

## LAS SOLEMNIDADES, ¿SON SIEMPRE REQUISITOS DE EXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS?

*Fernando Rozas V. \**

En la teoría general de los actos jurídicos no existe una concepción uniforme sobre qué son las solemnidades y cuál es su rol como requisito del acto jurídico solemne. ¿Son un requisito de existencia o de validez en los mencionados actos?

La generalidad de los autores expresan y la mayoría de los profesores enseñan que son requisitos de existencia en los actos jurídicos solemnes.

Sin embargo, incontable es el número de ellos que después de sostener que son requisitos de existencia expresan que su omisión se sanciona con la nulidad absoluta. Lo que es una inconsecuencia, pues si se omite un requisito de existencia la sanción que debiera imponerse al acto en que ello ocurre es la inexistencia.

No es lógico sostener que la omisión de un requisito de existencia de un acto jurídico se sanciona con nulidad absoluta, aunque ésta opere con efecto retroactivo y una vez declarada se tenga el acto como no celebrado, ya que mientras no se declare produce todos sus efectos, considerándose válido el acto. Es ilógico considerar válido un acto al que falta un requisito de existencia.

Además, la nulidad absoluta puede validarse por el lapso<sup>1</sup>, lo que es imposible que suceda con la inexistencia, ya que lo que no existe jamás podrá adquirir existencia por el simple lapso.

Tampoco nos parece valedera la argumentación de que la nulidad absoluta es la sanción máxima a la omisión de requisitos del acto jurídico. Que el Código Civil no reconoce la inexistencia como sanción.

Esos mismos autores sostienen cuando se refieren al matrimonio, que la falta de consentimiento de los contrayentes, la igualdad de sexos y la ausencia del Oficial del Registro Civil, se sancionan con la inexistencia del matrimonio. Nos preguntamos, dónde reconoce la Ley de Matrimonio Civil que la inexistencia es una sanción por la omisión de algunos requisitos del matrimonio.

Otros autores y profesores, la menor parte de ellos, creen que las solemnidades son requisitos de validez de los actos jurídicos solemnes y que su omisión se sanciona con la nulidad absoluta.

\* Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup> Código Civil Art. 1.683.

Las disposiciones legales sobre esta materia son pocas, contradictorias y, en general, no son categóricas.

El Art. 1701 dice que "la falta de instrumento" público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados...".

Esta disposición da a entender, claramente, que cuando el instrumento público es la solemnidad de un acto, su omisión acarrea la inexistencia del mismo, ya que se tiene por no celebrado, en consecuencia, cuando la solemnidad de un acto es el instrumento público, tal solemnidad sería un requisito de existencia de dicho acto.

Sin embargo, el Código de Comercio, en su artículo 357 inc. 1º dice que "la omisión de la escritura social o de su inscripción en el registro de comercio produce nulidad absoluta entre los socios".

Es decir, para el Código de Comercio, la solemnidad de la escritora pública en las sociedades colectivas no es requisito de existencia, sino de validez, ya que su omisión se sanciona con la nulidad absoluta.

Lo dispuesto en el Art. 1701 del Código Civil concuerda con lo dispuesto en el Art. 1443 del mismo código que establece que el contrato es solemne, cuando está sujeto a la observación de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce *ningún* efecto civil.

Tanto el Art. 1701 como el Art. 1443 dan a entender que las solemnidades son requisitos de existencia de los actos jurídicos, que si se omiten hacen que el acto no produzca efectos civiles, que se tenga por no celebrado, lo que es lo mismo que decir que no existe.

Sin embargo, el Art. 1470 en su número tercero echa por tierra lo perceptuado por los dos artículos recién citados, pues establece que son obligaciones naturales las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles.

Como se puede ver, el Art. 1470 deja claramente establecido que un acto en que se han omitido las solemnidades no es inexistente, sino que engendra obligaciones naturales. Sabido es que lo inexistente nada puede generar, y si el acto en que se han omitido las solemnidades produce obligaciones naturales quiere decir que el acto existe, ya que algo produce.

Por otra parte, para el testamento, que es un acto solemne<sup>2</sup>, la omisión de las solemnidades está sancionada con nulidad, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1026.

