

Oponibilidad de los contratos frente a terceros y acciones a que da lugar. Notas sobre una reseña al libro *Pactos sobre transferencia de acciones*

En el N° 26 de la *Revista Chilena de Derecho Privado*, el profesor Hernán Corral publicó una reseña acerca del libro *Pactos sobre transferencia de acciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016, 412 pp.), obra del suscrito. Agradezco sinceramente que un jurista tan distinguido haya tenido a bien comentar mi trabajo; sin embargo, con el mayor respeto, quisiera hacer algunas puntualizaciones que me parecen necesarias para asegurar la acertada inteligencia del libro.

El libro se divide en dos partes principales. La primera explica cuál es la naturaleza de los distintos pactos sobre transferencia de acciones conforme a las categorías del Derecho Civil y Comercial chileno, situándolos en el contexto de una tradición jurídica de raíz continental. La segunda parte se refiere a los efectos que dichos pactos producen, incluyendo su *obligatoriedad* entre las par-

tes y su *oponibilidad* a los terceros que los conocían o debían conocerlos, como sucede si se ha cumplido con las medidas legales de publicidad u oponibilidad. En este sentido, el libro explica que la obligatoriedad es el efecto en virtud del cual las partes de un contrato pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las prestaciones específicas de dar, hacer o no hacer que constituyen su objeto; y que la oponibilidad, en cambio, es el efecto por el cual los terceros tienen el deber de reconocer y respetar la existencia del contrato ajeno, absteniéndose de impedir que produzca sus efectos propiamente obligatorios entre las partes.

Como consecuencia de lo anterior, el acreedor tiene derecho a impedir por anticipado que el deudor incumpla el pacto en connivencia con un tercero, ya sea pidiendo al juez la dictación de las medidas precautorias necesarias para la conservación de su derecho o ejerciendo un recurso de protección; y si el deudor ya ha infringido el pacto enajenando sus títulos a un tercero que lo conocía o debía conocerlo, como sucedería si se hubieran cumplido las formalidades de publicidad que contempla el art. 14 de la LSA, entonces el acreedor tiene, en general, derecho a exigir la inoponibilidad del segundo contrato y, si es del caso, la nulidad por causa ilícita,

más indemnización de perjuicios contractuales contra el deudor y extracontractuales contra el tercero, pues en tal caso el pacto era oponible a terceros y, en consecuencia, el deudor y el tercero han cometido un fraude contra los derechos del acreedor, el que a todas luces debe ser sancionado: *fraus omnia corrumpit*¹.

En su reseña, el profesor Hernán Corral plantea ciertas aprensiones en relación con este último punto en particular. Reconociendo, desde luego, el derecho de este eminente profesor a disentir, pasamos en las siguientes líneas a hacernos cargo de sus observaciones, a fin de que sea posible que el lector se haga una idea clara acerca de la tesis que sobre este punto contiene el libro.

1. A juicio del profesor, sería “forzado” o “extremo” deducir de la oponibilidad de los contratos la existencia de un deber de respeto y abstención por parte de terceros, en términos tales que permita atribuir al acreedor original acciones de inoponibilidad o nulidad por causa ilícita en caso de que el deudor celebre un nuevo contrato incompatible con el primero junto con un tercero que conocía o debía conocer su existencia.

No obstante, es necesario observar que la doctrina de la oponibilidad de los contratos a terceros y el derecho del acreedor burlado para alegar la inoponibilidad o la nulidad por causa ilícita del

nuevo contrato, se encuentra firmemente asentada tanto en el Derecho chileno como en el Derecho Comparado desde hace décadas.

La oponibilidad de los contratos tiene su fundamento, en primer lugar, en la propiedad de que goza el titular de todo derecho subjetivo, ya sea real o personal, conforme a los arts. 583 del CCy 19 N° 24 de la Constitución; como consecuencia de lo cual los derechos adquiridos en virtud de un contrato pasan a formar parte del patrimonio de los contratantes en calidad de activos y, por tanto, estos últimos no pueden verse privados de aquellos sino por su propia voluntad o por causas legales, dando lugar a lo que se ha venido en llamar *oponibilidad general de los derechos subjetivos*². En segundo lugar, la oponibilidad es necesaria para que los contratos produzcan efectos obligatorios entre las partes, pues si los terceros no estuvieran obligados a respetarlos, entonces sería

² Respecto a la propiedad de los derechos de crédito, véase CLARO SOLAR (1979), tomo VI, p. 328 y ALESSANDRI (1937), p. 28. En el Derecho estadounidense, también Richard Epstein justifica la sanción de la interferencia en contrato ajeno en la propiedad del acreedor sobre sus derechos contractuales: EPSTEIN (1999), p. 581 y ss. y en Inglaterra, en la sentencia del caso OBG Ltd. vs. Allen (párrafo N° 32), lord Hoffmann afirmó que la sanción de la interferencia en contrato ajeno se basa en la consideración de los derechos contractuales como una especie de propiedad que merece especial protección. Respecto de la calidad de activos y de la apreciación pecuniaria de los derechos personales, véase CAPITANT (1923), p. 124. En cuanto a la oponibilidad de los derechos subjetivos, tanto reales como personales, como fundamento de la oponibilidad de los contratos, véase DOMÍNGUEZ (1983), p. 154; GHESLIN, JAMIN et BILLIAN (1994), p. 379; SAUTONIE-LAGUONIE (2008), p. 124; BERGEL, BRUSCHI et CIMAMONTI (2010), pp. 119-120, particularmente en referencia a las ideas de Dabin.

