se había prohibido, por no ser aquella acto de enajenación (²²⁶), y en dos oportunidades se establece que hay objeto ilícito en la enajenación judicial de una cosa cuya prohibición de enajenar no se encontraba alzada (²²⁷), (²²⁸); ese mismo año la Corte de Talca establece que es nula la venta de los bienes de una herencia; hecha estando inscrita una prohibición de gravarlos y enajenarlos (²²⁹); en 1905 se determina que hay ,objeto ilícito en la hipotecación de un bien raíz prohibido de enajenar (²³⁰), que lo hay también en la venta de un bien sujeto a prohibición (²³¹) y en la hipotecación de una cosa cuya enajenación se había prohibido (²³²); en 1906 se declara que hay objeto ilícito en la venta de una cosa prohibida de enajenar y cuyo alzamiento fue decretado por otro juez que el que libró

²¹⁹ Gaceta. Año 1875, pág. 1073, sent. 2359.

²²⁰ Gaceta. Año 1879, pág. 393, sent. 590.

²²¹ Gaceta. Año 1884, pág. 626, sent. 994.

²²² Gaceta. Año, 1885, pág. 785, sent. 1302.

²²³ Gaceta. Año 1885, pág. 1204, sent. 2009.

²²⁴ Gaceta. Año 1886, pág. 2457, sent. 3832.

²²⁵ Gaceta. Año 1901, pág. 1455, sent. 3309.

²²⁶ Gaceta. Año 1903, pág. 1122, sent. 1064.

²²⁷ Gaceta. Año 1903, pág. 1556, sent. 1475.

²²⁸ Gaceta. Año 1903, pág. 755, sent. 2062.

²²⁹ Rev. de D. y J., T. I, Parte II, pág. 385.

²³⁰ Gaceta. Año 1905, pág. 435, sent. 284.

²³¹ Gaceta. Año 1905, pág. 667, sent. 426.

²³² Gaceta. Año 1905, pág. 851, sent. 537.

la prohibición (²³³); al año siguiente, en dos oportunidades, se falla que no lo hay en la adjudicación hecha a un comunero, aun habiéndose prohibido la enajenación de la cosa, por no ser la adjudicación constitutiva de enajenación (²³⁴), (²³⁵); en 1908 se declara que hay objeto ilícito tanto en las ventas forzadas como en las voluntarias, si hay prohibición de enajenar (²³⁶); en 1913. se establece que hay objeto ilícito en la venta de un bien raíz sobre el cual había prohibición de enajenar, que se equipara al embargo (²³⁷); en 1919, la Corte Suprema determina que es nula, por objetó ilícito, la enajenación de cosas prohibidas de enajenar (²³⁸); en 1920 el mismo Tribunal falla que el contrato de compra-venta que se refiere a bienes cuya enajenación está prohibida, es nulo por adolecer de objeto ilícito (²³⁹); en 1921 la Corte Suprema declara que para que la prohibición de gravar y enajenar bienes raíces produzca efecto respecto de terceros, debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces, razón por la cual no hay objeto ilícito en la venta de un bien raíz cuya prohibición de enajenar se había alzado (²⁴⁰); en 1923 se establece que es nula la venta de un bien, existiendo prohibición de enajenar (²⁴¹); y en 1927 se declara que el heredero de quien compra una propiedad sabiendo que hay prohibición judicial de gravar y enajenar, no puede solicitar la nulidad por objeto ilícito que vicia al contrato (²⁴²).

173.- Jurisprudencia que incluye a los bienes retenidos por orden judicial.

En lo que se refiere a bienes retenidos por decretó judicial, en 1878 se declara que hay objeto ilícito en su enajenación (²⁴³); y en 1935 la Corte Suprema falla que no hay objeto ilícito si no obstante haberse decretado la retención del dinero que se cobra ejecutivamente, el deudor ha sido notificado antes del requerimiento, de la resolución ejecutoriada que deja sin efecto esa retención (²⁴⁴).

²³³ Gaceta. Año 1906, pág. 937, sent. 587.

²³⁴ Gaceta. Año 1907, pág. 836, sent. 1117. Rev. de D. y J., T. V, Parte II, Sec. 2a., pág. 49.

²³⁵ Gaceta. Año 1907, pág. 1016, sent. 1213. Rev. de D. y J., T. V, Parte II, Sec. 2a., pág., 105.

²³⁶ Gaceta. Año 1908, pág. 601, sent. 345.

²³⁷ Rev. de D. y J., T. XI, Parte II, Sec. la., pág. 431.

²³⁸ Rev. de D. y J., T. XVII, Parte II, Sec. la., pág. 207.

²³⁹ Rev. de D. y J., T. XIX, Parte II, Sec. la., pág. 333.

²⁴⁰ Rev. de D. y J., T. XX, Parte II, Sec. la., pág. 428.

²⁴¹ Rev. de D. y J., T. XXII, Parte II, Sec. la., pág. 797,

²⁴² Rev. de D. y J., T. XXV, Parte II, Sec. la., pág. 390.

²⁴³ Gaceta. Año 1878, pág. 2065, sent. 4854.

174.– Jurisprudencia que incluye a los bienes concursados.

Relativamente a bienes concursados, en 1859 la Corte de Concepción establece que ellos deben considerarse embargados y que, en consecuencia, no pueden ser enajenados sin autorización judicial, de acuerdo con lo que dispone el art. 1464 en su N° 3° (²⁴⁵); y en 1876 el mismo Tribunal determina nuevamente que hay objeto ilícito en la enajenación de objetos concursados, que se equiparan a los embargados, aun cuando algunos acreedores hayan convenido en liquidar el concurso, porque ello; se hizo sin acuerdo. de los demás acreedores (²⁴⁶).

175.– Jurisprudencia que incluye a los bienes respecto de los cuales se ha hecho cesión.

Los bienes respecto de los cuales se ha hecho cesión, han, sido también considerados dentro del art. 1464 según una sentencia de 1874, que estableció que hay objeto ilícito en sus enajenación, porque deben equipararse a los embargados (²⁴⁷). 176. Finalmente, con relación a la prohibición judicial de celebrar actos y contratos, en 1875 se falla que, habiéndose decretado en un juicio prohibición de arrendar un fundo, es nulo el arrendamiento celebrado con posterioridad, por equipararse la prohibición al embargo, y en conformidad al art. 1464 del C. Civil (²⁴⁸); en 1884 se resuelve nuevamente que, prohibida judicialmente de arrendar una propiedad, hay objeto ilícito en su arrendamiento aun cuando la prohibición no se haya inscrito (el fallo es anterior al Código de Proc. Civil), cosa que la ley no ordena, bastando haberse notificado al dueño (²⁴⁹); y en sentencia del mismo año, ya aludida varias veces, el Ministro Sr. Barceló, en voto disidente, sostiene la nulidad de la promesa de venta de un bien raíz, entre otras razones, por estar judicialmente prohibida su venta (²⁵⁰).

176.– Jurisprudencia que incluye a los bienes sobre los cuales hay prohibición de celebrar actos y contratos.

Las sentencias que fundamentan la circunstancia de hacer extensivo el concepto de embargo, dentro del N° 3° del art. 1464, a otras instituciones a más del embargo en juicio

²⁴⁴ Rev. de D. y J., T. XXXII, Parte II, Sec. Ia., pág. 469.

²⁴⁵ Gaceta. Año 1859, pág. 966, sent. 1583.

²⁴⁶ Gaceta. Año 1876, pág. 387, sent. 782.

²⁴⁷ Gaceta. Año 1874, pág. 970, sent. 1990.

²⁴⁸ Gaceta. Año 1875, pág. 1066, sent. 2348.

²⁴⁹ Gaceta. Año 1884, pág. 629, sent. 996.

²⁵⁰ Gaceta. Año 1884, pág. 626, sent. 994.

ejecutivo, son escasas y se limitan, en general, a dar razones de lógica más que de principios; siendo interesante de hacer resaltar que todas ellas son relativamente modernas:

En 1906, la Corte Suprema declara que la expresión "cosas embargadas" que usa el art. 1464, comprende "los bienes detenidos, impedidos, retenidos en virtud de mandamiento de juez competente": la expresión no ha sido definida y hay que darle, por lo tanto, su significado natural y obvio, según el uso general conforme a la regla de interpretación del art. 20 del C. Civil (²⁵¹). En 1913, el mismo Tribunal establece que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, en cuya denominación se comprenden los bienes prohibidos de gravar o enajenar (²⁵²). Y por último, en 1930 la Corte de Talca falla que al decir el N° 3° del art. 1464 enajenación de "las cosas embargadas por decreto judicial", comprende en la expresión cosas embargadas, tanto aquéllas sobre las cuales se ha trabado embargo por mandamiento ejecutivo, como aquéllas que sólo están afectas a una simple medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos, o de gravar y enajenar (²⁵³).

178.- LA INTERPRETACION DADA POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA AL TERMINO EMBARGO, DENTRO DEL ART. 1464, ES EXACTA.

Nos parece indudable que la acepción amplia que la doctrina y la jurisprudencia dan a la expresión "cosas embargadas", dentro del art. 1464, es la correcta, por las dos siguientes razones:

a) El concepto jurídico de embargo es amplio y comprende a toda aprehensión o retención de bienes hecha por mandamiento judicial y con el fin de asegurar los resultados de un juicio. Escribano, por ejemplo, la define como la "ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamiento del juez competente por razón de deuda o delito. El embargo tiene por objeto asegurar las resultas del juicio; esto es, la satisfacción de la responsabilidad pecuniaria que una persona ha contraído sea en virtud de obligación civil que dimanar de convención o ley, o en virtud de algún delito o cuasi delito que hubiere perpetrado". El Diccionario de la Lengua se expresa en términos casi idénticos.

El hecho de que nuestra legislación, en todos los artículos del Código de Procedimiento Civil y en los demás del Código Civil, lo use en un sentido más restringido, limitándolo al que se practica en juicio ejecutivo, nada significa desde que la ley no ha definido al embargo. De acuerdo con la regla de interpretación del art. 21 del C. Civil. "las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezcan claramente que se han tomado

²⁵¹ Rev. de D. y J., T. III, Parte II, Sec: la., pág. 365. Gaceta. Año 1906, Pág. 626, sent. 383.

²⁵² Rev. de D. y J., T. XII, Parte II, Sec. la., pág. 80. Gaceta. Año 1913, T. IV, pág. 2835, sent. 937.

²⁵³ Rev. de D. y J., T. XXVIII, Parte II, Sec. 2a., pág. 1,

en sentido diverso". Siendo el derecho una ciencia, esta regla de interpretación salva toda dificultad: en las demás disposiciones que aluden al embargo, aparece con toda claridad que se le ha dado un sentido diverso del que naturalmente tiene y es ese, entonces, el que en ellas debe dársele; pero en el N°3 del art. 1464, no hay la menor demostración de que se le haya dado otro significado y, por el contrario, la lógica nos dice —como a continuación veremos— que debe interpretársele ampliamente, razón por la cual y en conformidad al art. 21 recién citado, debe tomársele en el sentido que le dan los técnicos, es decir, en la acepción comprensiva de toda retención, de cualquiera naturaleza y dictada en cualquier juicio, hecha por mandamiento de juez competente.

b) En el supuesto de que no se acepte dar a la expresión cosas embargadas, otro significado que el que tiene dentro del juicio ejecutivo, siempre hay razón para concluir que en el N° 3° deben considerarse comprendidas las cosas retenidas, secuestradas, prohibidas judicialmente de enajenar o gravar, o, sujetas a cualquier otra medida precautoria.

En efecto, establecimos en su oportunidad, que el art. 1464, al determinar que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que señala, excluye á éstas del comercio, las deja fuera, en cierto modo, de las relaciones jurídicas. Dijimos también que los dos primeros números se refieren a cosas inenajenables definitivamente, puesto que jamás podrán ser objetos válidos de actos o convenciones; y que, por el contrario, las de los Nos. 3° y 4° sólo lo son relativa y temporalmente, ya que cumpliendo con los requisitos que ahí mismo se fijan. o bien, una vez levantado el impedimento, pueden perfectamente ser enajenadas con eficacia.

Y las cosas sobre las cuales ha recaído una medida precautoria de secuestro, retención, prohibición de gravar y enajenar, o cualquiera otra, quedan también excluidas del comercio desde que la ley manda que no pueden ser objeto de relaciones legales, y su comerciabilidad es, como la de los bienes embargados en un juicio ejecutivo, relativa y temporal. En su enajenación hay, entonces, objeto ilícito en conformidad al art. 1464; de cuyos cuatro números parece mucho más racional asimilarlas al 3°, que, contempla una situación por muchos conceptos idéntica, y no al 1°, que alude a bienes absolutamente inenajenables, calidad que las cosas sobre las cuales pesa una medida precautoria, están muy lejos de tener.

Es, pues, evidente que la expresión cosas embargadas que usa el N° 3° del art. 1464, debe hacerse extensiva a todas aquéllas sobre las cuales ha recaído una medida precautoria. ,

179.— SENTENCIAS QUE LE DAN OTRA INTERPRETACION.

En la completa recopilación de jurisprudencia practicada, sólo hemos, podido hallar dos fallos que rompen la perfecta unanimidad existente sobre la materia desde la vigencia del Código Civil: en 1885 se resolvió que la prenda pretoria constituida sobre unos bueyes prohibidos judicialmente de enajenar, es, válida "porque a pesar de la prohibición quedaron siempre en su poder (del deudor) y no se nombró secuestro o depositario, no siendo aplicable el art. 1454 N°3 porque se refiere a cosas embargadas, lo que se supone el nombramiento de un depositario" (²⁵⁴) ; y en sentencia de 1894, la Corte de

Santiago sentó la misma doctrina al decir que "la prohibición de enajenar no constituye embargo judicial, puesto que en éste la cosa se pone en poder de un secuestre o depositario" (²⁵⁵).

Muy particular es la doctrina de estos fallos. No dan al embargo la acepción propia y general a que hemos aludido, ni tampoco la restringida que nuestra legislación le atribuye en casi todas sus disposiciones, puesto que aceptan que pueda embargarse en otro juicio que el ejecutivo; sino que imponen para su existencia únicamente el cumplimiento de un requisito, la entrega de los bienes a un depositario.

Contemplan estas sentencias una significación nueva del embargo, intermedia de las que nosotros hemos analizado, y que no tiene asidero ninguno ni en la ley ni en la doctrina. Las argumentaciones hechas en apoyo de la tesis acogida por los tratadistas y la jurisprudencia, así lo dejan en claro.

180.- LA PROHIBICION DE CELEBRAR ACTOS Y, CONTRATOS, NO ES PROPIAMENTE UN EMBARGO.

A pesar de lo dicho; hay una medida precautoria, la prohibición de celebrar actos y contratos, cuya asimilación al N° 3° del art. 1464 no nos parece del todo ajustada a la ley. pese a que, según hemos visto, la jurisprudencia la considera incluida en él y los autores no la distinguen de las otras que incorporan a esa disposición.

En efecto, el art. 1464 regla la "enajenación" de las cosas que señala, determinando que en ella hay objeto ilícito. Y si es indiscutible que muchos y muy importantes contratos □ la compraventa y el arrendamiento, por ejemplo □ no constituyen enajenación, no vemos cómo la prohibición de celebrarlos que pueda dictar un □ juez, debe regirse por este artículo.

Si se prohíbe judicialmente □ como en dos de los, fallos que sobre la materia citamos (²⁵⁶) □ arrendar una propiedad y el deudor violando la prohibición la arrienda, no es posible sostener que en tal contrato hay objeto ilícito en conformidad al N° 3° del art. 1464, porque éste se refiere exclusivamente a la "enajenación" y el arrendamiento está muy lejos de constituirlo; ni podría tampoco afirmarse que lo hay de acuerdo con el art. 1466, puesto que esta disposición alude a los contratos prohibidos "por las leyes", y no por las autoridades judiciales.

Tratándose de una compra □ venta – y en el supuesto de aceptar la doctrina cuya ilegalidad hemos demostrado – no sería tampoco valedero el argumento de que según el art. 1810 no pueden venderse las cosas que se prohíbe enajenar, porque este artículo dice en forma expresa que pueden venderse las cosas "cuya enajenación no esté prohibida por ley" y no por la justicia.

Finalmente, creemos que tampoco podría recurrirse a la alegación que antes hicimos

²⁵⁴ Gaceta. Año 1885, pág. 2322, sent. 3922.

²⁵⁵ Gaceta. Año 1894, pág. 374, sent 2058.

²⁵⁶ Gaceta. Año 1875, pág. 1066, sent. 2348. Gaceta. Año 1884, pág. 629, sent. 996.

para apoyar la asimilación de las medidas precautorias en general, al N° 3° del art. 1464, de que las cosas sobre que ellas recaen quedan fuera del comercio, al igual que las embargadas; porque si bien es cierto que puede considerarse que la prohibición de celebrar algunos actos o contratos excluye relativamente del comercio a los bienes afectados, también lo es que no hay que olvidar que el art. 1464 impide – como hemos repetido – "la enajenación" de las cosas que coloca. fuera del comercio y no la celebración de otros actos que no significan enajenación.

No es, entonces, exacta la asimilación hecha al art. 1464 N° 3°, de todas las medidas precautorias, ya que respecto a la prohibición de celebrar actos y contratos, hay inconvenientes insubsanables. Por lo mismo, rechazamos los argumentos dados por las sentencias citadas de que la prohibición de arrendar un fundo debe equipararse al embargo y que, consiguientemente, en su violación hay objeto ilícito en conformidad al art. 1464 N° 3°.

181.– SANCION A LA INFRACCION DE UNA PROHIBICION JUDICIAL DE CELEBRAR ACTOS Y CONTRATOS.

Qué sanción corresponde, entonces, a la infracción de una prohibición judicial de esta naturaleza?

Creemos que aplicando estrictamente los textos legales, la conclusión es que no hay sanción.

En verdad, no es posible concluir que en tales actos haya . objeto ilícito, puesto que son inaplicables al caso los artículos 1464 y 1466; y de las causales de nulidad señaladas en el art. 1682, ninguna otra entra en juego en esta situación.

Este es, sin duda, un vacío de la ley que debiera remediarse; y son quizás sus graves consecuencias las que han llevado a la jurisprudencia a buscar a toda costa una solución haciendo caber la prohibición de celebrar actos y contratos, en, el N° 3° del art. 1464.

182.– Solución basada en el Código de Procedimiento Civil.184.– Jurisprudencia.