Podríamos seguir citando artículos contradictorios en que el legislador da a entender, en algunos de ellos, que las solemnidades son requisitos de existencia que si se omiten se produce la inexistencia del acto en que debieron concurrir, y otros, en que manifiesta que si se omite el

<sup>2</sup> *Id.* Art. 999.

acto, es nulo y, en consecuencia, considera las solemnidades como requisito de validez de esos actos jurídicos. No nos parece necesario hacerlo, pues creemos que el legislador no ha tenido un concepto claro y definitivo sobre la naturaleza de las solemnidades como requisito de los actos jurídicos.

Pensamos que el único principio general que podemos establecer al respecto es el que si las solemnidades están constituidas por instrumento público, y para que el acto produzca sus efectos (derechos y obligaciones que genera para las partes) es necesaria su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, la omisión de tales solemnidades hace inexistente el acto, el que ni siquiera genera obligaciones naturales<sup>3</sup>.

En consecuencia, para determinar si una solemnidad es requisito de existencia o de validez del respectivo acto jurídico, creemos que debe analizarse cada situación en particular. Ver si en esa situación el consentimiento se manifiesta a través de la solemnidad y si las obligaciones que emanan del referido acto jurídico, en caso de omitirse la solemnidad, pueden o no cumplirse como naturales.

En los números siguientes analizaremos los principales actos jurídicos solemnes que contempla el Código Civil.

1. *El Matrimonio*: El matrimonio debe celebrarse ante Oficial del Registro Civil competente y ante dos testigos hábiles.

Sabido es que el matrimonio que no se celebra ante Oficial del Registro Civil es inexistente. En consecuencia, la presencia del Oficial del Registro Civil es una solemnidad del matrimonio cuya omisión acarrea la inexistencia del mismo.

Hacemos presente, sin embargo, que hay una sentencia de la Corte Suprema que resuelve que el matrimonio de dos extranjeros celebrado ante el Cónsul de su país no es inexistente sino nulo.

La competencia del Oficial del Registro Civil y la presencia de dos testigos hábiles son requisitos de validez del matrimonio cuya omisión acarrea la nulidad del mismo<sup>4</sup>.

No nos extenderemos más sobre el matrimonio, ya que por tratarse de un contrato de familia sus normas son de orden público, distintas de las normas que rigen los contratos patrimoniales.

En todo caso, hacemos presente que no creemos que sea a través de las solemnidades mencionadas que los contrayentes manifiestan su voluntad, sino que son solemnidades que deben observarse para que el matrimonio exista y sea válido.

<sup>3</sup> *Id.* Art. 1701 en relación con los Art. 57 y 52 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

<sup>4</sup> Ley de Matrimonio Civil Art. 31.

2. *Legitimación por matrimonio posterior de los padres:* El matrimonio de los padres legitima ipso iure a los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos en él y a los hijos nacidos antes del matrimonio que tienen la calidad de hijos naturales respecto del marido y la mujer <sup>5</sup>.

Los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres, que no tuvieren la calidad de hijos naturales de ellos, sólo pueden legitimarse voluntariamente, esto es, mediante una declaración que en tal sentido formulen los padres en instrumento público <sup>6</sup>.

Creemos que la omisión del instrumento público mencionado hace que la legitimación sea inexistente, dado lo dispuesto en el inciso 1º del Art. 209, que dice que la legitimación queda perfecta desde el otorgamiento del instrumento. Es decir, mientras el instrumento no se otorgue, no se perfecciona, no existe legitimación.

En el caso que analizamos creemos que la voluntad de legitimar de los padres se manifiesta a través del instrumento público que debe otorgarse al efecto.

En consecuencia, el instrumento público en que deben designarse los hijos que se legitiman voluntariamente, nos parece una solemnidad que es requisito de existencia de la legitimación voluntaria.

3. *Repudio de la legitimación voluntaria:* La legitimación voluntaria puede repudiarse en los términos señalados por el Art. 209.

Dicho artículo, en su inciso 5º, dice que el repudio deberá hacerse por escritura pública, dentro de los plazos que el mismo artículo señala, y que la escritura de repudio deberá anotarse al margen de la respectiva inscripción de nacimiento.

Por razones que expresamos en el número anterior, creemos que la escritura pública es una solemnidad que es requisito de existencia del repudio de la legitimación.

La anotación de la escritura al margen de la inscripción de nacimiento creemos que es una medida de publicidad, cuya omisión se sanciona de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 8º de la Ley sobre Registro Civil en relación con el Art. 6º de la misma ley, esto es, no puede hacerse valer en juicio sin que haya precedido la inscripción.