¹ En cuanto a las distinciones que resulta necesario hacer, dependiendo de si se trata de una sociedad anónima abierta, cerrada o por acciones, si el pacto consta de los estatutos o de un documento separado, si la enajenación de las acciones se realiza en bolsa o fuera de bolsa y otros casos que pueden presentarse, nos remitimos a lo dicho en la parte III del libro comentado.

imposible que produjeran efecto alguno, incluso, entre los propios contratantes³. En tercer lugar, el contrato es un hecho inserto en la realidad social cuya existencia y efectos los terceros deben reconocer y respetar, teniendo en consideración su naturaleza jurídica⁴. Finalmente, la oponibilidad de los contratos y el consiguiente deber que pesa sobre los terceros de abstenerse de impedir que produzcan efectos es una consecuencia necesaria de la regla en virtud de la cual nadie puede dañar a otro: *alterum non laedere*; regla que recoge admirablemente el art. 582 del CC, que al definir el derecho de propiedad dispone que no puede ejercerse contra la ley o *contra derecho ajeno*.

Entre los autores chilenos que afirman la oponibilidad a terceros como efecto necesario de los contratos se encuentran Arturo Alessandri Rodríguez⁵, Ramón Domínguez Águila⁶, Jorge López Santa María⁷, René Abeliuk⁸, Alvaro Vidal⁹ y Carlos Pizarro¹⁰. Adicionalmente, entre los autores chilenos que afirman de manera expresa el derecho del acreedor a exigir la ineficacia del nuevo contrato, ya sea mediante una acción de inoponibilidad por fraude o de una acción de nulidad por causa ilícita, siempre en el entendido de que el tercero haya *co-*

nocido el contrato infringido, se encuentran los profesores Arturo Alessandri Besa¹¹, Ramón Domínguez Águila¹², Jorge López Santa María¹³ y Álvaro Vidal¹⁴; y pensamos que en esta tendencia es posible también incluir, aunque bajo una variante particular, al profesor Enrique Barros, quien estima que el acreedor original tiene derecho a ejercer acción de nulidad absoluta por causa ilícita del segundo contrato por ser contrario a las buenas costumbres, en la medida de que el tercero no solo haya conocido el contrato anterior, sino que, además, haya inducido al deudor a incumplirlo¹⁵. Por su parte, entre los autores chilenos que afirman el derecho del acreedor defraudado para exigir la ineficacia del nuevo contrato en el caso particular de los pactos sobre transferencia de acciones se encuentran los profesores Cristián Herrera¹⁶, Andrés Melossi¹⁷, Patricia Díaz Velasco¹⁸, Daniel Barros y Guillermo Vial¹⁹.

En el Derecho Comparado, los grandes civilistas y la jurisprudencia francesa reconocen desde hace alrededor de un siglo la oponibilidad de los contratos y la acción del acreedor original para exigir la ineficacia del nuevo contrato celebrado en fraude a sus derechos. Así, entre quienes discurren sobre la base de la oponibilidad de los contratos frente a terceros o se refieren expresa-

³ GHESTIN, JAMIN et BILLIAN (1994), p. 417 y ss.; SAUTONIE-LAGUIONIE (2008), p. 123.

⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1930), p. 76; DOMÍNGUEZ (1983), p. 154; VIDAL OLIVARES (2006), p. 54; PIZARRO (2007), p. 555; HENRÍQUEZ (2012), p. 516; DIEZ-PICAZO (1996), tomo I, p. 445 y ss.; SAUTONIE-LAGUIONIE (2008), p. 38.

⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1930), p. 76.

⁶ DOMÍNGUEZ (1983), p. 153 y ss.

⁷ LÓPEZ (2010), pp. 314-316.

⁸ ABELIUK (2014), p. 160.

⁹ VIDAL OLIVARES (2006), p. 52 y ss.

¹⁰ PIZARRO (2007) p. 555.

¹¹ ALESSANDRI BESA (2015), tomo I, p. 205, con cita a la doctrina de Eneccherus.

¹² DOMÍNGUEZ (1992) p. 90 y ss.

¹³ LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), pp. 314-316.

¹⁴ VIDAL OLIVARES (2006), p. 52 y ss.

¹⁵ BARROS (2006), p. 1000.

¹⁶ HERRERA (1993), p. 176.

¹⁷ MELOSSI (1993), pp. 159-160.

¹⁸ DÍAZ VELASCO (1993), p. 43.

¹⁹ BARROS y VIAL (2014), pp. 107 y 108.

mente a ella se encuentran René Demogue²⁰, Georges Ripert²¹, René Savatier²², Georges Ripert y Jean Boulanger²³ y Jacques Ghestin, Christophe Jamin y Merc Billian, agregando estos últimos que actualmente la oponibilidad de los contratos es aceptada por la totalidad de los autores franceses²⁴. Por otra parte, se refieren a las acciones del acreedor defraudado para exigir la nulidad o la inoponibilidad del segundo contrato, aludiendo a los contratos en general o a algunos de ellos en especial, y siempre que el tercero haya *conocido* el contrato original, René Demogue²⁵, Marcel Planiol²⁶, Georges Ripert²⁷, Georges Ripert y Jean Boulanger²⁸, Geneviève Viney y Patrice Jourdain²⁹, Jérôme Huet, Georges Decocq, Cyril Grimaldi y Hervé Lécuyer³⁰, y Philippe Malaurie, Laurent Aynes y Pierre-Yves Gautier³¹, entre otros. Asimismo, aludiendo a los pactos sobre transferencia de acciones en particular, la obra de Derecho Comercial de Georges Ripert y René Roblot³², por una parte, y el profesor Philippe Merle³³, por otra, tratan de la procedencia de acciones para anu-

lar las enajenaciones que los infringen sobre la base de la jurisprudencia de la Corte de Casación. A mayor abundamiento, diversos artículos del *Código Civil* francés introducidos por modificación legal de principios del año 2016 suponen necesariamente la oponibilidad como efecto natural de los contratos³⁴ y reconocen al acreedor perjudicado el derecho a pedir la nulidad del nuevo contrato, como sucede con el nuevo art. 1124, según el cual

“el contrato celebrado en violación a una promesa unilateral con un tercero que conocía su existencia es nulo”.

