

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXII — OCTUBRE . DICIEMBRE DE 1964 — Nº 130

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
HUMBERTO TORRES RAMIREZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA CONCEPCION — (CHILE)

CORTE SUPREMA

JORGE BENAVENTE JIMENEZ

CON EDUARDO LARENAS COUCHOT

NULIDAD DE ESCRITURA Y CANCELACION DE INSCRIPCIONES

Casación en el fondo.

ESCRITURA PUBLICA — NOTARIO — PARTES — TESTIGOS — TESTIGOS DE ACTUACION — FIRMA DE LA ESCRITURA — ESCRITURA FIRMADA SEPARADAMENTE POR LAS PARTES — FIRMA DE UNA ESCRITURA POR LAS PARTES SIN ESTAR PRESENTES EL NOTARIO AUTORIZANTE NI LOS TESTIGOS DE ACTUACION — NULIDAD — NULIDAD DE UNA ESCRITURA PUBLICA — SANCION POR OMISION EN UNA ESCRITURA PUBLICA DE LAS EXIGENCIAS DEL ARTICULO 406 DEL CODIGO ORGANICO DE TRIBUNALES — INAPLICABILIDAD EN ESTE CASO DE LOS ARTICULOS 1681 Y 1682 DEL CODIGO CIVIL.

DOCTRINA.—No es nula una escritura pública por el hecho de que las partes la hayan suscrito separadamente, sin estar presentes el Notario que la autorizó, ni los testigos de actuación, puesto que la omisión de las exigencias contempladas en el artículo 406 del Código Orgánico de Tribunales no está sancionada con nulidad, atento lo prevenido en los artículos 411, 412 y 426 del citado cuerpo de leyes. La ley no ha sancionado esa anomalía con nulidad, ni ha dispuesto que la escritura no

sea considerada pública o auténtica.

La nulidad de la escritura otorgada en tales condiciones no puede deducirse de la aplicación de los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, tanto por lo ya dicho cuanto por el hecho de que el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales estableció que en el otorgamiento de los testamentos se aplicarían las reglas del Código Civil, y el artículo 1026 estatuyó expresamente que "el testamento solemne, abierto o ce-

rrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno"; y entre las solemnidades que fijan los artículos 1014 y 1021, se encuentra la presencia del otorgante, del escribano y de tres testigos, o cinco, según el caso, de suerte que la infracción de esa exigencia legal priva de valor al testamento, lo que viene a corroborar la conclusión anterior, ya que el legislador del Código Orgánico, posterior al Código Civil, tuvo presente esa legislación, puesto que se remitió a ella, y, no obstante, no sanciona en la misma forma hechos similares en la escritura pública.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema

Santiago, tres de Junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

Vistos:

Ante el Segundo Juzgado de Letras de Concepción, don Jorge Benavente Jiménez dedujo demanda en contra de don

Eduardo Larenas Couchot, a fin de que se declarara nula absolutamente la escritura pública de adjudicación del fundo en ella individualizado, de 31 de Julio de 1959, suscrita ante el Notario don José M. Silva Gavilán por el Juez del Primer Juzgado de Letras de ese departamento don Lionel Beraud Poblete, como representante legal del demandante, y el señor Larenas, como adjudicatario, por infracción de los artículos 405 y 406 del Código Orgánico de Tribunales, y, como consecuencia de ello, se ordenara cancelar las inscripciones de dominio de fojas 436 vuelta Nº 496 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Los Angeles, de 1939, y de fojas 21 vuelta Nº 27 del Registro de Aguas de 1959, del mismo Conservador, y, finalmente, la de fojas 96 Nº 88 del Registro de Hipotecas de 1959, del mismo Conservador, todas las cuales se originaron con la mencionada escritura, con expresa condenación en costas.

Expresa que el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales preceptúa que toda escritura pública deberá otorgarse **ante Notario y dos testigos**, vecinos del departamento, que sepan leer y escribir y **capaces**

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

149

de darse cuenta del acto o contrato que se celebra; y el artículo 406 agrega que los testigos **deberán** estar presentes con los otorgantes al momento de la firma, y suscribirán la escritura inmediatamente después de aquéllos, autorizándola el Notario a continuación. Estas disposiciones indican que lo esencial en una escritura pública es el hecho de que hayan comparecido realmente a otorgarla aquella o aquellas personas que la suscriban, circunstancia que los testigos y el Notario mismo se encargan de corroborar.