Y tal solución sólo podría tener un fundamento más o menos serio en el art. 286 del Código de Procedimiento Civil:

Manda esta norma que "la prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y respecto también de otros bienes determinados del demandado cuando sus facultades no ofrecieren suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.

Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número cuarto del art. 1464 del C. Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos".

De este último inciso puede deducirse que el artículo en cuestión modifica los Nos. 3° y 4° del art. 1464 del C. Civil en el sentido de que, tratándose de prohibiciones judiciales

de celebrar actos o contratos, esos números son aplicables a la infracción de tales prohibiciones aun cuando no haya enajenación, prohibiciones que adolecen entonces, de objeto ilícito. Ello por las siguientes razones:

El N° 4 del art. 1464 nos dice que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas cuya propiedad se litiga, por este solo hecho y sin que medie ninguna otra circunstancia. El inc. 29 del art. 286 del Código de Proc. Civil modifica esta situación y exige que el tribunal decrete la prohibición, la cual puede ser de enajenarlos o bien de celebrar actos y contratos respecto de ellos.

Y si esa prohibición puede tener este último carácter y si el art. 286 se remite expresamente al N° 4 del 1464 del C. Civil, es de toda evidencia que aquél no sólo modifica a éste en cuanto ordena que la prohibición la decrete el juez, sino también en cuanto su infracción adolece de objeto ilícito, se trate de una prohibición de enajenar o simplemente de celebrar actos y contratos.

Este raciocinio parece claro respecto del N° 4 del art. 1464. pero creemos que puede hacerse extensivo también al N° 3°:

Este artículo reglamenta, conjuntamente, la prohibición relativa a los bienes que son materia del juicio y a los que no lo son. Respecto de los primeros. qué son los que el C. Civil llama "cuya propiedad se litiga", establece en su inc. 2° y en forma expresa, las modificaciones que, hemos señalado. Con relación a los segundos, nada dice en la misma forma; pero como quiera que la disposición se refiere a ambos y que estos bienes que no son objeto del litigio y sobre los cuales hay una prohibición, son los del N° 3 del art. 1464, puede concluirse que la reforma relativa a la infracción de la prohibición de celebrar actos y contratos y que la hace adolecer de objeto ilícito, puede también aplicarse al N° 3 del art. 1464.

Creemos que esta argumentación es la única en que puede fundarse la asimilación de las cosas respecto de las cuales se ha prohibido judicialmente celebrar actos y contratos, al N° 3° del art. 1464 para concluir que la infracción a la prohibición, adolece de objeto ilícito. Reconociendo que ella no es lo suficientemente clara y exacta porque insistimos en que interpretando los textos con estrictez, no hay solución para el problema □ parece que debe ser aceptada mientras no se modifique la legislación, para evitar la impunidad de actos tan trascendentales como los señalados y que el espíritu del legislador ha querido, sin duda, castigar debidamente aun cuando la letra misma de la ley lo haya traicionado.

183.- SITUACION DE LOS BIENES EMBARGADOS, ANTES DE LA VIGENCIA DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Los bienes embargados deben cumplir hoy día con ciertos requisitos para quedar incluidos en el N° 3 del art. 1464; en conformidad a lo que dispone el Código de Proc. Civil.

Durante la sola vigencia del C. Civil, en conformidad al N° 3° del art: 1464 no era de necesidad el cumplimiento de requisitos de ninguna clase, ya que tal disposición □ la única sobre la materia □ no los exigía; y en concordancia con ella, el art. 53 del

Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, en su N° 3° enumeraba entre los títulos que pueden inscribirse, sin que la inscripción fuere, por lo tanto, obligatoria, a "todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etc."

184.– Jurisprudencia.

Por ello, antes de 1902, la jurisprudencia resolvía por regla general y con razón, y sin distinguir entre muebles e inmuebles, que bastaba la simple notificación al deudor □ indispensable para que la resolución judicial produjere efectos □ para que un bien embargado, prohibido o retenido, quedare incluido en él art. 1464 N° 3:

En 1884 se falla que, habiendo prohibición judicial de arrendar una propiedad, hay objeto ilícito en su □ arrendamiento aun cuando la prohibición se haya inscrito, cosa que la ley no ordena, bastando con haber notificado al dueño (²⁵⁷); en 1894, se declara que no hay objeto ilícito en la venta de una cosa cuya enajenación se ha prohibido, si ella se ha ejecutado antes de notificarse la prohibición al dueño (²⁵⁸); en 1902, se resuelve que tampoco lo hay en la venta hecha. después de decretada su prohibición pero antes de ser ella notificada (²⁵⁹); y en 1904 la Corte Suprema, establece que es nula la hipoteca de un bien de una mujer casada, si existía prohibición de enajenar notificada al marido antes del contrato de hipoteca, porque antes de la vigencia del Código del Procedimiento, no era indispensable la inscripción de la prohibición para que surtiera efectos respecto de terceros (²⁶⁰).

185.– La ley era defectuosa.

Pero esta situación significaba una injusticia grave para los terceros adquirentes de buena fe que no tenían medios posibles de imponerse de los embargos o prohibiciones afectos a un bien determinado.

Ya en 1886 este defecto había sido notado, y ese año se presentó al Congreso un proyecto de ley para modificar el art. 1464, en el sentido de exigir la inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de los embargos y prohibiciones relativos a inmuebles; proyecto que jamás fue discutido.

Ante este vacío, los tribunales hacían lo humanamente posible por evitar las injusticias evidentes que en muchos casos significaba para los terceros la aplicación rígida de la ley, aun teniendo en forma clara los preceptos del Código Civil.

²⁵⁷ Gaceta. Año 1884, pág. 629, sent 996.

²⁵⁸ Gaceta. Año 1894, pág. 245, sent. 1901.

²⁵⁹ Gaceta. Año 1902, pág. 1629, sent. 1605.

²⁶⁰ Revista de D. y J., T. II, Parte II, pág. 286.

186.– Fallos que trataban de adaptar la ley.

Así, en sentencia que ya citamos, el año 1885 se resolvió que la prenda Pretoria constituida sobre unos bueyes prohibidos de enajenar, era válida. entre otras razones, "por no haberse acreditado que los terceros tuvieron conocimiento de la prohibición de enajenar" (²⁶¹), agregando para la validez de una prohibición, un requisito que la ley no exigía en parte alguna; en 1889 se falló que la venta de unas acciones del Banco Nacional, prohibidas de enajenar, era válida por no haberse acreditado que dicha prohibición se hubiere anotado en los libros de transferencias del Banco y porque la anotación practicada en el Conservador de Bienes Raíces no tenía valor tratándose de bienes cuya tradición no se hace por la inscripción en ese Registro (²⁶²); y en un fallo del año 1874, se llegó al extremo de establecerse por la Corte de Apelaciones de Santiago, en abierta contradicción con la ley, que una prohibición debía inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces para que surtiera efectos contra terceros, fundándose en los siguientes considerandos:

1°— Que el hecho en que se funda la demanda, esto es, el haberse decretado judicialmente una prohibición de gravar la casa con anterioridad a la venta de cuya nulidad se trata, no constituye un embargo judicial, puesto que en éste la cosa se pone en poder de un secuestro o depositario, lo que hace notoria la condición en que se halla, ni importa por sí solo otro antecedente que, con arreglo a lo establecido en el art. 1464 del C. Civil, haga ilícita la enajenación respecto de terceros de buena fe;

2°— Que en consecuencia, para que la prohibición decretada surtiera pleno efecto contra dichos terceros, debió inscribirse en el Registro del Conservador a fin de que no pudiese ser transferida la propiedad, lo que no se hizo oportunamente; y

3°— Que no se ha justificado que el demandado procediese de mala fe al verificarse la compra a que se refiere la demanda (²⁶³)

187.– Crítica a un fallo.

La doctrina de este fallo relativo al concepto de embargo dentro del N° 3 del art. 1464, fue ya comentada en su oportunidad y creemos haber dejado en claro su ilegalidad; y a ella debemos agregar que, aun aceptando que fuera efectivo que la prohibición de enajenar no cae dentro del artículo 1464, es imposible concluir por ello que antes del Código del Procedimiento Civil fuera indispensable su inscripción para que surtiera efectos respecto de terceros, desde que no había disposición alguna que hiciera tal exigencia y que, por el contrario, el art. 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, que ya citamos, vigente en aquel entonces, dice expresamente en su NP 3° que puede inscribirse "todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que

²⁶¹ Gaceta. Año 1885, pág. 2322, sent. 3922.

²⁶² Gaceta. Año 1889, T. II, pág. 493, sent. 3152.

²⁶³ Gaceta. Año 1894, pág. 374, sent. 2058.

embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar"...., entre los cuales queda comprendida, sin lugar a dudas, la prohibición en cuestión.

188.- REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Esta situación fue remediada con la dictación del Código de Procedimiento Civil que en su art. 287 dice en forma imperativa que "cuando la prohibición recayere sobre bienes raíces se inscribirá en el registro del conservatorio respectivo, y sin este requisito no producirá efectos respecto de terceros", agregando en el inc.2° que "cuando versare cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tuvieren conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si hubiere procedido a sabiendas"; y que en el art. 475, dispone que "si el embargo recayere sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no producirá efecto alguno legal respecto de terceros sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio del departamento en donde estuvieren situados los inmuebles".

Creemos que, sin embargo, subsiste el vacío respecto de los bienes muebles embargados en una ejecución, sobre los cuales nada dice tampoco el Código de Procedimiento, aun cuando pudiera sostenerse que por analogía debe aplicarse la regla del inc. 2,1 del art. 287, relativa a los muebles que son objeto de una prohibición.

189.- Jurisprudencia.

Desde entonces, varias sentencias han aplicado las nuevas disposiciones:

En 1903, la Corte de Talca declara que inscritas las prohibiciones de gravar y enajenar los bienes de una herencia, la nulidad absoluta de que adolece la venta hecha a pesar de la prohibición no puede ser invocada por la vendedora que supo o debió saber el vicio que la invalidaba (²⁶⁴); en 1904 la Corte Suprema establece que, existiendo prohibición de gravar y enajenar un fundo, inscrita con anterioridad a la fecha en que la persona a quien se impuso dicha prohibición lo vende a un tercero, no puede procederse a cancelar la prohibición y a inscribir la compra-venta, sin que en la instancia sea oído el tercero que obtuvo la prohibición (²⁶⁵); en 1908, se resuelve que no hay objeto ilícito en la venta de una cosa embargada y que no fue inscrita cuando comenzó a regir el Código de Procedimiento Civil (²⁶⁶), fallo ajustado a derecho desde que el art. 24 de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, de 1861, dispone que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir; en 1921 la Corte Suprema, pronunciándose directamente sobre la cuestión, declara que para que la prohibición de gravar y enajenar bienes raíces

²⁶⁴ Rev. de D. y J., T. I, Parte II, pág. 385.

²⁶⁵ Rev. de D. y J., T. I, Parte II, pág. 415.

²⁶⁶ Gaceta. Año 1908, pág. 601, sent. 345.

produzca efectos respecto de terceros, debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces y que, en consecuencia, no hay objeto ilícito en la compra-venta de un inmueble respecto del cual se hallaba cancelada la inscripción, de la prohibición, a la fecha del contrato (²⁶⁷); en 1928 se falla que no es nula la compra-venta de una propiedad prohibida de enajenar, si la prohibición se alzó antes de inscribirse el contrato (²⁶⁸); y en 1935 se declara que no hay objeto ilícito en la celebración de un contrato hipotecario respecto de un inmueble embargado, si al inscribirse la hipoteca el embargo ya se había alzado, porque el contrato hipotecario se perfecciona en el momento de inscribirse (²⁶⁹).

190.- REQUISITOS IMPUESTOS POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL A LAS PROHIBICIONES Y DEMAS MEDIDAS PRECAUTORIAS COMPRENDIDAS EN EL ARTICULO 1464 N° 3°.

Junto con reglamentar las prohibiciones y de las medidas precautorias a que nos hemos referido y que deben incluirse en el N° 3 del art. 1464 del C. Civil, el Código de Procedimiento ha establecido para ellas algunas condiciones de carácter procesal que es de interés señalar por su vinculación con el tema en estudio.

En conformidad al art. 286 del Código de Proc. Civil, que ya hemos citado, cuando la prohibición se decreta respecto de bienes que no son materia del juicio los que, como antes vimos, son precisamente, los que quedan incluidos en el N° 3° del art. 1464, puesto que los litigiosos caen en el N° 4° debe ella cumplir con dos exigencias: a) referirse a bienes determinados del deudor y b) tratarse de un deudor cuyas facultades no ofrezcan garantías para asegurar el resultado del juicio.

A estos requisitos propios de las prohibiciones, deben agregarse otros dos que son comunes y aplicables a todas las medidas precautorias, y que señala el art. 288: la medida debe limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio, y debe decretarse sólo cuando el demandante haya acompañado comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que reclama.

191.- VIGENCIA DE LA PROHIBICION.

Si tratándose de bienes raíces, la medida precautoria o embargo decretados, debe inscribirse, parece de toda evidencia que la prohibición estará en vigor mientras la inscripción esté a su vez vigente, o, en otras palabras, mientras ésta no se haya cancelado.

Así lo ha resuelto la jurisprudencia en fallos que citamos al referirnos al requisito de la inscripción (²⁷⁰).

²⁶⁷ Rev. de D. y J., T. XX, Parte II, Sec. la., pág. 428.

²⁶⁸ Gaceta. Año 1928, T. II, pág. 1013, sent. 226.

²⁶⁹ Rev. de D. y J., T. XXXII, Parte II, Sec. la., pág. 474.

²⁷⁰ Ver pág. 106, N° 189.

192.– El alzamiento debe decretarse judicialmente y por el mismo juez que la libró.

El alzamiento de la inscripción debe decretarse judicialmente. Creemos sin embargo, que hay ciertas circunstancias en que él puede hacerse de oficio por el Conservador.

El alzamiento judicial debe ordenarlo el mismo Juez que ha decretado la prohibición o embargo y no otro, puesto que ambas diligencias no son sino incidentes de un juicio principal y, en consecuencia, deben regirse por el art. 195 de la Ley Orgánica de Tribunales que manda "que el tribunal que es competente para conocer de un asunto, lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan".

193.– Jurisprudencia.

Por eso, se ajusta estrictamente a derecho el fallo que resolvió que hay objeto ilícito en la venta de un bien cuya enajenación estaba prohibida y cuya inscripción había sido alzada con anterioridad al contrato, pero por un juez distinto del que la libró (²⁷¹).

Por la misma razón anterior, estimamos correcta una sentencia de la Corte Suprema que resolvió que no puede procederse a cancelar una inscripción para inscribir una compra-venta, sin oír al tercero que obtuvo la prohibición (²⁷²).

194.– ¿Puede el Conservador hacer una cancelación de oficio?

El art. 92 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces ordena que "él Conservador no hará cancelación alguna de oficio"

De esta disposición aparece que tal funcionario sólo puede actuar a requerimiento de un interesado o por decreto judicial, pero jamás por iniciativa propia, en lo que se refiere a la cancelación de inscripciones.

En el caso en estudio debemos descartar la solicitud de un particular, puesto que nos referimos a las prohibiciones y demás medidas precautorias decretadas judicialmente y no nacidas de una convención; de manera que en conformidad al proyecto citado, sólo en virtud de un decreto judicial debe él Conservador proceder al alzamiento de la inscripción.

No obstante, creemos que esta disposición ha sido tácita y parcialmente modificada por los arts. 270 y 289 del Código de Proced. Civil, y por eso hemos dicho que hay circunstancias en que la inscripción puede ser cancelada de oficio.

En efecto, dispone el art. 270 del Código de Procedimiento, que "aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, (medidas precautorias prejudiciales), deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y hacer en ella formal petición para que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse

²⁷¹ Gaceta. Año 1906, pág. 937, sent. 587.

²⁷² Rev. de D. y J., T. I, Parte II, pág. 415.

hasta sesenta días por motivos fundados". A su vez, el art. 289 establece que "en casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este Título, aún cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución para responder por los perjuicios que resultaren. Las medidas así decretadas quedarán de hecho canceladas si no se renovaren en conformidad al art. 270".

De estos artículos se deduce claramente que en las circunstancias que reglamentan, la prohibición o medida decretada que da de hecho cancelada" cumpliéndose el plazo ola condición que la ley ha previsto, y sin necesidad de que sea alzada la inscripción en el registro respectivo.

195.– Jurisprudencia.

Con este mismo criterio se falló en 1920 □y nos parece que con razón□ que no hay objeto ilícito en la enajenación de una cosa después de transcurridos los diez días necesarios para la caducidad de las medidas precautorias provisionales (²⁷³).

Si la medida precautoria queda "de hecho" cancelada, es indiscutible que el Conservador puede proceder a alzar la inscripción sin orden judicial, ya que tal actitud sólo importa el reconocimiento de un hecho consumado y no el juzgamiento de una cuestión que compete a la justicia ordinaria, como significaría el alzamiento de un embargo o de una medida precautoria definitiva, que se hiciera sin orden judicial; a más de que con ella se evitan confusiones que es necesario impedir.

196.– Cancelación "de hecho".

Por la misma razón, opinamos que si "de hecho" han quedado canceladas unas medidas precautorias provisionales, y el Conservador no ha alzado de oficio la inscripción ni se ha ordenado judicialmente su cancelación, ningún valor tiene la inscripción que no corresponde a la realidad; y en consecuencia, creernos que en tales circunstancias sería perfectamente lícita y válida la enajenación que se hiciera del bien afectado.

Y es precisamente para evitar situaciones como ésta, que sin duda se prestan a discusiones, que parece que el Conservador puede y debe cancelar de oficio la inscripción.

197.– Jurisprudencia.

La jurisprudencia no se ha pronunciado directamente sobre el asunto, pero parece aceptar la tesis que sostenemos: en sentencia de 1921, .la Corte Suprema resolvió que no hay objeto ilícito ,y es válida la compra□venta de un inmueble respecto del cual se había cancelado la prohibición de enajenarlo, aun cuando la cancelación se hizo sin decreto judicial por considerar el Conservador que habían quedado de hecho alzadas las medidas precautorias por no haberse renovado, ya que la legalidad o ilegalidad del acto del funcionario, no influye respecto de terceros (²⁷⁴).

²⁷³ Rev. de D. y J., T. XIX, Parte II, Sec. Ia., pág. 296.

198.– EXTENSION DEL EMBARGO.