Todavía en el ámbito del Derecho Civil, en España, Luis Diez-Picazo afirma que los contratos son oponibles a terceros y que el acreedor tiene acción de nulidad por causa ilícita contra el deudor y el tercero que celebran un nuevo contrato incompatible con el anterior, salvo que uno de ellos lo haya desconocido³⁵. En Argentina, se pronuncian expresamente por la oponibilidad de los contratos, entre otros, Guillermo Borda³⁶ y Miguel de Lorenzo³⁷, quien se re-

²⁰ DEMOGUE (1905) pp. 255-256.

²¹ RIPERT (1927), p. 293 y ss.

²² SAVATIER (1934), p. 540 y ss.

²³ RIPERT et BOULANGER (1963-1965), tome IV, vol. 1, p. 355.

²⁴ GHESTIN, JAMIN et BILLIAN (1994), p. 419

²⁵ DEMOGUE (1905), pp. 255-256.

²⁶ PLANIOL (1917), tomo II, p. 460.

²⁷ RIPERT (1927), p. 293 y ss.

²⁸ RIPERT et BOULANGER (1963-1965), tome IV, vol. 1, p. 355.

²⁹ VINEY et JOURDAIN (2001), pp. 66-67.

³⁰ HUET, DECOCQ, GRIMALDI et LECUYER (2012), p. 106.

³¹ MALAURIE, AYNES et GAUTIER (2014), pp. 70-71.

³² RIPERT et ROBLOT (2009), p. 431.

³³ MERLE (2010), p. 394.

³⁴ Por ejemplo, el antiguo art. 1165 del *CC* francés decía que las convenciones no producen *efectos* más que entre las partes contratantes y que no afectan a terceros; en cambio, el nuevo art. 1199 acogió la distinción entre obligatoriedad e inoponibilidad, estableciendo que el contrato no crea *obligaciones* sino entre las partes, y que los terceros no pueden demandar su ejecución ni verse constreñidos a ejecutarlo: es decir, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo art. 1165, el nuevo art. 1199 no niega que los contratos produzcan efectos ante terceros.

³⁵ DIEZ-PICAZO (1996), tomo I, p. 445 y ss.

³⁶ BORDA, tomo II, p. 173.

³⁷ DE LORENZO (2010), pp. 23-26.

fiere a la naturaleza de la acción por la cual el primer comprador puede pedir la ineficacia de la compraventa efectuada al segundo comprador si este estaba *en conocimiento* de la existencia de la primera compraventa. Por su parte, en el Derecho inglés, Guenter Treitel explica que los contratos solo producen derechos y obligaciones exigibles recíprocamente entre los contratantes, pero imponen *incidentalmente* a los terceros el deber de no interferir en su cumplimiento por las partes; y, por eso, en una cantidad de casos, las cortes han anulado la compra de una cosa que había sido prometida a otro, si el tercero estaba *en conocimiento* de la opción del acreedor original³⁸. Lo mismo se aplica en Inglaterra en el caso específico de la compraventa de acciones, según se observa en el tratado de Laurence Gower y Paul Davis³⁹.

2. En la reseña se da a entender que el único o principal argumento presentado en el libro para atribuir acciones de inoponibilidad o nulidad por causa ilícita al acreedor perjudicado por el nuevo contrato sería la invocación del art. 1555 del *CC*, que regula las obligaciones de no hacer.

Sin embargo, ello no es efectivo. En realidad, todas las explicaciones y la mayoría de las citas de autores nacionales y extranjeros transcritas más atrás están ya contenidas en el libro; y todas apuntan a demostrar que, existiendo conocimiento del tercero, el contrato le es oponible y el acreedor tiene derecho a exigir la ineficacia del nuevo contrato por haberse celebrado *en fraude a sus derechos*. Este es el argumento central, que

se desarrolla constantemente en el libro, en circunstancias de que la alusión al art. 1555 es solo *a mayor abundamiento*, tal como queda claro al inicio de la parte III, capítulo 4, párrafo N° 404 del libro; sin embargo, la reseña prescinde de los variados argumentos presentados a favor de esta postura, y no alude a la doctrina y jurisprudencia chilena y comparada que se trajo a colación más atrás.

No obstante, en el libro se afirma que el acreedor defraudado podría, como se ha dicho, *adicionalmente*, invocar el art. 1555 del *CC*, en virtud del cual, cuando el deudor incumple una obligación de no hacer, el acreedor puede exigir que se destruya lo hecho, con tal que sea posible y necesario para cumplir el objeto que las partes contemplaron al contratar. Por ejemplo, quien vende una especie o cuerpo cierto está naturalmente sujeto a una obligación de *no hacer* consistente en no enajenar la cosa a un tercero de modo que haga imposible su enajenación al comprador, tal como se desprende con toda claridad del *Código Civil*, que en su art. 1793 impone al vendedor la obligación de *dar* la cosa vendida al comprador, y que en el art. 1548 aclara que la obligación de dar contiene la obligación de *entregar* la cosa y, si se trata de una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de *conservarla* hasta su entrega. Por eso, en el libro se concluye que si el vendedor o promitente vendedor enajena en tales circunstancias la cosa debida a un tercero, incumple dolosamente el contrato original⁴⁰; y si el tercero conocía

³⁸ TREITEL (2015), p. 790 y ss.