4. *Emancipación voluntaria:* El Art. 265 dice que la emancipación voluntaria se efectúa por escritura pública, en que el padre o la madre, en su caso, declara emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello. No valdrá la emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa. Si ella fuera otorgada por el padre, estando viva la madre, será menester, además, que se proceda con su consentimiento.

<sup>5</sup> Código Civil. Art. 206 y 207.

<sup>6</sup> Id. Art. 208.

En consecuencia, para la emancipación voluntaria, la ley establece las siguientes solemnidades: escritura pública, autorización judicial y consentimiento de la madre si está viva.

Dado lo dispuesto en el Art. 265, creemos que la escritura pública es una solemnidad a través de la cual manifiesta su voluntad el que emancipa y el hijo adulto, y que es un requisito de existencia de la emancipación.

La autorización judicial y el consentimiento de la madre son solemnidades a través de las cuales no se manifiesta el consentimiento y creemos que son requisitos de validez de la emancipación voluntaria, ya que el inciso 2º del artículo que analizamos dice que *no valdrá* la emancipación si no se procede con la autorización y consentimiento indicados. Es decir, existe pero es nula absolutamente por la omisión de requisitos o formalidades que la ley establece para el *valor* de la emancipación en consideración a su naturaleza<sup>7</sup>.

5. *Reconocimiento de hijo natural de acuerdo al Art. 271 N° 1 del Código Civil:* Según el N° 1 del Art. 271, son hijos naturales los que el padre, la madre o ambos hubieren reconocido como hijo suyo mediante una declaración formulada con ese determinado objeto en escritura pública, en la inscripción de nacimiento del hijo o en acto testamentario.

Creemos que la voluntad de reconocer a un hijo natural se manifiesta a través de la escritura pública, la inscripción de nacimiento o el acto testamentario que dé cuenta de ella y que, en consecuencia, tales solemnidades son un requisito de existencia del reconocimiento a que se refiere el N° 1 del Art. 271.

6. *Mandato para contraer matrimonio y para reconocer un hijo natural:* Según el Art. 103, el matrimonio podrá celebrarse por mandatario especialmente facultado para este efecto. El mandato deberá otorgarse por escritura pública e indicar el nombre, apellido, profesión y domicilio de los contrayentes y del mandatario.

El inciso tercero del N° 1 del Art. 271 nos expresa que el reconocimiento por acto entre vivos, señalado en ese número, podrá efectuarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especialmente facultado con este objeto.

Los mandatos a que se refieren las disposiciones citadas deben constar por escritura pública en las que se debe facultar especialmente al mandatario para llevar a efecto el encargo que se les hace, y en el caso del mandato para el matrimonio debe individualizarse a los contrayentes y al mandatario.

No creemos que sea a través de la escritura de mandato que los interesados manifiestan la voluntad de casarse o de reconocer un hijo natural.

<sup>7</sup> *Id.* Art. 1682.

Sin embargo, por tratarse de normas de orden público, estimamos que la omisión de la mencionada escritura como la de facultar especialmente al mandatario para el encargo que se le hace, o la de individualizar a las partes y al mandatario, en el caso del matrimonio, produce nulidad absoluta del acto realizado por el mandatario.

Podría pensarse en la posibilidad de aplicar a la falta de individualización de las partes y del mandatario en el caso del Art. 103, lo dispuesto en el Art. 1026, inc. 2º, relativo a los testamentos, que dice que no se anulará el testamento si se omite una o más de las designaciones relativas al testador, escribano o testigos, siempre que no haya duda acerca de su identidad personal.

Con todo, considerando la transcendencia del matrimonio y el hecho de que el legislador haya dado la regla anterior sólo en relación con el testamento, pensamos que la falta de individualización de los contrayentes y del mandatario, en el caso del Art. 103, produce la nulidad del matrimonio.

7. *Mandato de la mujer para autorizar al marido para las enajenaciones a que se refieren los Arts. 1749, 1754 y 1756:* El mandato que puede dar la mujer para que el marido enajene o dé en arrendamiento los inmuebles a que se refieren los Arts. 1749, 1754 y 1756 debe constar por escritura pública.

Si se omite tal escritura, la sanción del acto de enajenar o el arrendamiento debiera ser la nulidad absoluta por las razones que expusimos al analizar el matrimonio y el reconocimiento de hijo natural por poder en el número anterior de este trabajo.

Sin embargo, el Art. 1757 establece una sanción diferente para el caso en estudio, cual es la nulidad relativa.