Constituido legalmente un embargo o una medida precautoria comprendida en el N° 3° del art. 1464, parece evidente que quedan excluidas del comercio, junto con la cosa principal, todas las que le son accesorias, en virtud del viejo aforismo jurídico de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

En algunos fallos que sobre la materia hemos encontrado, así se ha resuelto:

En 1858, se falló que la venta de la viña de un fundo embargado, es nula por objeto ilícito (²⁷⁵); en 1865 se anuló por la misma razón, la venta de los licores, productos de una chacra que a la fecha del contrato estaba embargada (²⁷⁶); y en 1901 se estableció que hay objeto ilícito en la enajenación de unas aguas que estaban destinadas al cultivo de un fundo embargado (²⁷⁷).

PARRAFO II.– Enajenación voluntaria y enajenación forzada. Embargo y reembolso.

199.– ENAJENACION VOLUNTARIA Y FORZADA DE COSAS EMBARGADAS.

Dijimos al referirnos en general al concepto de enajenación dentro del art. 1464, que en el caso del N° 3° es de especial importancia y transcendencia determinar si la ley ha sancionado como objeto ilícito cualquiera enajenación de cosas embargadas, sin hacer distinciones de ninguna clase, o si sólo lo ha hecho respecto de las enajenaciones voluntarias. En otros términos, la cuestión estriba en saber si el N° 3° se aplica tanto a las enajenaciones forzadas que se hacen por ministerio de la justicia y a las voluntarias, o únicamente a estas últimas.

200.– Opinión de Somarriva y Claro Solar.

El problema ha dividido las opiniones de los juristas.

Somarriva, por ejemplo, sostiene que no habiendo distinguido la ley, no es lícito al intérprete distinguir, y debe por consiguiente, aplicarse el art. 1464 se trate de una enajenación forzada o de una voluntaria (²⁷⁸).

Claro Solar, por el contrario, es de parecer que "la ley se refiere, no a la enajenación forzada, en pública subasta, de las cosas embargadas por decreto judicial, sino a la

²⁷⁴ Rev. de D. y J., T. XX, Parte II, Sec. Ia., pág. 428.

²⁷⁵ Gaceta. Año 1858, sent. 1553.

²⁷⁶ Gaceta. Año 1865, pág. 50, sent. 126.

²⁷⁷ Gaceta. Año 1901, pág. 1690. sent. 3534,

²⁷⁸ De los contratos. Apuntes, de clase, pág. 560.

enajenación que el deudor demandado pudiera realizar privadamente a pesar de existir el decreto de embargo" (²⁷⁹).

201.– La jurisprudencia está dividida.

La jurisprudencia está también dividida y las sentencias se pronuncian por una u otra doctrina. Sin embargo, se observa una mayor inclinación a la tesis de que el objeto ilícito existe aún en las enajenaciones forzadas.

202.– SENTENCIAS QUE NO APLICAN EL N° 3° DEL ART. 1464 A LAS ENAJENACIONES FORZADAS.

Los fallos que se pronuncian por la aplicación restringida del precepto, o lo que es lo mismo, por la validez de las enajenaciones forzadas de las cosas embargadas, no dan, por regla general, razones de su apreciación: sólo lo hacen en contadas circunstancias.

En 1903 se resuelve que no hay objeto ilícito en la venta de un bien raíz que estaba sujeto a prohibición judicial, si ella se ha verificado en un juicio ejecutivo (²⁸⁰); en 1904 se falla que no lo hay en el remate de una propiedad sobre la cual pesaba una prohibición de enajenar, hecho por ministerio de la justicia y en una ejecución (²⁸¹); el mismo año se establece que es válida la adjudicación en remate de una boleta de depósito embargada también en otro juicio ejecutivo, porque ella no provino de la libre voluntad de las partes sino de orden judicial (²⁸²); en 1906 se declara que es válida y no adolece de objeto ilícito la venta en remate hecha en juicio ejecutivo, de una propiedad prohibida de enajenar, porque "ella fue consecuencia de lo resuelto en juicio ejecutivo y toda sentencia firme produce el efecto de llevar adelante lo resuelto en ella, mientras otra resolución judicial no altere o anule sus consecuencias" (²⁸³); en 1916 se resuelve que la venta forzada hecha por la justicia a petición de un acreedor hipotecario en ejercicio de su derecho para pagarse con todos los bienes del deudor, no puede considerarse limitada por los embargos o restricciones de dominio decretados a favor de otros acreedores, salvo que tengan privilegio□, y que esa venta forzada no puede ser anulada por objeto ilícito a pedido del deudor, porque a él se le debe considerar parte contratante en la enajenación, hecha por el juez como su representante legal y que sabía o debía saber el vicio que la invalidaba (²⁸⁴); y en 1917, la Corte de Concepción establece que no hay objeto ilícito en la venta judicial aun cuando haya embargos vigentes, , porque el N° 3°

²⁷⁹ Ob. cit., págs. 272 y 273, N° 874.

²⁸⁰ Gaceta.□ Año 1903, pág. 1161, sent. 1110.

²⁸¹ Gaceta.□ Año 1904, pág. 101, sent. 110.

²⁸² Gaceta.□ Año 1904, pág. 491, sent. 1442.

²⁸³ Gaceta.□ Año 1906, pág. 242, sent. 126.

²⁸⁴ Gaceta.□ Año 1916, T. I, pág. 360, sent. 109.

del art. 1464 no puede, lógicamente, referirse a la enajenación por orden judicial hecha en ejecución legalmente instaurada. Ello se desprende de los artículos del Código Civil y del de Procedimiento Civil que autorizan a todos los acreedores para perseguir todos los bienes del deudor, pudiendo, entonces, haber varios embargos pendientes. Además, concurre el deudor representado por el juez, lo que no quita a la venta forzada el carácter de tal, y no puede pedir la nulidad porque sabía o debía saber el vicio que la invalidaba (²⁸⁵).

203.— FUNDAMENTOS DE ESTOS FALLOS.

Analicemos las razones invocadas por las sentencias citadas:

Una de ellas, la de que el deudor no puede solicitar la nulidad de la enajenación forzada por ser parte en ella, puesto que ha participado teniendo como representante legal al juez y qué ha sabido o debido saber el vicio que la invalidaba, nos parece que no puede ser considerada como causal para pronunciarse por una u otra tesis del problema que analizamos. En efecto, la nulidad absoluta, en conformidad al art. 1683 del C. Civil "puede alegarse por todo el que tenga interés en ella, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba", de manera que si concurre esta circunstancia y demanda la nulidad el deudor basado en la existencia de objeto ilícito, ella será rechazada aplicando el precepto recién citado y por una causa que no dice relación con el problema que en estos momentos analizamos; pero no porque se considere que es inaplicable el art. 1464 a, la enajenación forzada. Si la nulidad la solicita otra persona que tiene interés en ella□ y que no es el deudor, esa razón no podrá darse. Es ésta, como se ve, una causa ajena a la cuestión de fondo que nos interesa y por eso no insistiremos sobre ella (²⁸⁶).

Las restantes —que son las mismas invocadas por los autores que esta tesis sostiene— pueden sintetizarse así:

a) Los arts. 2465 y 2.469 del C. Civil autorizan a todos los acreedores para ejecutar todos los bienes del deudor, de donde se deduce que pueden tramitarse varios juicios ejecutivos diversos y trabarse embargos por distintos acreedores y sobre unas mismas cosas, sin que el derecho de uno se limite por el embargo de otro salvo que éste tenga privilegio; todo lo cual lleva a la conclusión, que la enajenación forzada consecuencia de la ejecución, tiene que ser válida aunque se trate de cosas embargadas, para no hacer, ilusorio el derecho del acreedor; y

b) Siendo la enajenación forzada consecuencia de una acción legalmente instaurada y practicada con intervención de una autoridad judicial, no es posible que el art. 1464

²⁸⁵ Gaceta.□ Año 1917, T. II; pág. 997, sent. 309.

²⁸⁶ Es interesante anotar que tal argumento tampoco puede aceptarse hoy día después de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en sentencia de 29 de Julio recién pasado, dictada en la causa "Luis Canales con Banco de Chile" y que estableció que lo actuado por un representante sólo obliga al representado en cuanto ello se ajusta a la ley. Por consiguiente, si aquél ha celebrado un acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, ha cometido un acto doloso que no afecta al representado, quien puede pedir su nulidad.

pueda referirse a ella al establecer la ilicitud del objeto.

204.– Crítica "a estos fundamentos.

Estos argumentos, verdaderos a primera vista, son más bien de efecto: un rápido examen basta para dejarlo en claro:

Es efectivo que los arts. 2465 y 2469 del C. Civil establecen y determinan lo que se llama el derecho de prenda general, esto es, la facultad de los acreedores de perseguir la ejecución de sus obligaciones personales sobre todos los bienes del deudor. Pero creemos, en contra de lo sostenido por los fallos en cuestión, que son, precisamente, estas mismas disposiciones las que llevan a la conclusión indiscutible de que, embargada una cosa en una ejecución, no es posible reembargarla en otro juicio ejecutivo, afirmación que destruye la pretensión contraria. que se basa en la premisa de que es posible y legal el reembolso.

La tesis que refutamos sostiene que es ella la única .manera; de evitar que un acreedor sin privilegio lo tenga prácticamente respecto de los otros, si a estos se les prohíbe reembargar lo ya embargado por el primero y es, por consiguiente, la única manera de no violar los artículos citados.

Pero ello no es efectivo y sólo demuestra desconocimiento de la legislación positiva.

205.– El primer argumento es falso.

La circunstancia de que, embargado un bien por un acreedor, no pueda ser nuevamente embargado por otro acreedor, no significa dejar al primero en situación de privilegio ni permitirle pagarse de su crédito en desmedro del segundo que quedará: burlado en sus derechos, desde que, el art. 549 del código de Próc: Civil establece el derecho de este acreedor para exigir la distribución del "producto de los bienes entré ambos acreedores, proporcionalmente al monto de los créditos ejecutivos que hicieron valer" ; y que el art. 550 dispone que "cuando la acción del segundo acreedor se dedujere ante diverso tribunal, podrá pedir se dirija oficio al que estuviere conociendo de la primera ejecución para, que retenga de los bienes realizados la cuota que proporcional mente corresponda a dicho acreedor"; artículos que no hacen otra;; cosa que señalar el modo práctico. de cumplir lo mandado por el` art. 2469 del C. Civil, según el cual los acreedores podrán perseguir los bienes del deudor para "que se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue".

Es, entonces, evidente que si la ley sustantiva manda que cuando los bienes son insuficientes para pagar a todos, deben 105 acreedores ser satisfechos a prorrata de sus créditos; y si la ley; procesal contempla la manera de dar cumplimiento a esta disposición sin recurrir al reembolso, no es posible aceptar la afirmación de que el rechazo de esta institución significa la burla de los derechos de los acreedores qué no pueden embargar nuevamente lo que ya embargó el primero.

Si a esto agregamos que por las razones que pronto veremos, el reembolso es en nuestro derecho, claramente ilegal, tenemos que cae por su base el fundamento que se

esgrime como más importante para defender la interpretación restringida del N° 3 del art. 1464, que deja fuera del campo del objeto ilícito "a la enajenación forzada de los bienes embargados.

206.– Lo mismo el segundo.

El segundo argumento en que se apoyan las sentencias citadas es en el fondo casi una repetición del anterior, y como éste, no resiste un análisis serio.

La enajenación forzada, por la sola circunstancia de practicarse con la intervención de una autoridad judicial, no queda en situación de violar las disposiciones legales que rigen los elementos esenciales de los actos jurídicos, sin recibir la sanción correspondiente, como parecen creerlo los que sostienen la argumentación que criticamos. Si se celebra una venta en remate de un bien raíz, en un juicio ejecutivo, y en vez de otorgarse una escritura pública se extiende una privada, nadie pretenderá sostener que el acto es siempre válido por ser la consecuencia de una acción legalmente instaurada. Por la misma razón, si el objeto sobre que recae la enajenación forzada ha sido colocada por la ley fuera del comercio, él será ilícito en conformidad a las reglas generales, aun cuando en el acto haya intervenido la autoridad judicial.

207.– SENTENCIAS QUE APLICAN EL N° 3° DEL ART. 1464 A TODA CLASE DE ENAJENACIONES.

Como ya lo expresamos, los fallos que se pronuncian por la ilicitud del objeto en la enajenación de las cosas embargadas, trátese de enajenaciones forzadas o voluntarias, son más numerosos:

En 1867 se declara nula la venta, aun hecha en remate, de un fundo que tenía prohibición de enajenar (²⁸⁷); en 1881 se establece que hay objeto ilícito en la venta judicial de un bien embargado con anterioridad ante otro juez, ante quien se debió ocurrir al ejercitar la segunda acción ejecutiva (²⁸⁸); en 1897 se falla que es nula la enajenación de un inmueble rematado ante un juez y que estaba también embargado ante otro tribunal (²⁸⁹); en 1903 se declara que hay objeto ilícito en la venta de una propiedad cuya enajenación se había prohibido, a pesar de que la venta se hizo por decreto judicial (²⁹⁰) y ese mismo año se insiste en que lo hay en la enajenación judicial de una cosa cuya prohibición de enajenar no se encontrabaalzada (²⁹¹); al año siguiente, ante casos semejantes, se resuelve en la misma forma en dos oportunidades (²⁹²) (²⁹³), en 1908

²⁸⁷ Gaceta. □ Año 1867, pág. 200, sent. 485.

²⁸⁸ Gaceta. □ Año 1881, pag. 424, sent. 683.

²⁸⁹ Gaceta. □ Año 1897, pág. 157, sent. 233.

²⁹⁰ Gaceta. □ Año 1903, pág. 755, sent. 2052.

²⁹¹ Gaceta. □ Año 1903, pág. 1556, sent. 1475:

se establece que existe objeto ilícito tanto en las ventas forzadas como en las voluntarias, si hay vigente prohibición de enajenar (²⁹⁴); en 1913 la Corte de Talca establece que hay objeto ilícito y por ende, nulidad absoluta, en la enajenación de una propiedad que estaba prohibida de enajenar, aun cuando la enajenación sea forzada y se haga en remate público a virtud de una ejecución (²⁹⁵); ese mismo año se determina que lo hay en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial y que la ilicitud se refiere tanto a las enajenaciones voluntarias como a las forzadas hechas por intermedio de otras autoridades judiciales (²⁹⁶); en 1915 la Corte de Talca confirma la misma doctrina ante un caso semejante (²⁹⁷); y en 1919; acogiendo un recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema establece que el objeto ilícito que afecta a la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, sólo puede precaverse por la autorización del mismo juez que ordenó la prohibición o por el consentimiento del acreedor; de manera que es nula, porque infringe los arts. 1464 y 1445, la sentencia que declara válidos el remate de las acciones, V derechos en un fundo y las escrituras públicas otorgadas para darle cumplimiento, si en la fecha en que esos actos se ejecutaron, estaba vigente e inscrita la prohibición de gravar y enajenar tales derechos (²⁹⁸).

208.- RAZONES QUE HACEN DE ESTA DOCTRINA QUE CONSIDERA APLICABLE EL N° 3° DEL ART. 1464 A TODA CLASE DE ENAJENACIONES, LA AJUSTADA A LA LEY.

Las sentencias citadas no fundamentan su doctrina, excepción hecha de la última dictada por el Tribunal de Casación. A pesar de todo, creemos que la tesis que ella sustenta es la legal y verdadera, por las razones siguientes:

a) Como muy bien dice Somarriva, la ley no ha hecho distinciones de ninguna clase al establecer el objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, de manera que no es aceptable que el intérprete las haga, máxime si la genuina aplicación del texto no conduce a ninguna situación contradictoria o injusta, como se ha querido sostener. Dejamos demostrar lo que no es efectivo que esta interpretación signifique dejar a algunos acreedores en situación de privilegio respecto de los otros.

b) A más de no existir razones que hagan necesario violar la elemental norma de

²⁹² Gaceta. □ Año 1904, pág. 114, sent. 1155

²⁹³ Gaceta. □ Año 1904, pág. 694, sent. 1572.

²⁹⁴ Gaceta. □ Año 1908, pág. 601, sent. 345.

²⁹⁵ 3

²⁹⁶ Gaceta. □ Año 1913, T. IV, pág. 2835, sent. 973. Rev. de D. y J., T. XII, Parte II, Sec. I., pág. 80.

²⁹⁷ Gaceta. □ Año 1915, T. II, pág. 854, sent. 345.

²⁹⁸ Rev. de D. y J., T. XVII, Parte II, Sec. I., pág. 207,

hermenéutica citada, tenemos que, por el contrario, las hay que refuerzan el alcance que esta doctrina da al N° 3° del art. 1464:

Lo que esta norma pretende, sin lugar a dudas, es evitar que el derecho que un acreedor ha puesto ya en ejercicio, sea burlado o dificultado en su satisfacción, por la enajenación que de sus bienes pueda hacer el deudor. Si éste es el fin perseguido, es evidente que la única manera de lograrlo está en sancionar todas las enajenaciones que el deudor pueda hacer de los bienes embargados, sean ellas judiciales o voluntarias. De no ser así, el propósito del legislador quedaría en muchos casos sin cumplirse.

Así, de aceptar la tesis contraria, si una persona ejecuta a su deudor y le embarga algunos bienes, puede suceder que otro acreedor embargue con posterioridad las mismas cosas por carecer el deudor de otras, y las saqué a remate primero porque su juicio se ha tramitado con mayor rapidez. Como esta enajenación ha sido hecha por ministerio de la justicia, no se rige por el N° 3° del art. 1464 y es perfectamente válida, y deja burlado y sin oportunidad de obtener la satisfacción de su crédito, al acreedor que antes había embargado los mismos bienes. Por el contrario, si se acepta la aplicación amplia y genuina del N° 3° del art. 1464, tal situación no puede presentarse: si la enajenación adolece de objeto ilícito aunque se haya hecho con intervención de una autoridad judicial, el segundo acreedor se verá en la obligación de perseguir su pago en la primera ejecución y distribuyéndose los bienes a prorrata con el otro acreedor, usando del procedimiento que la ley establece y que antes señalamos.

De modo que la razón que hace poco rechazamos como fundamento de la interpretación restringida de la disposición en estudio, y que afirma que el repudio del reembolso significa el privilegio de un acreedor sobre los otros, puede fácilmente darse vuelta en contra y servir de apoyo, con mucho más razón como se ve, a la tesis de que el N° 3° se aplica tanto a las enajenaciones forzadas como a las voluntarias.