³⁹ GOWER and DAVIS (2008), p. 947.

⁴⁰ En cuanto a la obligación de conservar la cosa hasta su entrega y al incumplimiento de dicha obligación mediante la enajenación de la cosa a un tercero, véase UGARTE y DÍAZ DE VAL-

o debía conocer el contrato infringido, entonces se hizo partícipe del fraude del deudor, y el acreedor puede exigir la inoponibilidad o nulidad del nuevo contrato para, de este modo, exigir el cumplimiento del contrato original y ejercer así su legítimo derecho.

Cabe señalar que, en el caso específico de la compraventa, el art. 1817 del CC establece que si se realizan dos compraventas separadas de la misma cosa a personas distintas, prevalece el contrato de quien haya entrado primero en posesión; y que si ninguno de los compradores ha entrado en posesión, prevalece el título más antiguo. Este artículo confirma, entonces, que la primera compraventa es oponible al segundo comprador, salvo que este haya entrado antes en posesión de la cosa. Sin embargo, tal como señala el profesor Ramón Domínguez, el primer comprador podría de todos modos oponer su título al segundo comprador que haya entrado en posesión de la cosa *en conocimiento* de la primera compraventa y actuando, por consiguiente, de *mala fe*: en otras palabras, la protección al comprador que entró en posesión no puede extenderse al caso de fraude, situación en la cual la segunda compraventa es inoponible al primer comprador⁴¹. También los profesores José Joaquín Ugarte Godoy y Rodrigo Díaz de Valdés consideran inválida la segunda compraventa cuando el segundo comprador estaba de mala fe⁴², y Luis Claro Solar⁴³ y Alberto Baltra⁴⁴

señalaban, por su parte, que la segunda venta constituye un *fraude* del vendedor contra el primer comprador. De hecho, por fallo de fecha 21 de agosto de 2000, la Corte de Apelaciones de Rancagua anuló por causa ilícita la segunda venta de un inmueble, y ordenó cancelar su inscripción en el Registro de Propiedad y que se inscribiera en cambio la primera compraventa, ya que tanto el vendedor como el segundo comprador conocían la primera compraventa y actuaron por consiguiente de mala fe⁴⁵.

Este planteamiento es coherente con la oponibilidad del contrato infringido ante el tercero que lo conocía o debía conocerlo. No obstante, el profesor Hernán Corral estima que se trata de un planteamiento “audaz”, y que si el incumplimiento de la obligación de no hacer se realiza mediante la celebración de un contrato entre el deudor y un tercero que actuó conociendo o debiendo conocer el contrato original, el art. 1555 no sería aplicable, y el acreedor no podría ejercer acción de inoponibilidad por fraude o de nulidad por causa ilícita, según fuera el caso: en otras palabras, debería resignarse a aceptar

DÉS (2011), p. 33; ABELIUK (2014), tomo I, p. 449; PEÑAILILLO (2003), p. 233.

⁴¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1992), p. 95.

⁴² UGARTE y DÍAZ DE VALDÉS (2011), p. 78.

⁴³ CLARO SOLAR (1979), tomo XI, p. 223.

⁴⁴ BALTRA (1935), p. 156, con cita a la doctrina de René Demogue.

⁴⁵ Causa rol N° 16.084-2000, denominada “Banda Pavez con Muñoz Banda”. Según consta de autos, la segunda compradora conocía perfectamente la primera compraventa porque ella misma la había firmado a ruego de la primera compradora. En el considerando séptimo del fallo, la corte sostuvo que la segunda compraventa tenía una causa ilícita o inmoral, lo que se aplica a “todo contrato que se lleve a cabo con el interés de mejorar una condición jurídica en forma de aspirar a una acción judicial destinada a despojar a un adquirente que ha cumplido con la plenitud con los requisitos legales para celebrar una convención o acto jurídico válido, pero que por causas ajenas a su voluntad ha estado desprovisto de inscripción registral en el competente Registro de Propiedad Raíz”.

la validez del contrato celebrado injustamente en perjuicio suyo. El argumento que presenta en su auxilio el profesor Hernán Corral es que el art. 1555 autoriza al acreedor a destruir la cosa hecha “a expensas del deudor”, lo que en su opinión solo podría aplicarse respecto de cosas materiales.

Con todo, pensamos que se trata de un argumento más bien literal, que no aborda el problema de fondo ni repara en el sentido de la norma, que es reconocer un derecho al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y de combatir su incumplimiento, máxime si es fraudulento. Ahora bien, incluso desde un punto de vista puramente literal, el argumento tampoco es satisfactorio, porque es posible concebir que los gastos que conlleva deshacer un acto jurídico se imputen al deudor mediante una acción de indemnización de perjuicios o la asignación de las costas judiciales. Asimismo, el texto del art. 1555 no hace distinción alguna, y no se observa razón por la cual haya que excluir de la norma las obligaciones de no hacer en virtud de las cuales el deudor tiene que abstenerse de realizar un acto jurídico: de lo contrario, sería imposible en la práctica exigir el cumplimiento forzoso de este tipo de obligaciones, lo que atentaría contra el espíritu general de la legislación chilena, que reconoce como derecho fundamental del acreedor la facultad de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación.