8. *Reconocimiento de hijo natural según el Nº 5 del Art. 271:* Según la disposición indicada, son hijos naturales aquellos que hayan sido reconocidos por el supuesto padre, cuando, citado éste por el hijo a la presencia judicial, confesare la paternidad bajo juramento.

Se trata en este caso de un acto que debe estar revestido de la ritualidad propia de los actos judiciales. Si el reconocimiento no se hace ante el juez, sencillamente no existe.

9. *Discernimiento de las guardas:* Según el Art. 373, toda tutela o curaduría debe ser discernida.

Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo.

La omisión del discernimiento hace nulos relativamente los actos celebrados por el guardador<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> 26 REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES (R.D.J.) II, 1. 499 (1929).

Pero el discernimiento, una vez otorgado, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo<sup>9</sup>.

Creemos que si del retardo no podía resultar perjuicio al pupilo, el discernimiento posterior no valida el acto. Estimamos que en este caso rigen en plenitud las normas generales sobre nulidad relativa.

10. *Enajenación y venta de bienes raíces del pupilo:* Según el Art. 393 no será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo ni gravarlos con hipotecas, censos o servidumbres ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección.

Agrega el Art. 394 que la venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo, enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta.

El legislador exige, en consecuencia, para la enajenación de los bienes a que se refiere el Art. 393, autorización judicial. Para la venta de esos bienes exige pública subasta.

Las formalidades mencionadas, a través de las cuales no se manifiesta la voluntad, están establecidas en consideración a la calidad de las personas. En consecuencia, la sanción a su omisión es la nulidad relativa<sup>10</sup>.

11. *Tradicición de los inmuebles:* La tradición del dominio de los bienes raíces se efectuará por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca<sup>11</sup>.

La inscripción en este caso, no sólo es solemnidad a través de la cual se manifiesta la voluntad de enajenar y de adquirir, sino que es la única forma de hacer la tradición de los inmuebles. Es, por consiguiente, requisito de existencia de esa tradición. Si se omite, simplemente, la tradición no existe.

12. *Inscripciones ordenadas por el Art. 688:* Las inscripciones que ordena el Art. 688 no tienen por objeto la adquisición de los inmuebles hereditarios, que ya han sido adquiridos por los herederos por sucesión por causa de muerte. Se persigue con ellas mantener la historia de la propiedad raíz y habilitar al heredero para disponer de dichos inmuebles.

La sanción a la omisión de las inscripciones, ordenadas por el Art. 688, está establecida en el Art. 696 que dice que los títulos cuya inscripción se prescriben en los artículos anteriores no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena.

Por ser tan conocida la evolución de la jurisprudencia, hasta llegar a la solución que hemos indicado, no nos extenderemos más sobre este punto.

<sup>9</sup> Código Civil Art. 377.

<sup>10</sup> R.D.J. II. 2. 100 (1918).

<sup>11</sup> Código Civil Art. 686.

Hacemos presente, en todo caso, que las inscripciones a que nos referimos en este número no son requisitos de existencia ni de validez de los actos jurídicos a que se refieren, sino que tienen los objetivos ya indicados.

13. *Fideicomiso*: Según el Art. 735 los fideicomisos no pueden constituirse, sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público o por acto testamentario. La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble deberá inscribirse en el competente Registro.

Como podemos ver, es requisito para la constitución de un fideicomiso que sea otorgado por instrumento público o por acto testamentario.

Si el fideicomiso recae en inmuebles, creemos que sólo podrá otorgarse por instrumento público, que sólo podrá ser una escritura pública o un acto testamentario otorgado ante funcionario competente, ya que otorgado en esa forma será la única posibilidad que tendrá el Conservador de Bienes Raíces de inscribir la propiedad a nombre del fiduciario y del fideicomisario si se cumple la condición de la que depende la restitución del fideicomiso.

Tratándose de inmuebles, creemos que el instrumento público es un requisito de existencia del fideicomiso que sobre ellos se constituya, ya que al ser imposible que el Conservador de Bienes Raíces inscriba un instrumento privado no podrá llevarse a efecto el fideicomiso ni aun como obligación natural. Tiene, en este caso, plena aplicación lo dispuesto en el Art. 1701<sup>12</sup>. Estimamos, por las razones dadas en el párrafo anterior, que el fideicomiso sobre inmuebles no puede otorgarse en testamento abierto ante cinco testigos por no ser éste un instrumento público, a pesar de lo dispuesto en el N° 2 del Art. 420 del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, podría sostenerse que el Conservador podría inscribir un testamento abierto otorgado ante cinco testigos, siempre que se haya protocolizado conforme lo dispuesto en el mencionado N° 2 del Art. 420, del Código Orgánico de Tribunales.