Esta doctrina impide que por argucias procesales, por colusión entre el deudor y un tercero o por otra razón, un acreedor quede en situación privilegiada con respecto a los otros que, a pesar de haber puesto ya en ejercicio su derecho e incluso a veces con anterioridad, se verán imposibilitados de obtener el pago de sus créditos porque la enajenación que el primero hizo de los bienes del deudor, común, fue válida a pesar de los embargos vigentes", por la sola razón de haberse practicado con intervención de un juez.

c) Finalmente, como expresa el fallo de la Corte Suprema a que aludimos, el mismo N° 3° se encarga de señalar las únicas maneras de precaver la enajenación de las cosas embargadas: por medio de la autorización del mismo juez que decretó el embargo o por el consentimiento del acreedor. Son estos los únicos caminos que la ley establece, de modo que sostener que también es válida la enajenación cuando se hace por ministerio de la justicia, significa admitir un nuevo método y, por consiguiente, violar la ley. Y como más adelante veremos, si es posible afirmar que la intervención de la justicia en una enajenación forzada constituye la autorización a que la ley se refiere, máxime si la intervención ha sido de un juez distinto del que libró el embargo.

209.- ENAJENACIONES FORZADAS PROVENIENTES DE CREDITOS

HIPOTECARIOS, PRENDARIOS Y DEMAS PRIVILEGIADOS.

La conclusión de que la ilicitud del objeto existe tan, to en las enajenaciones voluntarias como en las forzadas parece evidente y creemos que aun en las hechas por ministerio de la justicia en ejecuciones provenientes de créditos privilegiados, hay, objeto ilícito si existen embargos pendientes practicados en ejecuciones en que sólo se han invocado créditos valistas.

En efecto, todas las razones antes expuestas valen en esté caso, siendo de advertir que la circunstancia de negar eficacia a estas enajenaciones no significa desconocer el carácter de derecho real de la prenda y de la hipoteca, ni desconocer la calidad de privilegiados de los créditos respectivos: la ley ha contemplado la manera de conservar esos privilegios sin necesidad de atropellar los embargos anteriores y manteniendo la debida armonía entre sus disposiciones, ya para ello ha creado en el art. 540 del C. de P. C. la tercería de prelación, mediante la cual el acreedor que tiene derecho preferente para ser pagado puede participar en un juicio ejecutivo ya iniciado y obtener la satisfacción de su crédito con el, producido del remate y aun con preferencia sobre el mismo ejecutante, si éste no tenía mejor derecho.

210.- EMBARGO Y REEMBARCO.

Otro problema de sumo interés y transcendencia que dice relación con el N° 3° en estudio, es el de determinar si es o no posible embargar nuevamente o reembargar una cosa ya embargada por decreto judicial.

Basta la sola enunciación de este problema, para apreciar su estrechísima vinculación con el que terminamos de analizar, vinculación que nos ha obligado a referirnos a él a cada instante e incluso a pronunciarnos ya sobre su solución.

Y yendo aun más lejos, nos atrevemos a sostener que, en última instancia, ambos problemas son uno solo, razón por la cuál sus soluciones están influenciadas mutuamente al extremo de que sostener una tesis determinada sobre el reembargo, significa, necesariamente, admitir la doctrina que a tal tesis corresponde .en lo, que a la extensión del N° 3° se refiere.

Así, si se acepta que un bien embargado puede ser embargado en otro juicio, debe indiscutiblemente concluirse que la enajenación que de él se haga como, consecuencia de la tramitación. de uno de los juicios ejecutivos, es válida y no hay en ella objeto ilícito, puesto que otra solución sería contradictoria con la□ anterior, y si se acoge esta doctrina debe, racionalmente, aceptarse el reembargo. Tan efectivo es esto qué, como vimos, quienes defienden la doctrina que restringe la aplicación del N° 3° a las enajenaciones voluntarias, fa basan, precisamente, en la premisa de que es posible y legal el reembargo.

Por el contrario, si se piensa que el art. 1464 sanciona con la ilicitud del objeto tanto las enajenaciones voluntarias como las, forzadas, debe, lógicamente, rechazarse el embargó desde que él no tiene razón de ser si la enajenación forzada a que conduce, adolece de una causal de nulidad; y si se rechaza el embargo de una cosa ya embargada, no puede aceptarse la validez de la enajenación forzada.

Por estas mismas razones, hemos avanzado ya muchos conceptos que fue indispensable dar en el estudio del problema anterior y en más de una ocasión nos limitaremos a remitirnos a lo ya dicho.

211.– Doctrina y jurisprudencia.

De lo expuesto se deduce que, en lo que dice relación con este problema, la situación de la doctrina y de la jurisprudencia debe ser la misma que vimos al estudiar el alcance del N° 3 del art. 1464. Y efectivamente, así es: los autores y los fallos que se pronuncian por la tesis que afirma que la ilicitud se reduce sólo a las enajenaciones voluntarias, aceptan el reembolso; y a su vez, los que sostienen la aplicación amplia de este precepto, niegan valor legal al embargo de un bien ya embargado.

Por ello, las sentencias que resuelven esta interesante cuestión son las mismas a que aludimos poco más atrás, aumentadas con algunas que por pronunciarse directa y exclusivamente sobre el reembolso, no citamos entonces.

212.– TEORIA DEL REEMBARGO.

Los defensores de esta tesis se basan en los siguientes argumentos, algunos de los cuales ya han sido analizados.

a) Los arts. 2465 y 2469 del C. Civil conceden a los acreedores el derecho de prenda general sobre todos los bienes del deudor, para perseguir sus ejecuciones y pagarse, caso de ser los bienes insuficientes, a prorrata de sus créditos, siempre que no haya causales especiales para preferir a algunos. Negar a un acreedor el derecho a embargar un bien por haber sido ya embargado por otro, significa dar al primero un privilegio que la ley no contempla.

b) Los arts. 2465 y 2469 del Código de Proc Civil admiten la posibilidad de entablar un juicio ejecutivo existiendo ya uno pendiente sobre los mismos bienes y ante otro tribunal; y

c) Los arts. 1618 del C. Civil y 467 del de Proced. Civil, que señalan los bienes inembargables, no enumeran en parte alguna a las cosas que ya están embargadas.

213.– Jurisprudencia.

La jurisprudencia que acoge ésta doctrina es la que analizamos al estudiar la interpretación, restringida del N° 3° del art. 1464 y como entonces vimos, sus fundamentos, quedan comprendidos en las razones precedentes.

Sólo debemos agregar ahora una sentencia de la Corte Suprema que acogió como válido el reembolso dando la razón que señalamos con la letra al y diciendo: "La circunstancia de que un acreedor persiga bienes del deudor haciéndolos embargar, no impide que otro acreedor persiga los mismos bienes y los embargue, ya que lo contrario limitaría el derecho del acreedor sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros, y significaría un privilegio en favor del primer acreedor que la ley no acuerda (²⁹⁹) .

²⁹⁹ Rev. de D. y J., T. I, Parte II, pág. 513.

214.– Crítica a esta doctrina.

De las tres razones anotadas, la primera y que sirve de fundamento a este fallo, fue ya antes analizada y creemos haber demostrado entonces su inconsistencia. Baste ahora repetir que negar valor al reembolso no significa en manera alguna dejar en situación privilegiada al primer acreedor, ya que la ley concede a los demás el camino para obtener con aquél el prorrateo de los bienes que existen, y cumplir así lo ordenado por el mismo artículo en que, erradarnente, se quiera fundamentar la opinión que refutamos.

215.– No es efectivo que los arts. 550 y 551 del Código de Proced. Civil, acepten el reembolso.

En cuanto a la segunda, opinamos que si bien es cierto que los arts. 528, 529 del Código Proc: Civil admiten la posibilidad de que existan dos juicios ejecutivos simultáneamente y ante diferentes tribunales; no es efectivo que de ahí deba concluirse que el Código acepta el valor del reembolso, sino que, contrariamente, esos artículos demuestran que la ley repudia el embargo de una cosa ya embargada

Los preceptos en cuestión se encuentran ubicados en el Párrafo 3° del Título I del Libro III del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a las tercerías en el juicio ejecutivo; y reglamentan en forma especial la tercería de pago.

El artículo inmediatamente anterior, el 527; repite lo establecido en el 2469 del Código Civil y nos dice que si el deudor no tiene otros bienes que los embargados y éstos son insuficientes para cubrir los créditos del ejecutado y del tercerista y ninguno justifica derecho preferente para el pago, "se distribuirá el producto de los bienes entre ambos acreedores, proporcionalmente al monto de los créditos ejecutivos que hicieren valer".

El final del art. 521 establece que "la tercería de pago se tramitará como incidente" y el 528 nos dice que "cuando la acción del segundo acreedor se dedujere ante diverso tribunal, podrá pedirse se dirija oficio al que estuviere conociendo de la primera ejecución para que retenga de los bienes realizados la cuota que proporcionalmente corresponda a dicho acreedor".

Estas disposiciones indican en forma muy clara que la ley ha contemplado dos caminos – que satisfacen plenamente las necesidades de la realidad – para que el acreedor con título ejecutivo obtenga su pago íntegro o a prorrata con los demás, cuando el deudor no tiene más bienes que los ya embargados.

Y así, si el acreedor, que desea iniciar una ejecución tiene conocimiento de que los bienes de su deudor están embargados en, un juicio ejecutivo ya iniciado, y no tiene privilegio. que hacer valer, debe concurrir a ese procedimiento interponiendo una tercería de pago, que será tramitada incidentalmente.

Pero si ese mismo acreedor ignora esa situación e inicia por, su parte un juicio ejecutivo, en el momento en que la conozca – lo que necesariamente ocurrirá cuando pretenda trabar embargo – deberá pedir al tribunal ante quien litiga, que se dirija oficio al que estuviere conociendo de la primera ejecución para que retenga de los bienes realizados la cuota que proporcionalmente corresponda a dicho acreedor".

Dentro de este mismo orden de ideas, el art. 529 establece las facultades del tercerista con relación al depositario y a la realización de los bienes, determinando que las mismas corresponden al primer acreedor si concurre a la ejecución que ante otro tribunal ha deducido el segundo.

Como se ve, al reconocer la ley la posible coexistencia de dos juicios ejecutivos, lejos de admitir el reembargo señala los medios para cumplir con la legislación sustantiva en lo que a la distribución proporcional de los bienes se refiere, sin tener que recurrir; a él.

216.– Los derechos concedidos en esos artículos al segundo, acreedor, son los únicos que puede ejercer.

Los sostenedores de la tesis. contraria, afirman que la ley reglamenta los casos que hemos analizado como derechos concedidos al segundo acreedor y que en consecuencia, éste puede usar de ellos o embargar nuevamente, según le convenga. En efecto, dicen, los arts. 528 y 529 emplean la palabra "podrá", demostrativa de facultad y no: de deber.

Sin embargo, creemos que esta aseveración no es exacta. En conformidad al art. 22 del C. Civil "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía"; y si se acepta que el segundo acreedor pueda continuar adelante su ejecución y realizar los bienes, la armonía de la ley se romperá puesto que no será posible en este caso lograr la distribución proporcional de los bienes que ordenan los arts. 527 del C. de Procedimiento y 2469 del C. Civil, ya que el pago quedará subordinado al resultado de una lucha abierta entre los acreedores, obteniendo la satisfacción solamente aquél que primero realice los bienes, en desmedro de los otros que nada obtendrán.

Por otra parte, el inciso final del art.528 da al primer acreedor esas mismas facultades para participar en la ejecución que ante otro tribunal deduzca éste, con lo cual la ley repudia una vez más al reembargo, reglamentando una situación que de no haberse previsto, no tenía otra solución que el reembargo. En efecto, si iniciada por un acreedor una ejecución en la cual, por tropiezos del procedimiento, no fuera posible embargar rápidamente los bienes necesarios, dicho acreedor quedaría burlado en sus derechos si otro acreedor ejecutara con posterioridad y embargara antes, salvo que se le permitiera reembargar. Pero la ley previó esta situación y contempla la manera de salvarla: concediendo al primer acreedor la facultad de participar en la segunda ejecución y entrar a la distribución de los bienes mediante una tercería de pago; con lo cual repudia otra vez el reembargo, fijando la manera de eludirlo.

Es, pues, evidente la conclusión de que la ley procesal ha establecido la tercería de .pago, en sus dos modalidades, como las únicas maneras de dar cumplimiento al art. 2469 del C. Civil y que, en consecuencia, rechaza el embargo de una cosa embargada, que constituye la negación de esa norma.

217.– Las enumeraciones de los arts. 1618 del C. Civil y 467 del Código de Procedimiento Civil no son taxativas.

El último argumento en que se basa la teoría del reembargo, que sostiene que los arts. 1618 del C. Civil y 445 del de Proced. Civil no enumeran entre las cosas inembargables a las embargadas, es sin duda, el más débil.

Ni el art. 1618 del C. Civil ni el del de Proced. Civil contienen enumeraciones taxativas. Hay muchas otras leyes que establecen la inembargabilidad de ciertos bienes —la ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades y la Ley de Rentas Municipales, por ejemplo— fuera de aquellas disposiciones que sin aludir directamente al embargo también lo prohíben, como las que se refieren a las cosas comunes a todos los hombres y a las cosas consagradas al culto divino (Arts. 585 y 586 del C. Civil). No hay quien pretenda sostener que un camino público es susceptible, de embargo porque no figura en los citados arts. 1618 y 467.

No es razón que justifique el reembargo, la circunstancia de que en esos artículos no figuren las cosas embargadas.

218.— DOCTRINA DEL EMBARCO UNICO.

Parece evidente que es la que se ajusta a la ley y que, consiguientemente, embargada una cosa no puede volver a serlo mientras el primer; embargo esté vigente.

La jurisprudencia que la acoge es numerosa. A la citada al tratar de la tesis que afirma que el N° 3° del art. 1464 se aplica, tanto a las enajenaciones voluntarias como a las forzadas, debemos agregar la siguiente:

En 1917 la Corte Suprema establece que el embargo es lá aprehensión compulsiva que el juez de la causa hace de deternados bienes del deudor y, desde el momento en que se verifica tales bienes quedan sujetos a la autoridad del referido juez sin que sea lícito embargar los mismos bienes por decreto de otra autoridad y en un juicio diferente (³⁰⁰) ; en 1921 el mismo tribunal confirma esta doctrina (³⁰¹) ; en 1925 el Tribunal de Casación decide que; trabado embargo en bienes del deudor, éstos quedan sujetos a la jurisdicción del juez que lo ordenó y no es permitido embargarlos; nuevamente ni ante el mismo ni ante otro juez (³⁰²) ; en 1926 la Corte de Concepción declara que el embargo por decreto judicial, comprensivo de la prohibición de gravar y enajenar, da la condición de no estar en el comercio (³⁰³) ; en 1930 la Corte de Temuco falla. que una vez hecha la traba, no se puede embargar de nuevo, por las siguientes consideraciones: "El embargo en derecho, es la exclusión del comercio humano de .un bien determinado y en el hecho, la entrega real o simbólica del mismo a un depositario; y su fin es someter dicho bien a la jurisdicción del juez que decreta su embargo, con el objeto preciso y determinado de hacer efectivo sobre el producto de su enajenación la obligación del

³⁰⁰ Gaceta. Año 1917, T. I, pág. 117, sent. 43.

³⁰¹ Gaceta. Año 1921, T. II, pág. 473; sent, 103.

³⁰² Gaceta. Año 1925, pág. 650, sent. 101.

³⁰³ Gaceta. Año 1926, T. II, pág. 635, sent. 147.

deudor que ha motivado el juicio dentro del cual se ha trabado el embargo. Que una vez hecha la traba en forma legal, es imposible en derecho y en el hecho proceder a efectuar un nuevo embargo sobre esos mismos bienes; porque lo que se encuentra actualmente excluido del comercio humano no es susceptible de una nueva exclusión, y porque un bien que real o simbólicamente se encuentra en poder de un depositario, no puede sin enervar la acción que le corresponde al depositario, ser puesto en poder de otro depositario. Que el procedimiento contrario, además de ser impracticable, invadiría la jurisdicción del juez que ya ha decretado el embargo y lo que es más, enervaría el juicio ejecutivo impidiendo llegar a su término natural, cual es hacer pago al acreedor con el producto de la venta del bien embargado. Que lo dicho no perjudica los intereses de los terceros que pretenden hacer valer sus derechos sobre el mismo bien, puesto que la ley, sin perjudicar los efectos del embargo, determina la forma cómo esos terceros pueden hacer valer sus derechos (³⁰⁴); y en 1933 la Corte de Santiago establece que no pueden subsistir válidamente dos embargos sobre una misma cosa (³⁰⁵).

219.– Razones en que se funda.

Las razones en que esta doctrina se fundamenta – algunas de las cuales sirven de base a los fallos citados – nos parecen inobjetables y pueden enunciarse así

1º) El art. 1464, al decidir que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que enumera, las excluye del comercio jurídico y, en consecuencia, tales cosas no pueden ser nuevamente excluidas. Por ello, embargado un bien, no puede ser reembargado mientras no se alce el primer embargo.

Al referirnos al concepto de objeto ilícito, concluimos que en el art. 1464 él lleva envuelta la idea de inenajenabilidad, puesto que la única razón por la cual las cosas señaladas en esta disposición no pueden ser válidamente enajenadas, es la de haber sido colocadas por la ley fuera del comercio. Al fundar la tesis que ahora estudiamos, la doctrina y la jurisprudencia nos dan la razón.

Es evidente que el embargo de una cosa, hecho por decreto judicial, significa la exclusión momentánea de ese bien del comercio, porque así lo da a entender el art. 1464 y porque además □ como en términos tan exactos expresa la sentencia de la Corte de Temuco que hemos citado y que es la más completa sobre la materia □ el objetivo preciso □ y determinado del embargo es "hacer efectivo sobre el producto de su enajenación la obligación del deudor que ha motivado el juicio dentro del cual se ha trabado el embargo", razón por la cual no es lícito volver a embargar los bienes "que han quedado sujetos a la jurisdicción del juez que lo ordenó" (fallo del año 1917 de la Corte Suprema); de manera que con el embargo se produce un verdadero desasimio de los bienes, los cuales quedan bajo la tenencia exclusiva del juez, sin que sea posible enajenarlos ni embargarlos, sea por el deudor, por un acreedor o por otro juez.

Es este uno de los fundamentos básicos de la doctrina y, como hemos visto,

³⁰⁴ Jurisprudencia al Día. □ Julio de 1930.

³⁰⁵ Jurisprudencia al Día. □ Agosto de 1933, T. 217, pág. 403.

constituye los considerandos de varias de las sentencias sobre la materia.