Por lo demás, la aplicación de las sanciones que contempla el art. 1555 al incumplimiento de una obligación de no hacer una cosa inmaterial (como un acto jurídico) ha sido expresamente aceptada en nuestro Derecho, tal como se observa en el tratado de Arturo Ales-

sandri R., Arturo Somarriva U. y Antonio Vodanovic H., donde se cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que definió como obligación de no hacer la de no inscribir la venta de un inmueble según lo resuelto por una sentencia judicial, agregando:

“la contravención autoriza a los perjudicados para recabar la destrucción de lo hecho, y tal destrucción no puede verificarse sino por la cancelación de la inscripción reclamada”.

La mencionada obra agrega que, conforme a la segunda acepción de la palabra ‘destrucción’ contenida en el *Diccionario de la lengua española*, ella significa “deshacer o inutilizar algo no material”⁴⁶. Por su parte, refiriéndose, en particular, a los pactos sobre transferencia de acciones, el profesor Gonzalo Baeza estima que el art. 1555 es aplicable a la infracción de una obligación de no enajenar, si bien por analogía⁴⁷. Lo mismo se ha resuelto desde hace décadas en Francia, donde la jurisprudencia acude al antiguo art. 1143 y actual 1222 del *CC* (ambos equivalentes al art. 1555 del *CC* chileno) para obtener la supresión de lo que se haya hecho en contravención a una obligación de no hacer cualquiera sea su objeto, decretando, por ejemplo, el cierre de un establecimiento comercial abierto en contravención a una obligación de no competencia o de cualquier otra obligación contractual válida⁴⁸.

⁴⁶ ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC (2016), tomo II, pp. 228-229.

⁴⁷ BAEZA (2008), tomo II, p. 941.

⁴⁸ VINEY et JOURDAIN (2001), p. 65.

En cualquier caso, y tal como se hace ver en el libro comentado, insistimos en que la atribución al acreedor perjudicado de acciones para exigir la ineficacia del contrato celebrado en perjuicio suyo se funda en la oponibilidad de los contratos a los terceros que los conocían o debían conocerlos y en la existencia de un fraude por parte del deudor y el tercero, de modo que el acreedor tendría tales acciones, incluso, prescindiendo completamente del art. 1555 del *CC*; sin perjuicio de lo cual consideramos que se trata de dos reglas que, llegado el caso, pueden y deben interpretarse en forma coincidente.

3. En opinión del profesor Hernán Corral, sería “excesivo” sostener que hay fraude en caso de incumplimiento doloso del deudor y participación de un tercero a sabiendas o debiendo haber sabido la existencia del contrato.

Sin embargo, no hay tal exceso, y la razón es muy sencilla. Cuando el tercero conoce el contrato original, sabe necesariamente que, en virtud del mismo, el acreedor tiene un derecho personal que ha ingresado a su patrimonio en calidad de activo y sobre el cual tiene un derecho de propiedad reconocido tanto por el art. 583 del *CC* como por el art. 19 N° 24 de la Constitución. Como consecuencia de lo anterior, el tercero que conoce el contrato original sabe, también necesariamente, que si celebra un nuevo contrato incompatible con el primero privará al acreedor original de un derecho adquirido y que le producirá un daño, cuya causa es, precisamente, la celebración del nuevo contrato. Si el tercero actuó a sabiendas de la existencia del contrato original y de la infracción del deudor, entonces produjo un daño delibera-

do al acreedor, ya que celebró el nuevo contrato con el deudor con perfecta previsión del perjuicio que causaría al acreedor, de modo que su voluntad se extendió no solo a la celebración del nuevo contrato sino, también, a las consecuencias dañosas que provendrían del mismo para el acreedor, tal como se configura el dolo eventual en materia penal.

En otras palabras, la actuación del tercero responde inequívocamente a la definición de dolo del art. 44 del *CC*, pues actuó con la intención positiva de inferir injuria a la propiedad del acreedor original en complicidad con el deudor. Para estos efectos, no es relevante que la intención predominante del tercero no haya sido producir el daño, o que el daño no haya sido el fin principal que motivó su actuación, y que, por el contrario, el tercero haya actuado en vistas a satisfacer un interés personal. En realidad, muy pocos fraudes se cometen con el fin o con la intención principal o predominante de dañar, por cuanto las personas se mueven generalmente en busca de su propio beneficio⁴⁹. Lo que en verdad importa para que el fraude se configure como tal es que se cumpla sin más la definición de dolo del *Código Civil*, y que el tercero tenga la intención de dañar al acreedor, aunque no sea principal o predominante; intención que está de suyo contenida en su conocimiento del contrato infringido y en su consiguiente previsión y aceptación del daño causado al acreedor como consecuencia necesaria de la celebración del nuevo contrato⁵⁰.

⁴⁹ VIDAL (1957), p. 125; DOMÍNGUEZ (1992), p. 88; RODRÍGUEZ (1998), p. 107.

⁵⁰ En cuanto a la causalidad dolosa y a la necesaria previsibilidad del daño, véase UGARTE GODOY (2013) p. 696.