Si el fideicomiso recae sobre muebles, creemos que la exigencia de instrumentos públicos o de testamento para su constitución no es un requisito de existencia, sino de validez, establecido en consideración a la naturaleza del acto, que si se omite produce nulidad absoluta.

Pensamos así porque no vemos inconveniente en que un fideicomiso constituido sobre muebles pueda llevarse a efecto como obligación natural<sup>13</sup>, si se ha omitido el instrumento público o el testamento.

El Art. 735, inc. 2º, agrega que la constitución de todo fideicomiso que comprende o afecta un inmueble deberá inscribirse en el competente Registro.

<sup>12</sup> Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces Arts. 57, 62.

<sup>13</sup> Código Civil. Art. 1470 N° 3.



Se acostumbra a enseñar que la inscripción que exige el artículo señalado es una solemnidad de la constitución del fideicomiso.

Una sentencia de la Corte Suprema de 28 de octubre de 1926, con la que concordamos, estableció que "aunque es efectivo que debe inscribirse la institución de un fideicomiso que afecta a un inmueble, esta inscripción no es un requisito esencial para el valor del acto, y de consiguiente su omisión no trae consigo la nulidad del fideicomiso"<sup>14</sup>.

La verdad es que tal inscripción tiene por objeto transferir la propiedad del bien, objeto del fideicomiso al fiduciario o al fideicomisario, en su caso.

De no ser así, ¿cuando debería inscribirse un fideicomiso otorgado en testamento?

14. *Derecho de usufructo*: Según el Art. 767, el usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos no valdrá si no se otorga por instrumento público inscrito.

De la lectura del artículo mencionado parece desprenderse que el otorgamiento del instrumento público es un requisito de validez del usufructo que haya de recaer sobre inmuebles, ya que dice que si se omite el instrumento público no *valdrá* el usufructo.

Sin embargo, de lo expresado en el citado artículo, estimamos que el instrumento público es requisito de existencia del usufructo cuando recae sobre inmuebles, ya que si se omite no puede llevarse a efecto el usufructo ni aun como obligación natural. Creemos que en este caso tiene plena aplicación lo dispuesto en el Art. 1701.

El derecho real de usufructo, que va a nacer con la inscripción, jamás podrá tener lugar si su constitución no se hace en instrumento auténtico, ya que sin él, el Conservador no podrá inscribirla<sup>15</sup>.

Por las razones que dimos en el número anterior, estimamos que la inscripción que menciona el Art. 767 no es una solemnidad de la constitución del usufructo que recae en inmuebles, sino la forma de hacer nacer el derecho real de usufructo.

Hacemos presente que la mayor parte de la doctrina estima que tal inscripción es solemnidad de la constitución del usufructo, y que hay jurisprudencia en ese sentido<sup>16</sup>.

15. *Derechos de uso y de habitación*: Los derechos de uso y de habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo<sup>17</sup>.

En consecuencia, rige para estos derechos lo dispuesto en el Art. 767 que analizamos al hablar del usufructo, razón por la cual no nos extendemos más sobre esta materia.

<sup>14</sup> 24 R.D.J. II. 1. 455 (1927).

<sup>15</sup> Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces Arts. 57, 62.

<sup>16</sup> 14 R.D.J. II. 1. 340 (1917).

<sup>17</sup> Código CrvII. Art. 812.

16. *Servidumbre*: Según el Art. 688, la tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente expresa constituirlo y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato.

Creemos que la escritura pública es un requisito de existencia de las servidumbres, que si se omite hace inexistente la servidumbre, ya que el derecho real de servidumbre no va a nacer, sino al hacerse la tradición del mismo en la forma indicada en el Art. 698.

Aclaremos que lo dicho sólo es válido respecto del derecho real de servidumbre, ya que podría darse el caso de que, estipulada una servidumbre en escritura privada, el dueño del predio dominante permitiese su ejercicio. Pero creemos que la situación descrita no constituiría el cumplimiento de la obligación natural, sino que sería un acto de mera tolerancia de los mencionados en el Art. 2499.