Y por si alguna duda quedara sobre su veracidad, hay un antecedente histórico que lo confirma: durante la discusión del art. 472 del Código de Proced. Civil, los miembros de la Comisión Mixta manifestaron su opinión en el sentido de que, embargado un bien, quedaba excluido del comercio.

220.– El embargo es principio de enajenación.

2º) El embargo es un principio de enajenación y, por consiguiente, no puede ser embargado válidamente un bien comprendido en el art. 1464, entre los cuales se cuentan las cosas embargadas por decreto judicial.

Este argumento es también inobjetable. Como oportunamente vimos, la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime, coinciden en dar al término enajenación, dentro del art. 1464, su acepción amplia que lo hace comprensivo de, todo acto por el cual, se transfiere el dominio o se constituye un gravamen real, circunstancia esta última que incluye al embargo en el concepto de enajenación.

221.– Explicación de Bombal.

Antonio Bombal, en su tesis sobre "Embargo y reembolso" (³⁰⁶), refuta esta afirmación y dice que el nuevo embargo no es enajenación sino que sólo principio de enajenación y queda por ello fuera del comercio. Afirma además que, practicado reembolso ante el mismo tribunal que libró el embargo, tampoco puede ser ilícito por cuanto al ordenarlo el tribunal no hace otra cosa que dar la autorización a que ese artículo se refiere; y agrega que "si la enajenación se produce bajo los auspicios de un tribunal distinto, tampoco habría en ello ilicitud aunque estuvieren las cosas enajenadas bajo el peso de un embargo decretado por, otro tribunal, porque la disposición del art. 1464 que venimos analizando regla las relaciones de orden privado entre las parte de un juicio, pero no puede llegar hasta impedir a un juez el conocimiento total de un asunto hasta su terminación, porque esta atribución se la dan las disposiciones de orden público de la Ley Orgánica de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil".

222.– Refutación.

Fácil es refutar estas argumentaciones:

La primera, según la cual el embargo no es enajenación si no que principio de enajenación, no necesita mayores comentarios porque, precisamente por, ser principio de enajenación, el embargo queda regido por el, art. 1464:

En cuanto a la segunda, que sostiene que el reembolso practicado ante el mismo tribunal que ordenó el embargo, lleva en vuelta la autorización del juez exigida por el N° 3º del art. 1464, no es, efectiva porque esa autorización, como pronto veremos, debe darse con, conocimiento de causa y, por lo tanto, en, forma expresa; razón por la cual no puede constituir una actuación, del tribunal que sólo puede servir de base a una

³⁰⁶ Embargo y reembolso. □ Memoria de prueba, año 1932.

presunción: de que ella se ha dado, máxime si la presunción es muy discutibles porque no es claro que un juez conozca y recuerde todos los embargos que ha librado, para que se pueda sostener que al autorizar un reembargo (o hace con pleno conocimiento del embargo anterior y; por consiguiente, autorizando la enajenación.

Finalmente, no es aceptable ni tiene fundamento la pretensión de que el art. 1464 sólo se aplica a las relaciones privadas de las partes de un juicio: esa disposición excluye del comercio ciertos bienes, y esta exclusión no sería tal si sólo afectara a algunas personas y en determinadas circunstancias. La norma es sin duda, de aplicación general.

Por lo demás, este precepto no es contradictorio – como sostiene el Sr. Bombal - con las disposiciones de orden público que entregan al juez el conocimiento de un asunto hasta su total terminación, ni impide que este hecho se realice. En efecto, las mismas leyes aludidas por el Sr. Bombal, las del Código de Proc. Civil, indican en los arts. 550 y 551 el procedimiento a seguirse en estos casos y que no es otro, que el envío de un oficio al juez que conoce dé la primera ejecución, para que retenga de los bienes realizados la cuota que corresponde al acreedor respectivo. Esta es la terminación natural del segundo juicio ejecutivo, y el hecho de que no llegue a dictarse sentencia definitiva, nada significa. Numerosos y muy conocidos para citarlos, son los casos en que el mismo Código de Procedimiento y la ley Orgánica de Tribunales contemplan la terminación prematura de un juicio, y no hay quien pretenda que tales disposiciones son contrarias al orden público porque impiden que el juez conozca del asunto hasta la dictación de la sentencia.

223.– Los arts. 472 y siguientes del Código de Proc. Civil repudian el reembargo.

3º) Los artículos del Código de Proced. Civil que reglamentan la administración de los bienes embargados por parte del depositario —472 y siguientes— demuestran una vez más que la legislación positiva repudia al reembargo, ya que ellos parten siempre de la base de que el embargo es uno y exclusivo y serían absolutamente inaplicables en muchos aspectos, si se aceptara la coexistencia de dos o más embargos y, consiguientemente, de dos o más depositarios.

Bombal pretende objetar esta razón afirmando que el acreedor puede pedir que no se nombre depositario y que el embargo, pese a lo que dispone el art. 472; no se perfecciona con la entrega de los bienes al depositario, sino que con la traba.

Pero tal argumentación no es válida. El artículo citado dice en forma que no admite interpretaciones, que "el embargo se entenderá hecho por la entrega real o simbólica de los bienes al depositario que se designe, aunque éste deje la especie en poder del mismo deudor", y así lo ha entendido siempre la doctrina y la jurisprudencia, razón por la cual las reglas de la administración del depositario son aplicables siempre que hay embargo y ellas – repetimos – no admiten la posibilidad de un doble embargo.

224.– Otras razones.

4º) Finalmente, pueden citarse en apoyo de esta teoría todas las razones que dimos para comprobar que el N° 3º del art. 1464 se aplica también a las enajenaciones forzadas

hechas con intervención de la justicia, las cuales, además, dejan en claro la ninguna utilidad del reembargo y la contradicción que significa a los arts. 2469 del C. Civil y 549 del de Proced. Civil, que contienen las disposiciones fundamentales sobre esta materia y cuya equidad y justicia no puede ser discutida.

225.- PROHIBICIONES DE ENAJENAR VOLUNTARIAS O CONVENCIONALES.

Dijimos que hay consenso en la doctrina y en la jurisprudencia para considerar incluidos entre los bienes embargados por decreto judicial a que alude el art. 1464, a aquellos respecto de los cuales se ha dictado una prohibición judicial de enajenar. .

Con relación a este punto, es de interés analizar si quedan comprendidas en esta disposición las prohibiciones de enajenar que acuerden las partes en un contrato, o bien, que una persona se imponga voluntariamente para con otra.

Pero, para dilucidar tal cuestión, previo es decir algo sobre la validez de estas prohibiciones consideradas en general, punto, que ha sido discutido.

Hay autores que sostienen la ineficacia total de las cláusulas. que limitan o embarazan la facultad de disponer de una cosa; o de enajenarla, porque ese derecho es de orden público y constituye la esencia misma del dominio, no siendo, en consecuencia, susceptible de ser objeto de declaraciones de voluntad de los particulares.

Otros tratadistas, por el contrario, se pronuncian por la plena validez de esas cláusulas y afirman que la ley les reconoce eficacia.

Finalmente, un tercer grupo opina que ellas sólo tienen valor cuando no son absolutas y definitivas, es decir, cuando la prohibición de enajenar impuesta a una parte, está limitada en el tiempo, sea por plazo o condición.

Sin entrar al estudio profundo del problema, que no nos corresponde hacer ahora, creemos que ésta es la doctrina verdadera. La mayoría de los tratadistas y la jurisprudencia la acogen.

Por ello, sólo nos referiremos a las prohibiciones de enajenar; voluntarias o convencionales limitadas en el tiempo, puesto que son las únicas que tienen eficacia.

Hay quienes piensan que estas prohibiciones caen dentro del art.1464, porque el art. 53 N° 3° del Reglamento del Conservador, de Bienes Raíces determina que puede inscribirse "todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional; legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase e) embargo; cesión de bienes, secuestro, litigio, etc.". Si la ley permite su inscripción – se argumenta – y reconoce que tal prohibición embaraza o limita el derecho de enajenar libremente, es evidente que, armonizando las disposiciones; hay que concluir que su violación adolece de objeto ilícito.

Sin embargo, creemos que no merece duda la afirmación contraria, es decir, que la violación de las prohibiciones convencionales o voluntarias no acarrea la nulidad ni tiene objeto ilícito, por las razones que siguen:

El art. 1464 en su N° 3° se refiere a las cosas embargadas "por decreto judicial", de manera que si el concepto de embargo en esta disposición se considera comprensivo de

las medidas precautorias y de las prohibiciones de enajenar, debe serlo sólo de las que sean decretadas en juicio, como lo dice con toda claridad la norma en cuestión.

Más evidente parece esta conclusión si se recuerda que la causal de la ilicitud del objeto en la enajenación de las cosas señaladas en el 1464, está en el hecho de que esas cosas son excluidas del comercio por la ley. En consecuencia, aceptar que los bienes prohibidos de enajenar por un particular, se rigen por esta disposición, significa aceptar también la posibilidad de que la voluntad de una persona pueda dejar a un bien al margen de las relaciones jurídicas, conclusión inaceptable desde todo punto de vista. En numerosas disposiciones el legislador deja en claro su interés de que los bienes circulen y sean objeto de toda clase de actos y contratos y toma medidas para evitar que ellos se eternicen en una o en pocas manos, todo lo cual lleva al repudio de la doctrina de que los particulares pueden hacer voluntariamente inenajenables las cosas que deseen. Por ello, con toda sabiduría, el art. 1464 ha aludido a las cosas embargadas "por decreto judicial", permitiendo solamente a la autoridad encargada de administrar justicia y en ciertas y determinadas condiciones, el uso de una facultad tan delicada.

El hecho de que el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces admita la inscripción de una prohibición voluntaria o convencional, no puede llevar a la conclusión de que la ley considera al bien afectado fuera del comercio. Ello sólo obedece a una razón de elemental equidad: poner en conocimiento de los terceros la existencia de una prohibición, porque si bien ella no significa la nulidad del acto en caso de infracción, ésta puede traer inconvenientes y complicaciones capaces de inducir a quien tenga interés en adquirir la propiedad, a no hacerlo mientras la prohibición esté vigente; razón además para que el favorecido con la medida desee inscribirla y la ley le permita hacerlo.

226.– Sanción que traen consigo.

¿Significa esto que no hay sanción para la violación de una prohibición voluntaria o convencional de enajenar? Evidentemente que no.

Si ella se ha establecido en un contrato como obligación de una de las partes, no hay duda de que la sanción quedará regida por las reglas de la responsabilidad contractual, puesto que su violación no significará otra cosa que incumplimiento a los deberes de una de las partes contratantes. En este sentido resolvió un fallo de la Corte Suprema que declaró que la expresión "el comprador no podrá enajenar ni alterar el presente contrato so pena de quedar éste sin efecto", no envuelve nulidad sino que una condición resolutoria en favor del vendedor (³⁰⁷).

Y si ella es el resultado de la imposición voluntaria de una persona en favor de otra, es evidente que quedará sujeta a las normas de los actos unilaterales

227.– Prohibiciones impuestas por algunas instituciones crédito.

La cláusula de no enajenar es de aplicación diaria en los contratos celebrados por las instituciones hipotecarias o por las cajas de previsión. No hay operación por ellas realizada respecto de inmuebles, en que no se estipule que el particular estará impedido

³⁰⁷ Rev. de D y J., T. XIII. Parte II. Sec. I.a., Pág. 429,

de enajenar el bien raíz mientras no cancele totalmente la deuda.

Desde el punto de vista del solo contrato, la situación de estas prohibiciones es la que dejamos señalada. Sin embargo, si el cliente la infringe, en la mayoría de los casos el acto será nulo por adolecer de objeto ilícito y no porque sea errada la afirmación precedente, sino que por una razón diversa.

Las respectivas leyes orgánicas de casi todas las instituciones aludidas, establecen que es prohibido enajenar los bienes raíces que en ellas tengan operaciones pendientes, mientras ésta no haya sido liquidada. En estos casos, entonces, la prohibición es legal o contrato respectivo no hace otra cosa que incorporar a él el mandato de la ley, con el fin de facilitar la inscripción correspondiente.

Por esta razón, las prohibiciones que establecen, entre otra las siguientes instituciones, no pueden ser violadas sin incurrir. nulidad por ilicitud del objeto: Caja de Retiro y Previsión Social, de los FF. CC. del Estado, Caja Nacional de EE. PP. y Periodistas, Caja de Retiro y Previsión Social de los Empleados Municipales, Caja de Retiro y Montepío del Ejército y de la Armada, Caja de Previsión de los Carabineros de Chile y Caja de Ahorros de los EE. Públicos.

Las prohibiciones que se estipulen con las cajas o instituciones hipotecarias que no tengan una disposición semejante en su ley orgánica, quedan sometidas a la regla general, y su infracción significará tan sólo incumplimiento contractual.

PARRAFO III.— Medios de enajenar válidamente las cosas embargadas.

228.— Cómo pueden enajenarse válidamente las cosas embargadas,

Cómo pueden enajenarse válidamente las cosas embargadas.

Terminado el estudio de las cosas embargadas por decreto judicial y de su enajenación, corresponde ocuparse de los caminos que la misma norma señala para poder enajenarlas válidamente: la autorización del juez y el consentimiento del acreedor.

Nos referiremos separadamente a cada una de ellas.

229.— AUTORIZACION DEL JUEZ.

Si el propósito de la ley al impedir la enajenación de las cosas embargadas, es el de evitar que el acreedor sea burlado o dificultado en el ejercicio de derecho es de toda lógica que si esa enajenación no le perjudica; debe ser permitida. Y la persona llamada a dar la autorización ese sin duda, el juez que conoce el asunto y que ha librado el embargo ola prohibición, por dos razones claras: a) él es quien tiene antecedentes exactos del juicio y puede, consiguientemente, re- solver con pleno conocimiento sobre el peligro que puede encerré` la enajenación; y b) como antes vimos, los bienes objeto de una medida de tal naturaleza quedan bajo su jurisdicción exclusiva siendo, por lo tanto, él la persona llamada a decidir sobre su enajenación.

Es por esto que la ley ha dispuesto sabiamente al establecer que la enajenación puede practicarse si el juez la autoriza previamente.

230.- Jurisprudencia.

La jurisprudencia ha aplicado e interpretado correctamente esta norma.

Así, en cuanto a qué juez debe dar la autorización, ha resuelto que "no es otro que el propio que ordenó la prohibición o el embargo" (³⁰⁸) (³⁰⁹); y que el objeto ilícito que afecta a la enajenación de la cosa embargada por decreto judicial, sólo puede precaverse por la autorización del mismo juez que ordenó la prohibición o por el consentimiento del acreedor, (³¹⁰); sentencias ajustadas estrictamente a la ley y de cuya opinión participamos, según se desprende de las consideraciones precedentes.

Por lo mismo, nos parece errado el, voto disidente de un juez que sostuvo que una enajenación debía considerarse autorizada por la justicia, porque la propiedad había sido sacada a remate por un juez arbitro que antes, como apoderado del ejecutante; había solicitado y obtenido la prohibición de enajenar (³¹¹).

231.- Cómo debe darse la autorización.

Con relación a la manera de dar la autorización, en fallo de 1913 se resolvió que ella debe darse con conocimiento de causa, por lo que no basta el hecho de ser el mismo tribunal que decreta la medida que hace la venta forzada, para que se suponga que el juez ha consentido (³¹²), solución perfectamente de acuerdo con lo que hemos dicho.

Finalmente, en uso de la facultad soberana del juez para apreciar el perjuicio de la operación, en fallo de 1883 se aceptó la inscripción de la hipoteca de un bien prohibido de enajenar, porque con ella se obtendría dinero para pagar un saldo insoluto de precio y se evitaría la resolución de un contrato; lo cual sería beneficioso para el acreedor (³¹³); y en sentencia de 1885, se concedió autorización para hipotecar un bien embargado por no ser la hipoteca perjudicial al acreedor (³¹⁴).

232.- CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR.

La segunda manera contemplada por la ley para poder enajenar eficazmente una cosa embargada, consiste en obtener el consentimiento del acreedor.

³⁰⁸ Gaceta.— Año 1913, T. IV, pág. 2835, sept. 973. Rev. de D. y J., T. XII, Parte II, Sec. la., pág. 80.

³⁰⁹ Gaceta— Año 1915, T. II, pág. 854, sent. 345.

³¹⁰ Rev. de D. y J., T. XVII, Parte II, Sec. la., pág. 207.

³¹¹ Gaceta.— Año 1905, pág. 667, sent. 426.

³¹² Gaceta.— Año 1913, T. II, pág. 1708, sent. 542.

³¹³ Gaceta.— Año 1883, pág. 1909, sent. 3391.

³¹⁴ Gaceta.— Año 1885, pág. 785, sent. 1302.

La razón de ser de esta medida no necesita de mayores explicaciones: el embargo beneficia exclusivamente y está establecido en favor del acreedor, de modo que éste puede aceptar que la cosa se enajene, sea por haber llegado a algún acuerdo con su deudor, "sea para ser pagado con el precio de la enajenación, sea en virtud de otras garantías que se le den por el deudor" (³¹⁵), o simplemente, porque renuncia al derecho que el embargo significa, acto perfectamente posible puesto que se trata únicamente de su interés personal y no le está prohibida la renuncia.

233.– Cómo debe prestarse el consentimiento.

¿Y cómo debe prestar el acreedor su consentimiento? La ley no determina la forma ni señala solemnidades de ninguna clase, razón por la cual la jurisprudencia ha entendido siempre que puede hacerlo expresa o tácitamente:

En 1913 la Corte de Valdivia falló que no hay objeto ilícito en la venta de un bien embargado si el comprador es el acreedor embargante, porque con ello demuestra su consentimiento y cae en la excepción del art. 1464 (³¹⁶); y en 1920 la Corte Suprema decidió que si, el acreedor que tiene embargo pendiente sabe de remate que va a efectuarse y no aduce oposición, debe estimarse que implícitamente lo acepta, por lo cual no hay objeto ilícito en la enajenación, ya que el acto cae en la excepción establecida por la ley (³¹⁷).

Cuando los acreedores son varios, es indudable que si en la enajenación sólo consienten algunos, no puede entenderse que el caso queda incluido en la excepción: es indispensable que todos ellos concurren a permitir la enajenación. Por eso creemos ajustado a derecho un fallo del año 1877, que decidió que hay objeto ilícito en la enajenación de objetos concursados, aunque algunos acreedores consintieron, porque ello se hizo sin el acuerdo de los demás y sin que antes se hubiera alzado el embargo (³¹⁸).