Esa es la razón por la cual el *Código Civil*, cuando trata del fraude, no exige más que el *conocimiento* del tercero: así se refleja, por ejemplo, en el art. 2468, según el cual en el caso de los contratos onerosos se configura el fraude pauliano cuando el otorgante y el adquirente están de mala fe, esto es, *conociendo* ambos el mal estado de los negocios del primero; norma que, por lo demás, viene del Derecho Romano, como se observa ya en la regulación del *interdictum fraudatorium*⁵¹. Esa es también la razón por la cual los arts. 1490 y 1491 del *CC* disponen que el acreedor condicional tiene acción para recuperar la cosa contra el tercero adquirente de mala fe, y los autores entienden por lo general que está de mala fe el tercero que al tiempo de contratar con el deudor *conocía* el derecho del acreedor condicional⁵²; tal como por lo demás se deduce de la historia fidedigna de la ley, porque en el Proyecto de *Código Civil* de 1853 se establecía:

“se reputarán de mala fe los terceros que, antes de la adquisición del inmueble, o de un derecho real en él, hayan tenido noticia de la condición suspensiva o resolutoria a que estaba afecto el inmueble”.

Pensamos que esa es, asimismo, la razón por la cual los profesores Alberto Baltra⁵³, Ramón Domínguez Águila⁵⁴, Jorge

López Santa María⁵⁵ y Enrique Barros⁵⁶ estiman que basta el conocimiento del derecho del acreedor y la consiguiente aceptación del perjuicio por parte del deudor y el tercero para que se configure el fraude, y la razón por la cual los autores extranjeros citados más atrás consideran que basta que el tercero haya *conocido* el contrato anterior para que el acreedor perjudicado pueda ejercer acción de inoponibilidad o de nulidad por causa ilícita del nuevo contrato, según sea aplicable.

Importa, en todo caso, destacar que, contra lo que se desprende de la reseña, nada en el libro comentado permite identificar este tipo particular de fraude con el fraude pauliano: se trata en realidad de dos tipos distintos de fraude. El fraude pauliano tiene lugar cuando el deudor celebra con un tercero un contrato que agrava su insolvencia, de modo que la generalidad de sus acreedores verán comprometido su derecho a cobrar sus respectivos créditos. En cambio, el fraude que tiene lugar cuando se celebra un contrato incompatible con otro pre-

⁵¹ LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), pp. 314-316.

⁵² BARROS (2006), pp. 652-653. Refiriéndose al fraude, el profesor Enrique Barros estima que: “en general, puede inferirse un criterio de inoponibilidad respecto de actos que una persona realice con el efecto (querido o aceptado) de sustraerse a la observancia de un deber (generalmente una obligación) que se tiene para con otra”. Asimismo, observa que el principio que subyace a esta regla es el de la buena fe y lealtad respecto del acreedor, y que la sanción específica es la inoponibilidad del acto fraudulento; no obstante lo cual, si el acto ya ha producido efectos respecto de terceros que no pueden ser retrotraídos, entonces habrá lugar a responsabilidad civil. Esta opinión, por cierto, es sin perjuicio de la que el profesor Enrique Barros expresa en relación con la interferencia en contrato ajeno, según se ha hecho ver más atrás.

⁵¹ GUZMÁN BRITO (2013), tomo I, pp. 282-283.

⁵² En cuanto a la definición de la mala fe como el conocimiento del derecho del acreedor condicional, véase ALESSANDRI (1934), p. 138; PEÑAILILLO (2003), p. 456; ABELIUK (2014), tomo I, p. 688.

⁵³ BALTRA (1935), p. 156.

⁵⁴ DOMÍNGUEZ (1992), p. 90 y ss.

cedente no requiere en modo alguno que el deudor sea insolvente, sino solo la frustración dolosa del derecho de un acreedor determinado bajo un contrato anterior. Sin embargo, en ambos casos se repiten los requisitos copulativos que deben cumplirse para que se configure un fraude: primero, su concreción a través de un acto jurídico que considerado aisladamente pareciera lícito; segundo, la infracción de una regla jurídica (en este caso, aquella que consagra la obligación de respetar los derechos ajenos, en particular los de los acreedores) y tercero, la voluntad fraudulenta, es decir, el dolo del deudor y el conocimiento del tercero, que se hace deliberadamente partícipe de aquel⁵⁷.

En cuanto al caso en que el tercero no conocía de hecho el contrato infringido por el deudor, pero debía conocerlo, como ocurriría si las partes del contrato original hubieran cumplido las formalidades que la ley contempla precisamente para oponibilidad del contrato a terceros, entonces el tercero actuó con culpa grave, pues le hubiera bastado una simple revisión de los registros públicos competentes dispuestos al efecto para conocer con seguridad si su actuación afectaba o no los derechos de terceros. Y como, según el art. 44 del *CC*, la culpa grave equivale al dolo, entonces el tercero que debía conocer el contrato anterior debe someterse a las mismas consecuencias que si lo hubiera conocido efectivamente, y el acreedor

original podrá todavía ejercer acciones tendientes a obtener la inoponibilidad o nulidad del nuevo contrato celebrado en perjuicio suyo. En el Derecho contemporáneo, esta postura fue expresamente adoptada, por ejemplo, por el nuevo *Código Civil y Comercial* argentino, en vigor a partir de 2015, cuyo art. 339 c) dispone que para que pueda ejercerse la acción de inoponibilidad por fraude es necesario que:

“quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia”.

4. Según el profesor Hernán Corral, en el libro no se habrían sopesado los efectos que la doctrina antes expuesta traería en caso de aplicarse no solo a los pactos sobre transferencia de acciones sino a otros contratos que tienen por objetivo una obligación de dar, ya que, a su juicio, la inoponibilidad y la nulidad del nuevo contrato constituirían soluciones extremas y perjudiciales para el tráfico jurídico, e implicarían atribuir efectos reales y no solo obligacionales a contratos como la promesa o la compraventa.