17. *Testamento solemne abierto*: El Art. 1014 establece que en Chile el testamento solemne y abierto debe otorgarse ante competente escribano y tres testigos, o ante cinco testigos. En su inciso segundo agrega que podrá hacer las veces de escribano el juez de primera instancia o el subdelegado (debe entenderse juez de subdelegación), cuya jurisdicción comprenda el lugar del otorgamiento. Por su parte, el Art. 86 de la ley Nº 4808 sobre Registro Civil da competencia a los oficiales del Registro Civil de comunas que no sean asiento de notario para autorizar testamentos solemnes y abiertos.

El Art. 1011 establece que el testamento solemne es siempre escrito.

En consecuencia, las solemnidades del testamento abierto son: la escritura del mismo, y la presencia del funcionario competente y tres testigos, o la presencia de cinco testigos.

A pesar de que pensamos que la voluntad del testador se manifiesta a través de la escritura del testamento y que su omisión debiera estar sancionada con la inexistencia del testamento, debemos acatar lo dispuesto en el Art. 1026 que expresa que el testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los Arts. precedentes, no tendrá valor alguno. Es decir, esa disposición hace que el testamento solemne en que se ha omitido la escritura o cualquiera otra solemnidad, sea nulo; nulidad que tiene que ser la absoluta, pues se habrían omitido formalidades establecidas en consideración a la naturaleza del acto.

18. *Testamento solemne cerrado*: Rige para el testamento solemne cerrado todo lo que manifestamos en el número anterior, respecto al testamento solemne abierto, haciendo presente que el Art. 1021 establece que el testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un escribano y tres testigos, y que podrá hacer las veces de escribano el juez de primera ins-

tancia, pero no el subdelegado (debe entenderse el juez de subdelegación).

19. *Donación de inmuebles:* El Art. 1400 dice que no valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, sino es otorgada por escritura pública e inscrita en el competente Registro.

A pesar de que hay bastante jurisprudencia en el sentido de que las solemnidades que la ley establece para el perfeccionamiento de una donación de bienes raíces son la escritura pública y la inscripción, pensamos que sólo la escritura pública es solemnidad para dichas donaciones y que la inscripción solamente tiene por objeto, es el medio, de hacer la tradición del inmueble donado. Nos parece que el problema que analizamos es idéntico al que se presenta en la venta de bienes raíces en que la solemnidad, de acuerdo al Art. 1801, la constituye la escritura pública únicamente.

Estimamos que la escritura pública, en el caso que estudiamos, es una solemnidad a través de la cual se manifiesta la voluntad cuya omisión acarrea la inexistencia de la donación, que ni siquiera podrá cumplirse como obligación natural. Tiene plena aplicación en esta situación lo dispuesto en el Art. 1701. Hacemos presente, sin embargo, que hay bastante jurisprudencia en el sentido de que la omisión de la escritura pública en las donaciones de bienes raíces acarrea la nulidad absoluta del acto.

20. *La insinuación en las donaciones:* Se entiende por insinuación de una donación la autorización de juez competente, solicitada por el donante o donatario. Deben insinuarse las donaciones que excedan de 20 escudos. Si no se insinúan, son nulas en lo que excedan de esa suma<sup>18</sup>.

La insinuación de las donaciones es una solemnidad establecida en consideración a la naturaleza del acto, cuya omisión hace que la donación sea nula absolutamente<sup>19</sup>.

Es evidente que la insinuación no es un requisito de existencia de la donación, ni se manifiesta la voluntad a través de ella.

Respecto de una donación no insinuada, tiene plena aplicación el número 3 del Art. 1470 y la obligación que ella engendra es una obligación natural.

21. *Donaciones con causa onerosa:* Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abraza una carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> *Id.* Art. 1401.

<sup>19</sup> 28 R.D.J. II. 1. 206 (1931).

<sup>20</sup> Código Civil. Art. 1404, inciso 1º.

La escritura pública en las donaciones con causa onerosa es una solemnidad cuya omisión no está sancionada ni con la nulidad ni con la inexistencia. Simplemente, la donación con causa onerosa que no se otorgue por escritura pública se considera como donación gratuita.

Podría considerarse que tal escritura pública es un requisito de existencia de la causa onerosa no de la donación. En tal sentido, pensamos que a través de la escritura pública se manifiesta la voluntad de establecer la causa onerosa de la donación, y respecto de dicha causa onerosa sería un requisito de existencia cuya omisión produciría la inexistencia de la mencionada causa onerosa.