Finalmente, si la ley no exige requisitos para la exteriorización del consentimiento del acreedor, un tribuna no puede exigir los sin violar la ley, razón demás para considerar errada una sentencia de 1876, que declaró que hay objeto ilícito en la enajenación de un bien embargado, aun cuando la persona en cuyo favor: se trabó el embargo haya prestado el consentimiento, por cuánto aquél no se alzó y porque para validar el contrato debió haberse renovado la escritura para hacer constar la persistencia de la, parte de llevarlo a efecto (³¹⁹).

³¹⁵ Claro Solar, ob. cit., pág. 274, N° 878.

³¹⁶ Gaceta.— Año 1913, T. II, pág. 144, sent. 44.

³¹⁷ Rev. de D. y J., T. XVIII, Parte II, Sec. Ia., pág. 405 .

³¹⁸ Gaceta. □ Año 1876, pág. 387, sent. 782.

³¹⁹ Gaceta. □ Año 1877, pág. 1348, sent. 2608.

234.– La autorización y el consentimiento deben ser previos a la enajenación.

Como regla aplicable a las dos excepciones anteriores, podemos decir que la autorización del juez y el consentimiento del acreedor, deben ser previos a la enajenación.

Así se desprende de la letra misma de la ley y de los principios generales de derecho, ya que en caso contrario si al momento de la enajenación no existe autorización del juez o consentimiento del acreedor, aquélla adolecerá de un vicio de nulidad absoluta la cual no es susceptible de ratificación posterior.

SECCION IV. ENAJENACION DE LAS COSAS LITIGIOSAS (N.º 4 DEL ART. 464).

235.– Confusión de los conceptos de "cosas litigiosas" y "derechos litigiosos".

El último número del artículo 1464 establece la ilicitud del objeto en la enajenación de las especies "cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio".

Estas cosas son las llamadas generalmente, "cosas litigiosas" y es corriente su confusión con el concepto de "derechos litigiosos", confusión que se justifica en algunos casos en que las diferencias son difíciles y sutiles. Sin embargo, es ella de gravedad e importancia ya que en conformidad al número que estudiamos, en la enajenación de las cosas litigiosas hay objeto ilícito (³²⁰) y, por lo tanto, un vicio de nulidad absoluta; mientras que la enajenación de los derechos litigiosos es perfectamente válida y lícita y se encuentra expresamente reglamentada por el Código Civil en los arts. 1911 y siguientes.

Por ello y porque como ya veremos, incluso algunas sentencias no han sabido dar el verdadero concepto de "cosa litigiosas", comenzaremos por determinarlo y especialmente por diferenciarlo del de "derecho litigioso".

236.– COSAS LITIGIOSAS.

En conformidad al N° 4° del art. 1464, tienen esta calidad las cosas "cuya propiedad se litiga", o sea, aquellas que cumplen con dos requisitos: 1) que haya sobre ellas un juicio en tramitación; y 2) que este juicio se refiera al dominio de las cosas.

Claro Solar las define con exactitud diciendo que son los "bienes muebles o inmuebles, que son objeto de las encontradas pretensiones del demandante y del

³²⁰ A más de los casos a que luego aludiremos, hay algunos en que así se ha establecido sin mayor análisis, como por ejemplo, en fallo que resolvió que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas litigiosas (Gaceta. Año 1867, pág. 879, sentencia 2062) : en sentencia que decidió que también lo hay en la enajenación de unas minas litigiosas (Gaceta. Año 1870, pág. 453, sent. 994) ; y en fallo que declaró que hay objeto ilícito en la venta de una cosa cuyo dominio se litiga (Gaceta. Año 1905, pág. 851, sent. 537).

demandado en el juicio trabado sobre su propiedad" (³²¹).

De acuerdo con los términos de la ley, debe entenderse para estos efectos, que la cosa es litigiosa desde el momento en que la demanda ha sido o se ha dado por contestada, porque sólo desde entonces la propiedad "se litiga". Así lo entiende también el autor recién citado (³²²).

Por esto, a nuestro juicio no es exacta una sentencia que resolvió que para que haya objeto ilícito en la enajenación de un bien raíz litigioso no basta que exista demanda, sino que es necesario también que tanto el vendedor como el comprador hayan celebrado el contrato con conocimiento del juicio, ya sea por haber mediado alguna notificación, ya sea por decreto del juez que prohíbe la enajenación y que haya sido notificado al comprador o tercero interesado o bien que se haya inscrito la prohibición en el competente Registro del Conservador de Bienes Raíces; agregando .que esta doctrina rige aún en las enajenaciones efectuadas antes de la vigencia del Código de Proc. Civil (³²³). El fallo no ha sabido interpretar debidamente la disposición respectiva y se ha visto obligado a crear solemnidades y requisitos para hacer justicia. La ley (prescindimos por ahora de la modificación del Código de Procedimiento a que luego nos referiremos en especial), no exige en parte alguna el conocimiento del vendedor y del comprador para calificar a una cosa de litigiosa, bastándole para ello que actualmente se litigue sobre su propiedad, lo que, como hemos visto, sucede desde que la demanda ha sido contestada efectivamente o en rebeldía. Y si esta situación se ha producido, es lógico que el vendedor, a lo menos, conozca la situación de la cosa. El conocimiento es, pues, una consecuencia de la contestación de la demanda y no un requisito especial exigido por el legislador.

Tenemos, entonces, que el N° 4° del art. 1464 se aplica cuando el objeto preciso de la enajenación es la cosa sobre cuya propiedad hay actualmente juicio pendiente, como si Juan □ demanda a Pedro reivindicándole una cosa, y éste, avanzado el juicio, la vende y transfiere a Diego.

237.– Fundamentos de esta norma.

La filosofía de esta norma no es difícil de encontrar es idéntica a la del N° 34 del mismo artículo: evitar que se burle o dificulte el posible derecho del demandante.

238.– Jurisprudencia.

Si hay juicio pendiente sobre la resolución de un contrato de compra □ venta de cierto número de toneladas de guano, no se litiga sobre el dominio de la especie a que él se refiere y nos hay, consiguientemente, cosa litigiosa, pudiendo el guano ser vendido durante el juicio (³²⁴). Así se ha resuelto, a nuestro parecer correctamente.

³²¹ Ob. cit., pág. 275, N.° 881.

³²² Ob. cit., pág. 275, N° 881.

³²³ Rev de D. y J., T. VIII, Parte II, Sec. Ia. pág. 491.

Por el contrario, consideramos errado un fallo dictado en los primeros años de vigencia del C. Civil, que resolvió que la venta de la viña de un fundo embargado era nula por objeto ilícito, puesto que se trataba de una cosa litigiosa (³²⁵); apreciación evidentemente inexacta porque el sólo embargo de un bien no le da el carácter de litigioso; y nos parece igualmente errada una sentencie que decidió que, habiendo juicio en tramitación para que se declare que una persona debe hipotecar su propiedad en favor de otra, la hipotecación que de ella hace el deudor a un tercero, ¿ nula por constituir enajenación de una cosa litigiosa sin autorización del juez (³²⁶), puesto que si en la litis no se discutió la propiedad del inmueble, este no pudo ser cosa litigiosa.

239.- DERECHOS LITIGIOSOS.

Según lo que dispone el art. 1911 del C. Civil, por derecho litigioso debe entenderse "el evento incierto de la litis", o en otras palabras, la contingencia. del cedente de ganar o perder un pleito. Así, el reivindicador del un bien raíz que cede su derecho litigioso, no cede aquél sino la expectativa de llegar a tenerlo si el fallo le es favorable.

De acuerdo con el inciso 21 del art. 1911, se entiende para lo efectos de la cesión, que un derecho es litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda.

240.- CASOS EN QUE ES DIFICIL LA DISTINCION ENTRE "COSAS LITIGIOSAS" Y "DERECHOS LITIGIOSOS".

Como se ve, teóricamente es fácil distinguir entre una cosa litigiosa y un derecho litigioso y fijar los caracteres de uno y otro concepto.

Sin embargo, en la práctica la situación no es la misma, sobre todo si se trata de la cesión que el demandado hace de los derechos que le corresponden en la cosa que se reclama en la demanda, problema complicado aun desde el punto de vista doctrinario.

Si pendiente – v. gr. – un juicio sobre nulidad de una compra-venta de inmueble y reivindicación de los mismos, el demandado hace cesión de los derechos que tiene en esos bienes, ¿estamos en presencia de una enajenación de "derechos litigiosos" o de "cosas litigiosas"?

241.- Cómo ha resuelto la jurisprudencia.

El problema ha sido resuelto por nuestra jurisprudencia en forma acertada y de acuerdo con la ley: ha decidido que la cesión de "derechos litigiosos", por regla general puede hacerse solamente por el demandante; y que, tratándose del demandado, esa cesión tiene como objeto directo la cosa misma y no los derechos en disputa que sobre ella tiene y queda, en consecuencia, regida por el N° 3 del art. 1464, puesto que es enajenación de

³²⁴ Gaceta.– Año 1884, pág. 361, sent. 565.

³²⁵ Gaceta.– Año 1858, sent. 1553.

³²⁶ Gaceta.— Año 1868, pág. 168, sent. 322.

"cosa litigiosa".

Un primer fallo estableció que hay objeto ilícito en la enajenación que, hace el demandado de la cosa disputada, durante el juicio reivindicatorio (³²⁷). Sin embargo, esta sentencia no analizó con precisión el problema, el cual sólo fue resuelto en forma clara y decisiva por resolución de la Corte de Valdivia del año 1931, que en caso idéntico al ejemplo que antes pusimos, falló que al demandado "no le era dado vender derechos litigiosos que sólo corresponden, por regla general, al demandante, como se desprende de los arts. 1912 y 1913 del C. Civil" (³²⁸).

242.– Razones que apoyan esta. solución.

Los fundamentos de esta tesis, a nuestro juicio indiscutible, son los siguientes:

a) En conformidad a las reglas que antes dimos, si el actor cede su derecho litigioso, no hay duda sobre la cuestión puesto que no tiene ningún derecho efectivo sobre la cosa y enajena sólo la expectativa de llegar a tenerlo una vez que el juicio se resuelva.

Pero el demandado se encuentra en situación muy diversa: es él quien tiene la cosa en su poder, de modo que si enajena sus derechos sobre ella, aun cuando éstos estén en disputa, en el hecho cede la cosa misma y el objeto del acto no es, entonces, "el evento incierto de la litis", sino que el bien sobre el cual los derechos se ejercen, o lo que es lo mismo, "la especie cuya propiedad se litiga".

b) Se confirma este aserto si se tiene presente que en conformidad al art. 700 del C. Civil, el poseedor de la cosa calidad que tiene el demandado se reputa dueño mientras otro no justifique serlo, así es que la presunción subsiste durante todo el juicio y si el demandado enajena sus derechos sobre la cosa en litigio, "no cede ni puede ceder otros que los que realmente le pertenecen, y como esos derechos consisten en el dominio o propiedad, es éste el que cede y consiguientemente la cosa, ya que siendo la propiedad un derecho en una cosa corporal se identifica en tal forma, con ésta que quien cede el dominio de una cosa cede la cosa misma sobre que se ejerce." (³²⁹).

c) En estrecha armonía con lo anterior, el inciso 2° del art. 1911 considera litigioso un derecho, para los efectos de los artículos siguientes, "desde que se notifica judicialmente la demanda", con lo cual para darle ese carácter, sólo atiende a ésta y no a la contestación, situación totalmente opuesta a la de la "cosa litigiosa".

En el art. 2089 del Proyecto Inédito de Código Civil – correspondiente al actual 1911 se estimaba litigioso a un derecho "desde que se demanda judicialmente", exponiéndose así en forma bien clara el pensamiento del legislador de que el derecho sólo puede ser litigioso para el demandante, porque es el suyo el que se "demanda judicialmente", y no el del demandado. En el Código se varió la redacción de la frase para señalar con más

³²⁷ Rev. de D. y J., T. X, Parte II, Sec. la., pág. 117.

³²⁸ Rev. de D. y J., T. XXIX, Parte II, Sec. la, pág. 273.

³²⁹ Alessandri R. Arturo.– Artículo publicado en la Rev. de D. y J., f. XXIX, al pie de la sentencia de la pág. 273 de la Sec. la. de la Parte II.

exactitud el momento desde que el derecho es litigioso, pero no se cambió lá idea ni. el espíritu.

El art. 1912 dice que es indiferente que el cedente o el cesionario sea "el que persigue el derecho", indicando así, nuevamente, que sólo el demandante, que es el único que "persiguen" el derecho, pueda ceder "derechos litigiosos".

e) Dispone el art. 1913 que "el deudor no será obligado □a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se .haya notificado la cesión al deudor". Este artículo que no tendría aplicación si el demandado pudiera enajenar su derecho litigioso, está establecido precisamente, para favorecer al demandado que ha sido vencido, permitiéndole liberarse del cesionario pagándole sólo lo que dio por el derecho, más los intereses. Si el cesionario pudiera ser el demandado, ¿qué podría exigir en caso de ganar el juicio?

f) Finalmente, el art. 1914 legisla también sobre la base ,de que es el demandante quien ha cedido sus derechos, y no puede ser aplicado en otra situación. Ordena esta norma que "el deudor no puede oponer al cesionario el beneficio que por el artículo precedente se le concede, después de transcurridos nueve días desde la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia". Si esto último ocurre, es porque el demandado ha sido vencido en el pleito, y si él es el cedente, sería inmoral que la ley le permitiera oponer el beneficio a quien él cedió el derecho.

243.- Caso en que el demandado puede ceder un derecho litigioso.

Comenzamos por decir que sólo el demandante, por regla general, puede ceder un derecho litigioso, y □de lo recién expuesto aparece que jamás el demandado puede hacerlo.

Sin embargo, no hay entre ambas afirmaciones contradicción ninguna, porque si en verdad el demandado, como tal, jamás puede ceder un derecho litigioso, puede hacerlo en su calidad de actor, cuando hubiere entablado reconvencción.

244.- Voto disidente de un fallo.

En un fallo dictado en 1875 por la Corte de Concepción, el Ministro don José Antonio Astorga firmó un voto disidente fundando la resolución que el Tribunal apoyaba en otras razones, y sostuvo que la donación de los derechos sobre unos potreros cordilleranos, hecha durante un juicio que sobre su dominio se□seguía con la Municipalidad respectiva, no adolecía de objeto ilícito porque era cesión de derechos litigiosos que debía regirse por el art. 1911 del C. Civil (³³⁰).

Esta sentencia pudo ser exacta o no, según la calidad que en el juicio reivindicatorio tuviera el cedente, de acuerdo con lo que antes hemos dicho. Ni en el fallo ni en el voto del Ministro hay datos que permitan concluir en uno u otro sentido, razón por la cual es imposible pronunciarse sobre la bondad del voto en cuestión.

³³⁰ Gaceta. □ Año 1875, pág. 240, sent. 518.

245.- REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS COSAS LITIGIOSAS PARA QUEDAR INCLUIDAS EN EL ART. 1464.

Sobre este punto deben distinguirse dos épocas perfectamente diferentes: 1°) bajo la sola vigencia del Código Civil; y 2°) después de la dictación del Código de Procedimiento Civil.

En la primera situación, en conformidad a lo dispuesto en el N° 4 en estudio, no era necesario el cumplimiento de ningún requisito para que la enajenación de una cosa litigiosa fuere sancionada con la ilicitud del objeto, puesto que esta norma, no los exige y se limita tan sólo a determinar el camino a seguir para que la cosa pueda ser enajenada válidamente: obteniendo la autorización del juez que conoce del litigio, situación análoga a la de las cosas embargadas.

Dentro de esta disposición bastaba que la enajenación se refiriera a una cosa "cuya propiedad se litiga", para que adoleciera de objeto ilícito.

Pero esta situación fue cambiada radicalmente por el Código de Procedimiento Civil.

Como lo expresamos al hacer el análisis del N° 3° del art. 1464, el legislador del Código Civil no cuidó de establecer en este artículo las medidas de publicidad necesarias para evitar que terceros de buena fe fueren sancionados por él. Este vacío fue el causante de muchas injusticias hasta que entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil que dispuso en el art. 286, inc. 2°, que "para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el N° 4° del art. 1464 del C. Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos", agregando en el art. 287 que "cuando la prohibición recayere sobre bienes raíces se inscribirá en el Registro Conservatorio respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros" y que "cuando versare sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tuvieren conocimiento de ella al tiempo del contrato".

Desde 1902 quedó, entonces, salvaguardado el derecho de los terceros, los cuales sólo pueden ser afectados por la ilicitud del objeto, si se cumple con los requisitos recién indicados.

246.- Modificaciones introducidas por el Código de Procedimiento Civil.

Durante el estudio del N° 3 expresamos también que él había sido modificado por el Código de Procedimiento y citamos como disposiciones modificatorias a los mismos arts. 286 y 287.

Y no es éste un error: el Código de Procedimiento equipara las cosas sobre las cuales hay prohibiciones judiciales y que quedar comprendidas en el N° 3° del art 1464, con las cosas litigiosas, al exigir que el juez dicte también prohibición respecto de éstas para que puedan entrar en el N° 4°, y evitar así que cualquiera pueda, abusivamente, entorpecer la enajenación que una persona quiera hacer de sus bienes, mediante la instauración de una demanda judicial carente en absoluto de fundamento. Ambas prohibiciones no difieren en su naturaleza jurídica y han sido tratadas conjuntamente por el Código de Procedimiento.

Las únicas diferencias que hoy día existen entre las cosas sobre las cuales hay una

medida precautoria y que se rigen por el N° 3° y las cosas litigiosas que han sido objeto de una prohibición del juez, no tienen mayor trascendencia. Se refieren: 1 °) a la calidad de las cosas con relación al juicio en que la medida se dicta, siendo las del N° 3° ajenas al juicio mismo, y las del N° 4 por el, contrario, objeto directo de la disputa de las partes; □ y 11) a las reglas procesales. Las primeras, como oportunamente vimos, deben cumplir con dos condiciones aplicables exclusivamente a ellas según el art. 286 del Código de Procedimiento: la prohibición debe recaer sobre bienes determinados del demandado y debe dictarse sólo cuando se trate de un demandado cuyas facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio. Las segundas, deben cumplir únicamente con los requisitos generales de todas las medidas del Título IV del Libro 11 del Código del Procedimiento: limitarse a los bienes necesarios para responder a las resultas del juicio y haber acompañado el demandante comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho, que reclama; requisitos impropios en este caso en que la prohibición no pretende evitar la insolvencia del deudor, sino mantener en su patrimonio la cosa precisa que se persigue.