Pero, en realidad, ocurre lo contrario: el libro advierte en forma expresa que lo dicho respecto de los pactos sobre transferencia de acciones es aplicable a ellos precisamente porque constituyen contratos, y que todos los contratos son por su propia naturaleza oponibles a terceros. Esto es aplicable no solo a los contratos preparatorios –como la promesa o el pacto de preferencia– y a los contratos que constituyen un título translaticio de dominio –como la com-

⁵⁷ En cuanto a los requisitos constitutivos del fraude civil según la doctrina chilena, véase DOMÍNGUEZ (1984), p. 113; ALCALDE (2005), pp. 95-103. En el mismo sentido, respecto al Derecho francés y sus antecedentes en el Derecho Romano, véase VIDAL (1957), p. 31 y ss.; MAZEAUD (1998), tome II, vol. 1, p. 305.

praventa-, sino a todos los contratos en general. Por eso que los autores chilenos y extranjeros citados más atrás se refieren a otros tipos de contratos, a los cuales no se alude en el libro porque no constituyen pactos sobre transferencia de acciones, pero que también producen como efecto la oponibilidad a terceros, sin perjuicio de que esta pueda manifestarse de manera parcialmente distinta, o que las acciones del acreedor para exigir su respeto por parte de terceros puedan variar según sea necesario para la debida protección de su derecho. Así, los autores suelen citar como ejemplo contratos como la sociedad, el mandato, el acuerdo de no competencia, el arrendamiento de ser vicios y el contrato de trabajo (en el caso de estos dos últimos, particularmente cuando contienen cláusulas de exclusividad), sin perjuicio de la aplicación de esta doctrina en general a toda clase de contratos.

Por otra parte, contra lo que dice la reseña, nada hay en el libro que implique atribuir efectos reales y no puramente obligacionales a contratos como la promesa o la compraventa. Lo que sucede es algo harto distinto, y es que los contratos, si bien producen efectos obligacionales solo entre las partes, además producen respecto de terceros, en virtud de su oponibilidad, el deber de abstenerse de impedir o dificultar que produzcan sus efectos obligatorios entre las partes, de modo que estas últimas puedan ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que constituyen el objeto del contrato. Se trata de la obligación general de no perjudicar a otro, que es uno de los tres primeros preceptos del Derecho que indica Ulpiano, y que exige el respeto general de los bienes y derechos

de todos: es, pues, una obligación que no emana en último término del contrato, sino del concepto mismo de sistema jurídico.

Ahora bien, los contratos son oponibles solo a los terceros que los conocían o que debían conocerlos: en otras palabras, producen una *oponibilidad relativa*; a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales, que pueden hacerse valer *erga omnes* y generan, por tanto, una *oponibilidad absoluta*, independientemente de si los terceros los conocían o debían conocerlos o no. De esta manera, los contratos solo pueden oponerse a terceros de mala fe, pero nunca a terceros de buena fe, tal como queda reflejado, por ejemplo, en los arts. 1490 y 1491 del *CC*; mientras que los derechos reales pueden oponerse ante cualquier tercero, incluso si desconocía su existencia y estaba, por tanto, de buena fe, según se observa en la forma como el *Código Civil* regula la acción reivindicatoria. Ahí reside la diferencia fundamental entre la oponibilidad de los contratos, por una parte, y los efectos *erga omnes* que producen los derechos reales, por otra.

Para terminar, hacemos presente que las propuestas desarrolladas en el libro comentado aseguran el respeto de la obligatoriedad de los contratos, su ejecución de buena fe y la regla por la cual los contratos solo pueden terminarse por acuerdo de las partes o por causa legal, y no por el incumplimiento doloso del deudor en connivencia fraudulenta con un tercero; todo lo cual está en perfecta afinidad con la seguridad jurídica que debe presidir las relaciones económicas entre particulares, porque los terceros de buena fe jamás se verán im-

pedidos de contratar ni verán afectados los derechos que hayan adquirido por medios exentos de fraude y de todo otro vicio, para acudir a la expresión empleada por Andrés Bello en el art. 706 del CC. En cambio, la eficacia del contrato celebrado mediante el incumplimiento doloso del deudor y la participación fraudulenta del tercero no solo sería la negación misma del Derecho, sino que constituiría un atentado contra el sistema jurídico chileno desde un punto de vista práctico, pues implicaría menoscabar gravemente la fuerza obligatoria de los contratos, disminuir injustamente la exigibilidad de los derechos, convalidar la mala fe y desincentivar significativamente el tráfico comercial, ya que pocos se atreverían a contratar si supieran que el deudor puede incumplir válidamente sus obligaciones con la complicidad deliberada de un tercero.