22. *Donaciones a título universal:* Las donaciones a título universal, sean de la totalidad o de una cuota de los bienes, exigen, además de la insinuación y del otorgamiento de escritura pública y de la inscripción en su caso, un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad<sup>21</sup>.

Las solemnidades que el Art. 1407 establece para las donaciones a título universal, además de la insinuación, son escritura pública e inventario solemne de los bienes.

Creemos que la escritura pública es una solemnidad a través de la cual se manifiesta la voluntad de las partes respecto de la cual tiene aplicación el Art. 1701. Si se omite la escritura pública, nos parece que la donación a título universal es inexistente, que no podrá cumplirse ni aun como obligación natural, por lo menos a lo que inmuebles respecta, ya que el Conservador de Bienes Raíces no podrá inscribirlos a nombre del donatario.

Respecto de los muebles que formen parte de la donación, también nos parece inexistente, aunque es discutible, dado lo dispuesto en el Art. 1470, N° 3. Pero nos inclinamos por esa solución desde el momento que la inexistencia es indivisible. El acto en que se omite un requisito de existencia es inexistente para todos sus efectos. No podría considerarse existente para algunos de ellos e inexistente para otros.

El inventario solemne nos parece un requisito de validez, pues el Art. 1407 sanciona su omisión con nulidad. Además no se manifiesta a través suyo el consentimiento. La nulidad a que nos estamos refiriendo es la absoluta, ya que el inventario se exige en consideración a la naturaleza del acto<sup>22</sup>.

23. *Contrato de promesa de celebrar un contrato:* Sabemos que la promesa es un contrato solemne, que debe constar por escrito, por disponerlo así el N° 1 del Art. 1554.

Creemos que la escritura es una solemnidad que es requisito de existencia de la promesa, a través de la cual las partes manifiestan su voluntad.

Si se omite la escritura, la promesa es inexistente por disponer el primer

<sup>21</sup> *Id.* Art. 1407, inciso 1°.

<sup>22</sup> *Id.* Art. 1682.

inciso del Art. 1554 que "La promesa a celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1º Que la promesa conste por escrito; ..."

Hacemos presente que, en general, la jurisprudencia ha sostenido que la omisión de la escritura hace que la promesa sea nula.

24. *Capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio*: Las solemnidades de las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del matrimonio son: la escritura pública y su subinscripción al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes.

Creemos que la escritura pública y la subinscripción son solemnidades que constituyen requisitos de existencia de las capitulaciones.

La escritura pública, indudablemente, es una solemnidad a través de la cual las partes manifiestan su voluntad, y respecto de ellas tiene plena aplicación lo dispuesto en el Art. 1701.

Respecto a la subinscripción, pensamos que también es requisito de existencia de las capitulaciones no por lo dispuesto en el Art. 1716, que da a entender que es un requisito de validez al decir que sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes, sino por lo dispuesto en el inciso 2º del Art. 1723 que se refiere a una situación similar y que dice que el pacto de separación total de bienes que celebren los cónyuges en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efecto entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

25. *Capitulaciones matrimoniales otorgadas en el acto de la celebración del matrimonio*: Tales capitulaciones, en las que sólo puede pactarse la separación total de bienes, deben constar en la inscripción de matrimonio<sup>23</sup>.

Si no constan en la inscripción de matrimonio son inexistentes. Se desprende esto de lo dispuesto en la frase final del inciso primero del Art. 1716 que dice: "Sin este requisito no tendrá valor *alguno*".

26. *Pacto de separación de bienes establecida en el Art. 1723*: Según el inciso 1º de dicho artículo, durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podían sustituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total.

Agrega el inciso segundo que el pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efecto entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimo-

<sup>23</sup> *Id.* Arts. 1715 inciso 2º y 1716.

nial. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación.

Por las razones que dimos en el N° 24 de este trabajo, estimamos que la escritura pública y la subinscripción dentro del plazo de 30 días son requisitos de existencia del pacto de separación de bienes a que nos estamos refiriendo.

27. *Autorizaciones de la mujer y del juez requeridas por los artículos 1749, 1754, 1755 y 1756:* Evidentemente las autorizaciones que requieren los artículos indicados no son solemnidades que constituyan requisitos de existencia de los actos a que se refieren. Su omisión se sanciona con nulidad relativa por disponerlo así el Art. 1757 y por ser un requisito establecido y en consideración a las personas.