Por todas estas razones, en todo lo que dice relación con la manera de practicar la inscripción de una prohibición relativa a cosas litigiosas, con su vigencia, con su extensión y con su alzamiento □ que debe ser siempre judicial y dictado por el mismo juez que la libró □ nos remitimos a lo dicho al tratar del N° 3° del art. 1464, puesto que las reglas son las mismas.

247.– Estas modificaciones hacen innecesario el N° 4° del art. 1464.

De lo expuesto se desprende en forma evidente que con las modificaciones introducidas al art. 1464 por el Código de Proced.Civil; se ha hecho innecesaria la existencia del N° 4 de esa disposición, puesto que las cosas litigiosas pueden quedar comprendidas en el N° 3° desde que es necesario que el juez dicte prohibición respecto de ellas.

Así opina también Somarriva al comentar una sentencia: "Con el alcance que a la expresión cosas embargadas le ha dado la jurisprudencia – dice – en el sentido de que en ella se comprenden los bienes sobre los cuales pesa prohibición de enajenar, resulta que el N° 4° del art. 1464 está demás, bastando con el N° 3° de la misma disposición" (331).

248.– COMO PUEDE ENAJENARSE VALIDAMENTE UNA COSA LITIGIOSA.

Hemos dicho que el mismo N° 4 contempla la única manera de poder enajenar las cosas litigiosas en forma eficaz: con la autorización del juez que conoce del litigio. Esta excepción es idéntica a una de las contenidas en el N° 3°, y constituye una semejanza más entre ambas disposiciones. Nos remitimos por esto, en todo, a lo que sobre ella dijimos al analizar el N° 3°.

³³¹ Las Obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia, pág. 143. Comentario a la sentencia N° 190,

CAPITULO IV. ACTOS CONTRARIOS A LA MORAL

249.- Arts..1465 y parte del 1466.

En este capítulo nos referiremos brevemente a dos casos de objeto ilícito señalados por el Código Civil, de los cuales nos ha sido imposible encontrar jurisprudencia debido a su escasísima aplicación, y que tienen de común su finalidad inmoral que lleva a la ley a rechazarlos: la condonación del dolo futuro (art. 1465) ; y "la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de. imprenta".

250.- CONDONACION DEL DOLO FUTURO.

El art. 1465 dispone que "el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se le ha condonado expresamente", y agrega que "la condonación del dolo futuro no vale".

La simple lectura de este precepto deja en claro que su redacción es defectuosa por haber alterado el orden lógico: la frase final del artículo es la que sienta la regla general, y el resto no es sino un caso de aplicación de ese principio, aun cuando la forma que el legislador le dio lo haga aparecer como la parte principal

De acuerdo con la definición del art. 44 del C. Civil, "el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro" y es, por lo tanto, un elemento reprobable, un factor ilícito e inmoral que la ley rechaza.

Es, entonces, fácil de comprender la razón de la ley al prohibir la remisión adelantada de un acto ilícito: esa condonación es también ilícita e inmoral.

El ejemplo que pone el precepto en estudio es el que con más probabilidad puede presentarse en la práctica:

Al aprobar una persona las cuentas que otra debe rendirle, demuestra su conformidad con la rendición y queda obligada ilógicamente, a no exigir más por las cuentas; lo cual no obsta á que con posterioridad pueda iniciar las acciones correspondientes si ha descubierto la existencia de dolo, porque éste no pudo darse por condonado. Sin embargo, una vez producido, puede remitírsele expresamente puesto que, en verdad, lo que entonces se remite es la indemnización pecuniaria que el dolo originó, pero no éste, que ya se efectuó.

251.- VENTA DE LIBROS CUYA CIRCULACION SE PROHIBE, DE LAMINAS, PINTURAS Y ESTATUAS OBSCENAS Y DE IMPRESOS

CONDENADOS COMO ABUSIVOS DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA.

La norma que establece la ilicitud del objeto en la venta de libros, láminas, pinturas y estatuas obscenas y de impresos condenados como abusivos de la libertad de imprenta, no tiene casi aplicación debido a que los mismos actos son severamente sancionados por la ley penal, razón demás suficiente para que no sean de, común ejecución y para que, cuando lleguen a producirse, sean castigados criminalmente sin que haya interés en pedir su nulidad en conformidad al art. 1466.

En efecto, el art. 374 del Código Penal dispone que "el que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarias a las buenas, costumbres, será condenado a las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 100 a 300 pesos.

En las mismas penas incurrirá el autor del manuscrito, de la figura o de la estampa o el que lo hubiere reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta; y el Decreto Ley N° 425 sobre Abusos de Publicidad, pena el uso abusivo de la libertad de imprenta y establece en el inc. 2° del art. 18, Párrafo . III del Título III sobre Delitos Contra las Buenas Costumbres, que "se considerará en especial que cometen ultraje público a las buenas costumbres y serán castigados con la pena establecida en el inciso anterior (reclusión menor en su grado mínimo y multa de 100 a 10 mil pesos)

1°) Los que vendieren o pusieren en venta, ofrecieren, distribuyeren, hicieren distribuir o exhibieren públicamente escritos impresos o no, figuras, estampas, dibujos, grabados, emblemas, objetos o imágenes obscenos o contrario a las buenas costumbres".

CAPITULO V. DEUDAS CONTRAIDAS EN JUEGOS DE AZAR

252.- QUE ES JUEGO DE AZAR.

En conformidad al art. 1466 del C civil, "hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar".

Al referirnos en general al objeto de los actos y contratos y a su ilicitud hicimos las consideraciones y críticas de orden teórico relativas a este precepto razón por la cual ahora nos limitaremos a señalar y a fijar el alcance del artículo en relación con las sentencias sobre el particular.

El Código Civil no define lo que es juego, pero la doctrina entiende por tal todo lo que se hace entre dos o más personas con el fin de divertirse y ganar, en que la victoria depende del ingenio, de la fuerza o destreza personal ó del azar y en que se pacta que el ganancioso debe lucrarse con una suma a expensas del perdido.

El mismo Código, en el Párrafo 1 del Título XXXIII del Libro IV, reglamenta el juego y la apuesta y comienza por decir en el art. 2259 que "sobre el juego de azar se estará a lo dicho en el art. 1466" y que "los artículos siguientes son relativos a los juegos y apuestas lícitos".

De esta norma se deduce que para la ley los juegos son lícitos e ilícitos y que estos últimos son los de azar. Los lícitos, reglamentados en los artículos siguientes, son aquellos en que el triunfo depende del ingenio, o bien de la fuerza o destreza.

253.– Por qué la ley los repudia.

¿Y por qué la ley repudia los juegos de azar?

La razón es muy simple: la posibilidad de obtener dinero y riquezas sin esfuerzo ni trabajo, hace del juego un verdadero vicio que en muchos casos es de graves consecuencias. Al decir de Giorgi, "desde los tiempos antiguos, la voz de la conciencia universal condenó los juegos de puro azar. Se dijo que la ley del trabajo era una dura necesidad impuesta por el Creador al hombre caído; que la fatiga y el sudor son los excitantes de nuestras potencias, los justos distribuidores de la riqueza. Ahora bien; esta ley se perturba cuando un demonio tentador puede decir al hombre: "gozarás de los bienes de la tierra y no trabajarás" (³³²).

Por ello, desde los tiempos del Derecho Romano y a través de las épocas, del Código de Napoleón y del Derecho Canónico, el juego de azar ha sido condenado como contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Siguiendo la doctrina, nuestro legislador sancionó con la ilicitud del objeto las deudas contraídas en los juegos de esta naturaleza, y aun más, sancionó criminalmente a "los banqueros, dueños administradores o agentes. de casas de juego de suerte, envite o azar".

254.– Jurisprudencia.

Aplicando la, norma civil, en 1867 se declaró nula una deuda por haberse probado que provenía de juego de azar, en conformidad a los arts. 1445, 1466 y 1467, haciéndose alusión errada □ como ya antes vimos (³³³) – a la causa en vez del objeto (³³⁴); en 1875, se mandó alzar un embargo por haberse probado que la deuda provenía de juego de azar y tenía objeto ilícito (³³⁵); en 1920 la Corte Suprema resolvió que no infringe disposición legal la sentencia que rechaza la excepción de nulidad del. demandado

³³² Citado por Claro Solar, ob. cit., pág. 305, N° 906.

³³³ Ver pág. □55, N° 97.

³³⁴ Gaceta.– Año .1867, pág. 351, sent. 842.

³³⁵ Gaceta.– Año 1875, pág. 688, sent. 1533.

fundada en que las negociaciones importaban verdaderos juegos de azar y tenían objeto ilícito, si se estableció que el demandante no ejecutó actos que puedan ser considerados juegos de azar (³³⁶); y en 1935 se declaró que las carreras de perros constituyen juegos de azar (³³⁷); afirmación que parece exacta desde que en ellas interviene la suerte y no la inteligencia o destreza corporal.

255.-CASOS EXCEPCIONALES EN QUE SE PERMITE EL JUEGO DE AZAR.

No obstante las razones antes expuestas, puede observarse hoy día una tendencia a suspender las sanciones y a aceptar, por consiguiente, el juego de azar, en casos especiales y determinados en que sus utilidades son aplicadas a fines de beneficencia o de interés general.

Tal ha ocurrido entre nosotros con las siguientes leyes: N° 3977 de 1° de Septiembre de 1890, sobre Loterías; Decreto Ley N° 484 de 20 de Agosto de 1925, que autorizó temporalmente la Lotería de la Universidad de Concepción; Ley N° 4283 de 16 de Febrero de 1928, que autoriza el funcionamiento de salas de juego en el Casino Municipal de Viña del Mar; Ley N° 4566 de 27 de Marzo de 1929, sobre Hipódromos; Ley N° 4885 de 11 de Septiembre de 1930, que autoriza por un nuevo período la Lotería de la Universidad de Concepción; Decreto con Fuerza de Ley N° 237 de 15 de Mayo de 1931, que autoriza la existencia, de salas de juego en algunos establecimientos termales de la beneficencia Pública; y Ley N° 5443 de 13 de Julio de 1934 que autoriza la existencia de la Polla Chilena de Beneficencia.

256.- ¿Hay en ellos objeto ilícito?

Ante estas leyes de excepción, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿respecto de las deudas de azar contraídas dentro del campo de su aplicación, rige o no el art. 1466 del Civil y, en consecuencia, adolecen o no esas deudas de objeto ilícito?

El problema presenta interés aunque nos parece que la solución no admite dudas: con relación a esas deudas es perfectamente aplicable el art. 1466 del C. Civil y hay en ellas objeto ilícito, por las siguientes razones:

a) Como vimos, la ley sanciona y repudia los juegos de azar desde un punto de vista civil, en el art. 1466 del Código respectivo; y además, desde el aspecto criminal, en los arts. 275, 276, 277, 278 y 279 del Código Penal y en el Decreto Ley N° 71 de 29 de Octubre de 1924.

La primera de estas normas se refiere exclusivamente a las relaciones privadas entre los particulares y fija, con relación a las deudas provenientes de juegos de azar, una causal de nulidad que aquellos pueden invocar o no, según les convenga o deseen. En

³³⁶ Rev. de D. y J., T. XIX, Parte II, Sec. la., pág. 325.

³³⁷ Rev de D y J., T. XXXII, Parte II, Sec. la., pág. 125.

cambio las segundas, como preceptos de derecho penal, interesan a la sociedad toda e imponen una pena corporal para quien practique el juego de azar en ciertas y determinadas circunstancias; estableciendo que esos hechos constituyen un delito perseguible de oficio, y que, por lo tanto, la autoridad tiene la obligación de reprimir y sancionar.

Aparece, pues, evidente que de las disposiciones citadas sólo las penales impiden la ejecución pública del juego de azar, de manera que las leyes que autorizan la realización de estos juegos en ciertos casos, derogan únicamente las normas del Código Penal y del Decreto Ley N° 71, pero no el art. 1466 del C. Civil que 5610 impone una sanción susceptible de hacerse efectiva de particular a particular y que no obsta, por consiguiente, a la relación en público de los juegos de azar.

b) Confirma esta argumentación de carácter doctrinario, la redacción misma de las disposiciones de excepción. Ellas, en efecto, o bien dan a entender que dejan sin efecto sólo las normas penales, o bien lo dicen en forma expresa.

La Ley sobre Loterías comienza por declarar, que "el art. 276 del C. Penal se refiere a toda lotería que no haya sido autorizada legalmente", sin decir nada acerca del art. 1466 del C. Civil; el Decreto Ley N° 484 dice antes que nada, que se autoriza a la Universidad de Concepción para reiniciar "las operaciones públicas de sorteo" que antes realizó; la Ley N° 42.83 dice en forma terminante que en el Casino Municipal de Viña del Mar "no regirán los arts. 277, 278 y 279 del C. Penal"; pero nada agrega respecto de las leyes civiles; la ley sobre Hipódromos dice que en los que se establezcan en el país "con el primordial objeto de mejorar las razas caballares" podrá mantenerse el sistema de juego de apuestas mutuas, agregando que son los únicos a los cuales no se aplicarán los arts. 277, 278 y 279 del C. Penal; y el Decreto con Fuerza de Ley N° 237 determina que en los establecimientos termales de la junta de Beneficencia a que el decreta se refiere, "no regirán los arts. 277, 278 y 279 del C. Penal".

Es como se ve, de toda evidencia que en las deudas provenientes de juego de azar, aun cuando éstas queden comprendidas dentro de algunas de las leyes, de excepción enumeradas, hay objeto ilícito en conformidad, al art. 1466 del C. Civil.

CAPITULO VI. ACTOS PROHIBIDOS POR LA LEY

257.– Técnicamente, no hay objeto ilícito en todos los actos prohibidos por la ley.

Nos hemos ya referido al error de orden técnico que significa establecer la ilicitud del objeto, como regla general, en todos los actos que la ley prohíbe (³³⁸); y hemos fijado también el concepto jurídico de ley prohibitiva (³³⁹), del cual se deduce .que, en la

³³⁸ Ver pág. 15 N° 22 y pág. 47 N° 78.

ciencia del derecho, un acto se prohíbe cuando no puede ejecutarse válidamente bajo ningún respecto ni cumplimiento todas las formalidades.

Por ello, ahora nos limitaremos al estudio de la aplicación que la jurisprudencia ha hecho de ésta norma, la más general de las que se refieren al objeto ilícito.

258.— Sentencia sobre deudas mancomunadas de los cónyuges.

En fallo del año 1869 se declaró nulo el contrato por el cual marido y mujer se constituyen deudores mancomunados por considerarse que la ley lo prohíbe y exige a la mujer de toda responsabilidad, salvo que se pruebe que la deuda se ha convertido en su provecho y utilidad (³⁴⁰).

Los fundamentos de esta sentencia están constituidos por la ley 3a. Título XI, Libro X de la Novísima Recopilación, por tratarse de una convención celebrada con anterioridad a la vigencia del Código Civil Sin embargo, creemos que el fallo es errado porque tal ley disponía lo mismo que establece nuestra actual legislación, esto es, que, las deudas que el marido contrae conjuntamente con su mujer, son deudas sociales y sólo obligan los bienes de ésta en cuanto se justifique que la deuda le ha significado provecho o utilidad personales (arts. 1750 y 1751 del C. Civil) . Y ello,, en caso alguno puede estimarse como una prohibición. de la ley de celebrar tales contratos. Muy por el contrario, si ésta reglamenta sus efectos y establece cuándo esos contratos obligan a la sociedad conyugal y cuándo a los bienes de la mujer, es porque reconoce su eficacia y no los prohíbe.

259.— Sentencia sobre renuncia a una herencia.

En los años 1871 y 1872 se resolvió, en dos oportunidades, que la renuncia de una herencia hecha en vida del causante, está prohibida por ta ley y es nula (³⁴¹) (³⁴²).

Los fundamentos de estos fallos se encuentran también. en las Partidas, por tratarse de cuestiones anteriores al C. Civil, y nos parecen ajustados a. derecho. Las disposiciones de aquel entonces son idénticas a las de nuestro Código Civil que, como hemos visto, prohíben también, en el art. 1226, la aceptación de una asignación antes de que sea deferida.

Estos actos tienen una doble causal de objeto ilícito: son actos prohibidos por la ley y constituyen pactos sobre sucesión futura.

³³⁹ Ver pág. 87. N° 151.

³⁴⁰ Gaceta— Año 1869, pág. 426, sent. 915.

³⁴¹ Gaceta.— Año 1871, pág. 465, sent. 819.

³⁴² Gaceta.—Año 1872, pág. 1373, sent. 3236.

260.– Sentencia sobre adquisición de terrenos indígenas por un Gobernador.

En 1884 se declaró que la adquisición de terrenos indígenas hecha por un Gobernador, adolece de objeto ilícito por haberse prohibido, por un Decreto Supremo, que los Intendentes y Gobernadores adquirieran tierras de los indígenas sobre los cuales ejercen autoridad (³⁴³).

Aun cuando los fundamentos de este fallo son también anteriores al Código Civil, opinamos que él es errado por cuanto el objeto ilícito existe en los actos que "la ley" prohíbe, pero no en los prohibidos por un simple Decreto Supremo. Su infracción podrá significar una sanción funcionaria o administrativa, pero no ilicitud del objeto.

261.– Sentencia sobre comisiones bancarias.

En los años 1892, 1895 y 1907, se establece que hay objeto ilícito en la estipulación celebrada con un Banco Hipotecario y que otorga a éste una comisión mayor del ½ %, puesto que la ley de 1885 fijó ese porcentaje, prohibió implícitamente cobrar uno mayor. La obligación es, por consiguiente, nula en todo b que excede al límite fijado por la ley (³⁴⁴) (³⁴⁵) (³⁴⁶).

Correcto parece el raciocino de estos fallos, ya que es evidente que la ley de 1885 prohibía cobrar una comisión mayor que la por ella fijada, pero su conclusión es inexacta: la sanción a la infracción de una ley prohibitiva es la, nulidad y no la rebaja proporcional. Si esa ley no establecía. expresamente que debiera rebajarse U comisión en lo que excediera al máximun como ordena el art. 1544 del C. Civil para los intereses□ los actos contrarios a ella debieron anularse.

262.– Sentencia sobre representación judicial de un Oficial del Registro Civil.