448

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René (2014). *Las obligaciones*. Santiago: Thompson Reuters.
- ALCALDE, Enrique (2005). “El fraude a la ley”, en UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO. *II Curso de actualización jurídica. Teorías del Derecho Civil moderno*. Santiago: Ediciones Universidad del Desarrollo.
- ALESSANDRI BESA, Arturo (2015). *La nulidad y la rescisión en el Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1930). *De los contratos (versiones taquigráficas)*. Santiago: Imp. Editorial Bellas Artes.
- ALESSANDRI R., Arturo, Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVICH. (2016). *Tratado de las obligaciones*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- BAEZA OVALLE, Gonzalo (2008). *Tratado de Derecho Comercial*. Santiago: Lexis Nexis.
- BALTRA, Alberto (1935). *Ensayo de una teoría general de los actos inoponibles*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago.
- BARROS, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS CAJDLER, Daniel y Guillermo VIAL YÁVAR (2014). *Oponibilidad de los pactos de accionistas depositados y anotados en el registro de accionistas de una sociedad anónima*. Santiago: Legal Publishing Chile, .
- BERGEL, Jean-Luis, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, (2010). *Les Biens (in Traité de Droit Civil dir. Jacques Ghestin)*. Paris: LGDJ Lextenso éditions.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. Octava Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- CAPITANT, Henri (1923). *Introduction à L'Etude du Droit Civil*. Paris: A. Pedone Éditeur.
- CLARO SOLAR, Luis (1979). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DEMOGUE, René (1905). “Des Droits Éventuels et des Hypothèse où ils Prennent Naissance”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. N° 4. Paris.
- DE LORENZO, Miguel Federico (2010). “Contrato que daña a terceros, terceros que dañan al contrato (líneas de una evolución histórica y jurisprudencial)”. *Revista Crítica de Derecho Privado*. N° 7. Montevideo.
- DÍAZ VELASCO, M. Isabel (1993). “Restricciones a la libre transferencia de ac-

- ciones de una sociedad anónima”. *Derecho y Humanidades*, año II. N° 3 y 4. Santiago.
- DIEZ-PICAZO, Luis (1996). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1983). “Los terceros y el contrato”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Año LI. N° 174. Concepción.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1984). “El contrato en perjuicio de terceros”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. año LII. N° 175. Concepción.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1992). “Fraus Omnia Corruptit. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXXIX, N° 3. Santiago.
- EPSTEIN, Richard (1999). *Torts*. New York: Aspen Publishers.
- GHESTIN, Jacques, Christophe JAMIN et Marc BILLIAN (1994). *Traité de Droit Civil. Les Effets du Contrat*. Paris: LGDJ.
- GOWER Laurence and Paul DAVIS (2008). *Gower and Davis' Principles of Modern Company Law*. London: Sweet & Maxwell.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013). *Derecho Privado Romano*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- HENRÍQUEZ, Ian (2012). “Para una delimitación del efecto expansivo de los contratos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 25 de enero de 2011, casación en el fondo, rol N° 3738-2009”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2. Santiago.
- HERRERA BARRIGA, Cristian (1993). *Los pactos entre accionistas. Pactos sobre limitación a la libre cesión de acciones y acuerdos de actuación conjunta*. Memoria de prueba. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- HUET, Jérôme, Georges DECOCQ, Cyril GRIMALDI et Hervé LÉCUYER (2012). *Les Principaux Contrats Spéciaux (in Traité de Droit Civil dir. Jacques Ghestin)*. Paris: LGDJ Lextenso éditions.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010). *Los contratos. Parte general*. Santiago: Abeledo Perrot.
- MALAUURIE, Philippe; Laurent AYNES et Pierre-Yves GAUTIER (2014). *Les Contrats Spéciaux*. Paris: LGDJ Lextenso éditions.
- MAZEAUD, Henry et Léon, Jean MAZEAUD (1998). *Leçons de Droit Civil*. Paris: édition par Françoise Chabas. Editions Montchrestien.
- MELOSSI JIMÉNEZ, Andrés (1993). *Límites a la transferencia de acciones de sociedades anónimas*. Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley.
- MERLE, Philippe (2010). *Droit Commercial. Sociétés Commerciales*. Paris: Dalloz.
- PENAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2007). “El efecto relativo de los contratos: Partes y terceros”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago: Lexis Nexis.
- PLANIOL, Marcel (1917). *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- RIPERT, Georges (1927). *La Règle Moral dans les Obligations Civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- RIPERT, Georges, Jean BOULNGER (1964). *Tratado de Derecho Civil (según el Tratado de Planiol)*. Buenos Aires: La Ley.
- RIPERT, Georges et René ROBLLOT, sous

la direction de Michel GERMAIN, (2009). *Traité de Droit Commercial. Les Sociétés Commerciales*. Paris: LGDJ.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1998). *El abuso del Derecho y el abuso circunstancial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

SAUTONIE-LAGUIONIE, Laura (2008). *La Fraude Paulienne*. Paris: LGDJ.

SAVATIER, René (1934). “Le Prétendu Principe de l’effet relatif des contrats”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Vol. 33. Paris.

TREITEL, Guenter (2015). *The Law of Contracts*. London: edited by Edwin Peel, Sweet & Maxwell.

UGARTE GODOY, José Joaquín (2013). “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. Su naturaleza, sus grados y su proyección en la contribución a la deuda”, en Susan TURNER SAEZAR, Juan Andrés VARAS BRAUN (coords.). *Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013*. Santiago: Legal Publishing.

UGARTE GODOY, José Joaquín y Rodrigo DÍAZ DE VALDÉS (2011). *Informe en Derecho - Recurso de Protección Corporación Nacional del Cobre de Chile con Inversiones Anglo American Sur S.A. y otros* disponible en www.codelco.com/flipbook/codelcoanglo/documentos/2011/23_11_2011%20Informe%201.pdf [fecha de consulta: 5 de mayo de 2017].

VIDAL, José (1957). *Essai d’une Théorie Générale de la Fraude en Droit Français. Le Principe “Fraus Omnia Corruptit”*. Paris: Librairie Dalloz.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006). “El efecto absoluto de los contratos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6. Santiago.

VINEY, Geniève, Patrice JOURDAIN (2001). “Les effets de la responsabilité”, in Jacques GHESTIN (dir.). *Traité de Droit Civil*. Paris: LGDJ.

JORGE UGARTE VIAL
 PROFESOR
 DE LA FACULTAD DE DERECHO
 DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD
 CATÓLICA DE CHILE