Por su parte, el artículo 399 del citado Código dice que los Notarios son ministros de fe pública encargados de redactar, autorizar y guardar los **instrumentos que ante ellos se otorgan**, definición que concuerda con el concepto ya señalado, esto es, con dejar bajo la responsabilidad del Notario la comparecencia real de las partes y el cuidado del texto que **ante él se produce**.

De ello resulta que es nula la escritura pública por incumplimiento de las formalidades legales, si al momento del otorgamiento los testigos no están presentes con los otorgantes y el Notario y presencian cuando firman los otorgantes.

En la especie, fueron testigos don Artemio Alvarez R. y doña Mercedes Sanhueza de Vargas. La escritura pública es de fecha 31 de Julio de 1959 y fue suscrita por el Juez el día 3 de Agosto como a las 11 de la mañana en la Sala de su despacho, en presencia de don Raúl Sáez Rivas y nadie más, ya que el Notario estaba hospitalizado y los testigos en el recinto de la Notaría. El domingo 2 de Agosto, en el Hospital, firmaron don Eduardo Larenas Couchot y su esposa, entre 11 y 12 de ese día, en la pieza del Notario, sin que estuviera presente ningún testigo, ya que doña Mercedes de Vargas la llevó como a las 10 de la mañana, la dejó y volvió a buscarla como a las 17 horas, y ella no vio firmar. El señor Artemio Alvarez, que suscribió el lunes 3 de Agosto, ignora dónde y en qué oportunidad firmaron las partes.

Lo expuesto consta en el proceso Nº 22.443 y en las copias que acompaña, de las declaraciones del Notario, de los testigos y del señor Raúl Sáez, quien precisa que al Juzgado fue él solo y **ante él firmó el señor Beraud**.

Resulta así que no se ha cumplido con los preceptos de los artículos 405 y 406 del Código

Orgánico de Tribunales, ya que la escritura pública no se otorgó ante el Notario, ni los testigos estuvieron presentes en el momento del otorgamiento y en el momento de la firma por los otorgantes, de modo que ella debe ser anulada por omisión de los requisitos de forma exigidos en consideración al acto o contrato y conforme al artículo 1681 del Código Civil, y corresponde al demandante solicitarla, ya que por el cumplimiento de las formalidades debía velar el Notario que la autorizó y no las partes.

Y esta nulidad no es inocua, ya que consta de los autos caratulados "Torres con Benavente", del Primer Juzgado de Letras de Concepción, que el ejecutado, antes de otorgarse la escritura de adjudicación, había consignado una suma suficiente para atender al pago del capital, intereses y costas, y, por ende, no era procedente la adjudicación de que da constancia la escritura viciada, de manera que, si se anula la escritura y con el mérito de la consignación, no será menester extender una nueva, toda vez que el ejecutante podrá pagarse con el producto de esta consignación y así se dejará sin efecto un acto ilícito y perjudicial co-

mo fue la adjudicación por una suma ínfima, que ni siquiera se ha pagado de contado, y se dejará sin efecto una expoliación de un predio en circunstancias tan anormales.

Contestando la demanda, en lo principal de su escrito de fojas 41, don Eduardo Larenas Couchot solicita se la rechace, con costas, y se declare:

"1°—Que la escritura no es nula y, por tanto, que no ha lugar a ninguna de las peticiones de la demanda, consecuencia de la nulidad que se alega; y

2°—En subsidio, que si la escritura es nula, el actor no puede demandar esa nulidad, por haber tenido él conocimiento de los vicios que le imputa, sea personalmente o por medio de sus personeros o representantes que intervinieron en el otorgamiento del instrumento".

Hace notar que la causa de pedir de la demanda radica en los hechos de que los testigos del instrumento no estaban presentes al ser suscrita por los otorgantes, ni fue otorgada, igualmente, estando el Notario en presencia de los otorgantes. Además, se apoya en los artículos 405 y 406 del Código Orgánico de Tribunales.

Esta es la causa de pedir de la demanda; el objeto pedido es

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

151

la nulidad de la referida escritura y, como consecuencia de ello, la cancelación de ciertas y determinadas inscripciones. A tal causa de pedir y objeto pedido deberá ajustarse la sentencia; y, al respecto, sostiene que la escritura **no es nula**, no obstante que sean efectivos todos y cada uno de los hechos afirmados por el actor. Ni esos hechos, ni la cita de las disposiciones legales en que se apoyan, autorizan la nulidad. Por lo mismo, no es procedente la cancelación de las inscripciones que se solicita.