En 1896 se declara que hay objeto ilícito en la representación judicial de un Oficial del Registro Civil, a quien la ley prohíbe realizar un acto de esa naturaleza y, en consecuencia, se declara nulo todo lo obrado por aquél, aun cuando fue ratificado con posterioridad (³⁴⁷).

³⁴³ Gaceta.– Año 1884, pág. 301, sent. 486.

³⁴⁴ Gaceta.– Año 1892, pág. 1381, sent. 3875.

³⁴⁵ Gaceta.– Año 1895, pág. 157, sent. 3497.

³⁴⁶ Gaceta.– Año 1907, pág. 114, sent. 743.

³⁴⁷ Gaceta.– Año 1896, pág. 839, sent. 1174.

De gran interés es este caso que nos parece resuelto con estricta sujeción a la ley. Si ésta prohíbe a los oficiales del Registro Civil, como a los jueces y notarios, ejercer la profesión de abogado o ser mandatario en juicio, salvo que se trató de causa propia o de pariente cercano, es evidente que en la infracción de esa norma prohibitiva hay objeto ilícito y que, por lo, tanto, el mandato judicial es nulo de nulidad absoluta. Y si bien es cierto que por regla general se puede ratificar, este es, hacer suyo lo que por otro se ha obrado sin mandato, también lo es que la ratificación no puede aceptarse en este caso especial: lo que la ley pretende es que un oficial civil no pueda representar en juicio a un tercero extraño en circunstancia alguna, de manera que conceder eficacia a la ratificación significaría hacer producir efectos válidos a lo obrado por ese funcionario en contravención a la ley y, por consiguiente, violarla.

263.– Sentencia sobre lidias de toros.

En 1904, en fallo que antes citamos, ajustándose a derecho se declaró que hay objeto ilícito en el contrato por el cual una de las partes se obliga a lidiar toros, puesto que estas lidias están prohibidas en Chile por Ley de 16 de Septiembre de 1823 (³⁴⁸).

264.– Sentencia sobre contratos celebrados con indígenas.

En 1910, en forma manifiestamente errada, se anuló un contrato de compra-venta celebrado con indígenas sin cumplir con las formalidades especiales impuestas para esos actos, porque se consideró que había prohibición de celebrarlos de otra manera y consecuencia, objeto ilícito (³⁴⁹).

De acuerdo con el concepto unánime de ley prohibitiva, es a todas luces indiscutible que las leyes que dan normas especie les para los contratos que celebran los indígenas, lejos de prohibir esas convenciones, las reglamentan y señalan las solemnidades a que deben someterse. No puede, pues, sostenerse que en su infracción hay objeto ilícito en conformidad al art. 1466 del Código.

265.– Sentencia sobre los artículos 2397 y 2424 del C. Civil.

En 1914 se estableció que los arts. 2397 y 2424 del C. Civil implican una prohibición y que, consecuentemente, su infracción adolece de objeto ilícito (³⁵⁰); solución ajustada a derecho puesto que la determinación de que "no vale estipulación alguna" en contrario de lo dispuesto en esos artículos, como la prohibición de que se estipule que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o hipoteca o de apropiársela por otros medios que los señalados en esas normas, constituyen indudablemente, preceptos prohibitivos.

³⁴⁸ Gaceta.– Año 1904, pág. 958, sent. 775.Rev. de D. y J. T. II, Parte II, sent. 227.

³⁴⁹ Gaceta.– Año 1907, pág. 737, sent. 1062,

³⁵⁰ Rev. de D. y J, T. XV, Parte II, Sec. Ia., pág. 379.

266.– Sentencia sobre actos prohibidos.

En fallo de 1916 la Corte Suprema declaró que los actos prohibidos por la ley son nulos absolutamente a falta de, otra sanción especial, y que la nulidad puede afectar a toda la convención o a una estipulación en particular, según haya sido la infracción de la ley prohibitiva. Esta puede haberse cometido en una cláusula esencial del contrato o bien, en una puramente accidental cuya nulidad no impida la subsistencia del contrato (³⁵¹).

Correcta nos parece esta conclusión porque, en verdad, lo que la ley sanciona con objeto ilícito es la infracción de una ley prohibitiva, y si esta infracción está contenida en una cláusula accidental que no afecta a la esencia misma del contrato, éste es perfectamente válido porque no ha infringido ley alguna; y la nulidad debe, entonces, limitarse a la cláusula infractora.

267.– Sentencia sobre prohibiciones de la ley de Municipalidades.

En juicio fallado el año 1928 y que ya analizamos,; se fundó una casación en el fondo □ sobre la cual la Corte Suprema no se pronunció por razones que no corresponde ahora estudiar en la circunstancia de considerarse nulo un contrato de compra □ venta celebrado por un empleado municipal, por caer dicha convención en la prohibición de la Ley de Municipalidades, y adolecer, en consecuencia, de objeto ilícito por ser violatoria del derecho público chileno (³⁵²).

Como en su oportunidad concluimos, la ilicitud del objeto, en este contrato se debe a la infracción de una norma prohibitiva, pero no a la violación del derecho público nacional.

268.– Sentencia sobre privación de porción conyugal.

En 1931 se resolvió que no hay objeto ilícito en la cláusula testamentaria que priva al marido de su porción conyugal, pretendiéndose que se trata de un acto prohibido por la ley, ya que tal ,prohibición no existe y, por el contrario, hay casos en que el cónyuge sobreviviente puede ser privado de dicha porción (³⁵³).

Evidente parece esta conclusión porque es indiscutible que la ley no prohíbe la disposición testamentaria que priva a un cónyuge de la porción conyugal, sino que se limita a establecer la manera cómo ella debe enterarse en todo caso, si es procedente.

269.– Sentencia sobre los arts. 1800 y 2144 del C. Civil.

³⁵¹ Rev. de D. y J., T. XIV. Parte II, Sec. I.a., pág. 466.

³⁵² Gaceta. □ Año 1928, T. .I, pág. 326, sent. 60.

³⁵³ Rev. de D. y J.. T. XXVIII, Parte II, Sec. I.a., pág. 573.

Por ultimo, con estricta sujeción a la ley, se falló el año 1938 que los arts. 1800 y 2144 del C. Civil, no son prohibitivos si no que imperativos y que, por consiguiente, en su contravención no hay objeto ilícito sino que un vicio de los contemplados en el inciso 3° del art. 1682 del mismo Código, o con otras palabras, una causal de nulidad relativa. (³⁵⁴).

Ya en otra oportunidad (³⁵⁵), analizamos estos artículos y llegamos a la misma conclusión que parece indudable desde que esos artículos no imposibilitan la ejecución de un hecho sino que, contrariamente, ellos mismos fijan la manera de poder realizarlo validamente.

³⁵⁴ Rev. de D. y J., T. XXXVI, Parte II, Sec. 2a., pág. 33.

³⁵⁵ Ver pág. 87 N° 151.

CUARTA PARTE. SANCION DEL OBJETO Y DE LA FALTA DE OBJETO.

CAPÍTULO I. OBJETO ILICITO – FALTA DE OBJETO. NULIDAD – INEXISTENCIA.

270.– Arts. 1681 y 1682 del C. Civil.

En conformidad al art. 1681 del C. Civil, "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie, y la calidad o estado de las partes", y esta nulidad puede ser absoluta o relativa. De acuerdo con los términos del artículo siguiente,, el objeto ilícito es causal de nulidad absoluta:

Estas disposiciones y la que tantas veces hemos citado del art. 1445 que dispone que "para que una persona se obliga a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 3° que recaiga; sobre un objeto lícito", son las que en nuestro derecho determinan la sanción del objeto ilícito.

Tales normas son perfectamente claras y no hay al respecto cuestión alguna que pueda prestarse a dudas. La jurisprudencia tampoco ha encontrado inconvenientes en su aplicación y así tenemos que todas las numerosas sentencias citadas, sin una sola excepción, han declarado que el acto o contrato que adolece de objeto ilícito, es nulo absolutamente.

No obstante, hay un problema de interés relacionado con este punto:

Dijimos nosotros que el objeto, como primera condición, debe ser real, esto es, existir verdaderamente. Si existe, debe entonces cumplir con otros requisitos que la darán o no la calidad de ilícito:"

Un acto o contrato puede, pues, adolecer de objeto ilícito, más aún, carecer totalmente de objeto.

271.- Falta de objeto.

¿Y qué sanción corresponde a un acto o contrato que no tiene objeto? ¿Es la misma que la de aquél que tiene objeto; pero ilícito?

La respuesta a estas preguntas plantea el viejo problema sobre la inexistencia jurídica y la nulidad.

En doctrina, es indudable que un acto o contrato carente de objeto, no es nulo sino inexistente. En verdad, el objeto es un requisito de existencia de todo acto jurídico y si él falta, el acto no puede nacer a la vida del derecho porque no reúne las condiciones esenciales para ser concebido como tal.

En cambio, la licitud del objeto es un requisito de validez, de manera que un acto que tiene objeto pero ilícito, cumple con las condiciones de existencia, y, consiguientemente, nace a la vida del derecho y existe en ella; pero como quiera que nace con un vicio de validez, puede ser declarado nulo y privado de todo efecto jurídico. Esta es la sanción que contemplan los arts. 1681 y 1682 del C Civil.

Pero dentro de nuestra legislación positiva la solución no es tan clara porque hay discordancia de opiniones sobre si el Código Civil acepta o no la inexistencia jurídica. Para quienes creen que ella es acogida por el Código de Bello Claro Solar, v. gr., la solución legal es idéntica a la doctrinaria: la falta de objeto acarrea la inexistencia del acto; y la ilicitud del objeto, la nulidad absoluta.

No nos corresponde entrar al estudio y análisis de una y otra doctrina, sino ver lo que la jurisprudencia ha dicho al respecto.

Es muy difícil que pueda presentarse el caso práctico de un acto que carece por completo de objeto. Entre todas las sentencias consultadas no hemos encontrado una sola que se haya visto abocada a tal situación. No podemos, por ello, sostener en forma precisa que la jurisprudencia haya dado una solución determinada al problema, porque, en verdad, jamás lo ha resuelto directamente.

Sin embargo, podría afirmarse que se nota cierta inclinación a sancionar sólo con la nulidad absoluta casos en que procedería la inexistencia. Así ha ocurrido con algunos

fallos sobre simulación, a que en seguida nos referiremos.

272.– Efectos de la nulidad.

Si la sanción del objeto ilícito es la nulidad absoluta; se evidente que una vez declarada, se producen todos los efectos propios que la ley le asigna.

Así, en conformidad al art. 1683, la Corte Suprema estableció el año 1927, qué la nulidad absoluta proveniente del objeto ilícito, puede y debe ser declarada de oficio sólo cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (³⁵⁶); ciñéndose a la misma norma se resolvió en los años 1916 y 1917, que la nulidad proveniente de un objeto ilícito no puede ser alegada por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (³⁵⁷) (³⁵⁸); y aplicando la misma disposición se falló que hipotecado un bien prohibido de enajenar, la nulidad absoluta consecuencia del objeto ilícito no desaparece ni el acto se revalida por la sola circunstancia de haberse alzado con posterioridad la prohibición (³⁵⁹); y que tampoco se sana si se vende una cosa embargada y se alza, con posterioridad, el embargo (³⁶⁰).

CAPÍTULO II. LA SIMULACION Y EL OBJETO

273.– Cuándo hay simulación.

En la vida de las relaciones jurídicas, los individuos se encuentran muchas veces en la necesidad de aparentar que han celebrado un acto o contrato, cuando en realidad nada han ejecutado; o de disfrazar un acto con las apariencias de otro. Esto es lo que se llama simular.

La simulación en sí nada tiene de ilícito: "el engaño en que consiste, puede tener un motivo inocente y confesable; y aun puede haber razones honestas que impulsen a las partes a ocultar a los terceros la verdadera naturaleza de sus operaciones o el estado de sus negocios" (³⁶¹). Es por eso que la ley implícitamente la acepta y el art. 1707 del

³⁵⁶ Rev. de D. y J., T. XXV, Parte II, Sec. La., pág. 390.

³⁵⁷ Gaceta.- Año 1916, T. I, pág. 360, sent. 109.

³⁵⁸ Gaceta.- Año 1917, T. II, pág. 997, sent. 309.

³⁵⁹ Gaceta.- Año 1879, pág. 393, sent. 590.

³⁶⁰ Gaceta.- Año 1914, pág. 393, sent. 590.

³⁶¹ Claro Sola, ób. cit, pág. 123, N° 751, letra c).

C. Civil establece que "las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirá efecto contra terceros", de donde se deduce que esas escrituras privadas que muchas veces implican una simulación obligan a quienes las han otorgado.

No hay en ello sino una aplicación del principio de "la autonomía de la voluntad".

Sin embargo, la simulación puede ser ilícita y aun constituir un delito sancionado por el Código Penal, si se hace con la mira de inducir a engaño para perjudicar a terceros.

274.— La simulación no siempre significa nulidad.

Si la simulación significa sólo la ocultación de un acto o contrato bajo el disfraz de otro, y si ese acto simulado cumple con todos los requisitos exigidos por la ley, su eficacia, y validez es evidente, y surte todos sus efectos.

En consecuencia, la simulación no es siempre causal de nulidad.

Pero si el contrato simulado ha infringido algún requisito de existencia o validez para poder ser mantenido oculto, es indudable que él será inexistente o nulo; y si la simulación consiste en aparentar que existe un acto o contrato que jamás se ha ejecutado, este deberá ser nulo ó inexistente según sea la doctrina que se acepte porque necesariamente debe carecer de alguno de los requisitos esenciales, puesto que no se ha celebrado realmente.

Como se ve, la simulación tiene estrecha vinculación con la falta de objeto y con el objeto ilícito, y como ella. es un recurso. de empleo más o menos frecuente, a nuestros tribunales se han presentado algunos casos sobre el particular.

275.— Jurisprudencia.

Así, en 1893 se falló que hay objeto ilícito en la venta que se declara simulada por presunciones judiciales, ejecutada por el marido durante el juicio de separación de bienes (³⁶²).

En tal caso, si con el fin de burlar los efectos de la sentencia del juicio de separación, se fingió una compra-venta que jamás realizó, es evidente que el contrato no tuvo ni consentimiento, ni objeto, ni causa. No, debió, entonces, haberse anulado por objeto lícito, sino que por falta de objeto, o. haberse declarado inexistente.

Este fallo confirma que la jurisprudencia sólo ha sancionado con la nulidad situaciones en que debió declarar la inexistencia, de Considerar que el Código la acepta.

En 1909, en primera instancia se anuló un contrato simulado por adolecer "de objeto y causa ilícita", puesto que él sólo tenía por mira burlar el cumplimiento de un fallo judicial. La Corte de la materia revocó la sentencia considerando que entre los casos de objeto ilícito señalados por el Código, no figuraba el de autos (³⁶³).

³⁶² Gaceta. Año 1893, pág. 934, sent. 3416.

La apreciación del juez a quo nos parece también errada: si el contrato en verdad no existió, mal pudo tener objeto y causa ilícitos, ya que careció de objeto y causa. Si el juez creía en la inexistencia dentro del Código Civil, debió haberla declarado en vez de la nulidad.

En cuanto al fallo de alzada, es explicable que rió pudiera encontrar ese caso de objeto ilícito en los arts. 1462, 1463 y 1464 del C. Civil porque, repetimos, el contrato no tuvo ni pudo tener objeto ilícito, puesto que careció de, objeto.

En 1925 fueron anulados diversos contratos simulados que sólo perseguían traspasar bienes de la sociedad conyugal a un tercero, "por carecer de causa real y lícita, o, en otros términos, por tener causa ilícita" (³⁶⁴).

Fuera del error que significa equiparar la falta de causa con la causa ilícita, este fallo adolece del mismo vicio de los anteriores: esos contratos, desde que no existieron verdaderamente, no tuvieron ni objeto ni causa.

Todas estas sentencias demuestran que los tribunales que de ellas conocieron, no supieron distinguir entre la falta de objeto y el objeto ilícito; y que, pudiendo declarar la inexistencia jurídica, sólo sancionaron con la nulidad.

Esta última circunstancia no autoriza, sin embargo, —como ya lo expresamos— para sostener categóricamente que la jurisprudencia se haya pronunciado en contra de la inexistencia, porque en realidad ella ha podido ser también una consecuencia del error antes anotado.

³⁶³ Gaceta. □ Año 1909, pág. 981, sent. 598.

³⁶⁴ Rev. de D. y J., .T. XXIII, Parte II, Sec. Ia., pág. 175.

BIBLIOGRAFIA

- Alessandri R. Arturo. Derecho Civil, segundo año. Teoría General de los Contratos.
- Alessandri R. Arturo. Teoría General de los Contratos. Apuntes del curso de Derecho Civil Profundizado y Comparado - 1940.
- Alessandri R. Arturo. Tratado Práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada.
- Alessandri R. Arturo. Artículo publicado en la Rev. de D. y J. Tomo 29. Parte II. Sec. 1 a. pág. 274.
- Amunátegui R., Miguel L. Imperfecciones y erratas manifiestas de la edición auténtica del Código Civil Chileno. (Anales de la Universidad). 1894.
- Baudry Lacantinerie et Barde. Traité théorique et pratique de Droit Civil. Paris. 1899.
- Bello, Andrés. Obras completas.
- Bombal, Antonio. Embargo y reembargo (Memoria de prueba. 1932).
- Capitant. Introduction a l'étude de Droit Civil.
- Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.
- Claro Solar, Luis. Artículo publicado en la Rev. D y J. Tomo 1° Parte II, pág 395.
- Fuzier Herman. Repertoire Général Alfabétique du Droit Français.
- Giorgi, Jorge. Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno.
- Lazo, Fernando. Teoría del embargo único o de la inembargabilidad de los bienes

embargados (Memoria de prueba, 1937) .
Laurent. Principes de Droit Civil Francais.
Mera M., Jorge. Exposición de la doctrina de la causa (Memoria de prueba, 1940) .
Planiol. Traité de Droit Civil.
Pothier. Oeuvres. París. 1861.
Somarriva U., Manuel. Derecho Civil, primer año. Apuntes de clase.
Somarriva U., Manuel. Derecho Civil, segundo año. Teoría General de los Contratos.
Apuntes de clase.
Somarriva U., Manuel. Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia.
Gaceta de los Tribunales.
Revista de Derecho y jurisprudencia.
Jurisprudencia al Día.
Indice alfabético de cuestiones resueltas.-Severo Vidal.
La jurisprudencia civil.- Eulogio Piñera.
Indice de la Gaceta.- Juan de Dios Plaza.