28. *Renuncia de los gananciales:* Pueden renunciar los gananciales la mujer y sus herederos. La mujer puede renunciar los gananciales en capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio o después de disuelto éste. Los herederos sólo pueden renunciar los gananciales después de disuelto el matrimonio.

Cuando la mujer renuncia los gananciales en capitulaciones matrimoniales las solemnidades de esa renuncia son las propias de toda capitulación matrimonial anterior al matrimonio<sup>24</sup>.

La renuncia que hace la mujer o los herederos después de disuelto el matrimonio no tiene ningún requisito especial, salvo que la mujer o los herederos sean menores, en cuyo caso es necesaria la aprobación judicial (Art. 1781).

Tal aprobación es un requisito establecido en consideración a la calidad de las personas que si se omite, su omisión se sanciona con nulidad relativa, aplicándose las reglas generales sobre nulidad<sup>25</sup>.

29. *Venta de bienes raíces:* La venta de bienes raíces debe otorgarse por escritura pública. A través de ella se manifiesta el consentimiento de las partes. Constituye un requisito de existencia de la venta. Respecto de ella tiene plena aplicación el Art. 1701.

Además, el Art. 1801 dice que mientras no se ha otorgado la escritura pública, la venta de bienes raíces no se perfecciona, es decir, no existe.

30. *Venta de una sucesión hereditaria:* Lo dicho en el número anterior es plenamente aplicable a la venta de una sucesión hereditaria, por lo que no nos extenderemos más sobre el tema.

31. *Hipoteca:* Según el Art. 2409, la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública. El artículo 2410 agrega que la hipoteca deberá además ser inscrita en el Registro Conservatorio, y termina diciendo que sin este

<sup>24</sup> Ver *supra* N° 24.

<sup>25</sup> CÓDIGO CIVIL. Art. 1682.

requisito no tendrá valor alguno ni se contará su fecha sino desde la inscripción.

No nos parece dudosa que la escritura es una solemnidad de existencia de la hipoteca. A través de ella manifiestan su voluntad las partes. Se aplica respecto de ella lo dispuesto en el Art. 1701. La hipoteca no podrá cumplirse ni aun como obligación natural, ya que el Conservador no podrá inscribirla.

No pensamos lo mismo respecto de la inscripción que ordena el Art. 2410. Creemos que tal inscripción no es una solemnidad de los contratos hipotecarios, sino la forma de hacer nacer, de transferir el derecho real de hipoteca.

Hay autores que sostienen que la inscripción es una solemnidad de los contratos hipotecarios y que es una solemnidad que constituye un requisito de existencia de los mismos. Piensan así interpretando a la letra el Art. 2410, que dice que sin la inscripción la hipoteca no tendrá valor alguno.

Nosotros creemos que el Código no ha sido afortunado ni ordenado al tratar la hipoteca. Nos parece que hay artículos, como el 2409, que se refieren al contrato de hipoteca, y otros como el 2407 y el 2410, que se refieren al derecho real de hipoteca.

La inscripción que ordena el Art. 2410 es un requisito, el medio necesario para que nazca el derecho real de hipoteca, que es lo que, en definitiva, interesa al acreedor.

Del contrato de hipoteca, que estimamos se perfecciona por la escritura pública, nace el derecho personal para el acreedor hipotecario de hacerlo inscribir y hacer nacer así el derecho real de hipoteca.

Para considerar que la inscripción no es una solemnidad del contrato de hipoteca, tenemos varias disposiciones.

El Art. 2411 dice que los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el Registro Conservatorio. Es decir, el contrato hipotecario celebrado en el extranjero se perfecciona antes de la inscripción, pero no da derecho de hipoteca sobre bienes situados en Chile, sino cuando se inscribe en el competente Registro.

El Art. 2419 dice que la hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera. Es decir, perfeccionando el contrato, si el deudor no tiene inmuebles y después los adquiere, el acreedor tiene derecho de hacer inscribir la hipoteca para que se constituya el derecho real de hipoteca.

El Art. 52, Nº 2 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces señala que deberá inscribirse la constitución de la hipoteca. La constitución de la hipoteca a que se refiere el mencionado artículo es el

acto constitutivo de la misma, su título, el contrato hipotecario. Para que pueda inscribirse tal constitución debe estar perfeccionada, lo que nos demuestra que no puede perfeccionarse con la inscripción, sino antes, y que la inscripción sólo tiene por objeto hacer nacer el derecho real de hipoteca.