En ninguna parte dice la ley que tal escritura es nula, aun supuesta la efectividad de los hechos anotados por el demandante. Pero, en el supuesto de que sea nula la referida escritura, la verdad es que el señor Benavente no podría alegar esa nulidad, porque existe para ello impedimento legal, desde que tuvo perfecto conocimiento de los hechos que anota, sea por sí mismo o por sus personeros que intervinieron en el otorgamiento, antes, durante y después de que la escritura fue suscrita. Le afecta, pues, la correspondiente inhabilidad legal para ello.

En el tercer otrosí de su aludido escrito de contestación de

fojas 41, el señor Larenas reconviene al señor Benavente, en razón de que: **"1º—Si se llega a declarar la nulidad de la escritura de 31 de Julio de 1959, de que se ha tratado en la demanda y en la contestación a ella, la consecuencia será que el señor Benavente tendrá que restituirme, con sus correspondientes intereses, las cantidades que le pagué al suscribir esa escritura y las que le he cancelado y siga cancelando, en cumplimiento del contrato de que da cuenta la referida escritura. Tal es el efecto de la nulidad judicialmente pronunciada (artículo 1687 del Código Civil)"; y de diversos hechos que detalla a continuación, para pedir, finalmente: "Con los antecedentes expuestos y lo dispuesto en el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, reconvengo al señor Benavente Jiménez para que, **declarándose la nulidad de la escritura y demás pedido en la demanda**, se le condene a restituirme, dentro de tercero día de causar ejecutoria el fallo que se pronuncie, las sumas señaladas más arriba, más sus intereses corrientes desde que los pagos fueron hechos, o, en todo caso, con sus intereses equivalentes a los mismos que yo he de**

bido pagarle a él, según la escritura de adjudicación de 31 de Julio de 1959. En subsidio, con sus intereses corrientes o los que se señalan en la escritura mencionada, desde la notificación de la presente demanda reconvenzional. En subsidio aún, las sumas que US. considere justas y conforme al mérito de autos, con sus intereses, del tipo principal o subsidiario que he propuesto, y desde la fecha inicial principalmente propuesta o subsidiaria, todo con costas”.

A fojas 79 la parte demandada opuso la excepción de cosa juzgada, solicitando que con su mérito sea rechazada la demanda, con costas.

Por sentencia de 14 de Agosto de 1962, escrita a fojas 117, el Juez de la causa declaró: “a) Que se desecha la excepción de cosa juzgada; b) Que no ha lugar a la demanda de fojas 27; y c) Que no se condena en costas al demandante, por haber tenido motivos plausibles para litigar”.

Apelado el fallo por ambas partes, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de 22 de Agosto de 1963, que se lee a fojas 147, lo confirmó “con declaración de que se desecha la

demanda reconvenzional deducida en el tercer otrosí del escrito de fojas 41, todo sin costas del recurso, por haberse alzado ambas partes”.

En contra de la sentencia de alzada, don Jorge Benavente Jiménez interpuso el recurso de casación en el fondo, y, formalizándolo a fojas 153, hace valer la infracción de los artículos 403, 405, 406, 412 N° 3° y 426 N° 5° del Código Orgánico de Tribunales y 1681, 1682 y 1699 del Código Civil.

Expresa el recurrente que, en los Considerandos 13° a 19° del fallo de primera instancia y 5° del de segunda, la sentencia ha reconocido y dado por establecido que la escritura pública de 31 de Julio de 1959, ante el Notario de Concepción don José M. Silva G., fue suscrita por el Juez, como representante del ejecutado, sin que estuvieran presentes ni el Notario ni los testigos que aparecen como instrumentales, y que el adjudicatario don Eduardo Larenas C., la suscribió sin que estuvieran presentes dichos testigos, y finalmente, que el Notario la autorizó sin que estuviera nadie presente. Sin embargo, concluye que estas infracciones a las formalidades que la ley exige en el otorgamiento de la escritura

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

153

pública, carecen de sanción expresa y, por ello, son intrascendentes, según el Considerando 6º del fallo de alzada, y la demanda no puede prosperar, según el Considerando 21º del de primera instancia.

Dice el recurrente que, en efecto, el fallo del Juzgado sostiene "que el actor fundamenta su demanda en la circunstancia de que, al otorgarse la escritura pública de 31 de Julio de 1959, no se otorgó ante el Notario ni los testigos, los que no estuvieron presentes en el momento de su otorgamiento ni en el momento de la firma de los otorgantes, lo que acarrea su nulidad, nulidad que debe entenderse absoluta, como también lo dice la demanda; que, para acreditar esas circunstancias, esa parte rindió la prueba confesional de que da constancia el acta de fojas 61 y pidió que se tuviera a la vista la causa criminal Nº 22.443 del Tercer Juzgado; que aparece de la diligencia de fojas 61 que el demandado señor Larenas está confeso de los siguientes hechos personales y pertinentes: **que es efectivo que al momento de suscribirse la escritura de autos, no estaban presentes los testigos, en el Hospital Regional; que en la causa criminal**

Nº 22.443 del Tercer Juzgado del Crimen de Concepción, tenida a la vista, consta que, por querrela del demandante, se inició proceso contra el Notario don José Mateo Silva Gavilán por los delitos de falsificación de instrumento público y otros delitos, se dictó sobreseimiento definitivo en atención a que los hechos imputados en la querrela no son constitutivos de delito. En esta causa declararon el Notario afectado, a fojas 11; Artemio Alvarez Rozas, a fojas 30; y don Lionel Beraud Poblete, a fojas 44, personas todas que intervinieron en el otorgamiento de la escritura pública en cuestión, y expresaron: el Notario señor Silva, que la escritura fue firmada por el adquirente señor Larenas y su mujer, en su presencia, el 2 de Agosto de 1959, en la Clínica donde él estaba enfermo; la testigo instrumental doña Mercedes Sanhueza viuda de Vargas, dice que el Notario le entregó la escritura ya firmada por el señor Larenas y su señora; el testigo Artemio Alvarez Rozas, se expresa en términos semejantes. Por su parte, don Lionel Beraud Poblete dice que efectivamente él firmó la escritura en su Despacho de Juez del Primer Juzgado de Letras, en pre-

sencia del empleado de la Notaría Raúl Sáez Rivas, quien se la llevó, y de la Secretaria subrogante del Tribunal (ninguno de éstos es testigo del instrumento); y agrega ese fallo: "todos afirman que tanto el Juez como los otorgantes tenían conocimiento de los antecedentes de hecho que acaecieron en esa oportunidad, ya que el Notario enfermó repentinamente y debió ser hospitalizado cuando ya la escritura estaba mandada a hacer por el abogado señor Domínguez".

Lo que no se dice es que todos también tenían conocimiento de que el ejecutado había consignado, antes de la firma de la escritura, la suma de E° 3.000 para evitar la adjudicación, y de ahí que no se respetara ni la enfermedad y hospitalización del Notario para correr contra el tiempo y terminar una escritura de más de 36 carillas, antes de que el día lunes se proveyera el escrito en que se había acompañado la consignación indicada el día Sábado a las 12 horas por el abogado señor Mario Jarpa Fernández.

Agrega el recurrente que el mismo fallo, en su Considerando 17°, expresa "que la confesión relatada en el Consideran-

do 15° es judicial, versa sobre hechos personales del confesante y en conformidad a la ley hace plena prueba en su contra, de tal manera que debe tenerse por acreditado que él firmó la escritura sin estar presente el Notario que la autorizó ni los testigos de actuación, sin que sea lícito admitir prueba en contrario"; y en su Considerando 18° afirma "que las declaraciones de los testigos más arriba mencionados no hacen otra cosa que corroborar la confesión judicial ya analizada, de tal manera que debe tenerse por acreditada la existencia de los hechos que señala el actor en su demanda".

La sentencia de segunda instancia, en su Considerando 2°, añade: "...lo que le reprocha el actor es el hecho de que el Juez que la suscribió lo hizo sin estar presentes los testigos instrumentales, ni el Notario; que el adjudicatario y su cónyuge, la suscribieron sin estar, también, presentes los testigos; y que, finalmente, el Notario la autorizó sin estar presente dicha persona, como lo disponen los artículos 405 y 406 del Código Orgánico de Tribunales"; y en su Considerando 5° dice que "planteadas así las cosas, la demanda debe ser desestimada

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

155

por las razones dadas en el fallo en alzada, pues las irregularidades a que hace referencia el actor, si bien se encuentran comprobadas, su omisión o cometimiento no está sancionado por el legislador con la nulidad".

De lo expuesto resulta claramente —a juicio del recurrente—, que la infracción se ha producido por el error cometido por la sentencia, de estimar que las mencionadas infracciones no tendrían sanción de nulidad de la escritura pública cuando la verdad es que tal sanción existe y está contemplada expresamente por la ley, como pasa a demostrarlo: el artículo 403 del Código Orgánico de Tribunales dice que "Escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente Notario, e incorporado en su protocolo o registro público", con lo cual repite el concepto contenido en el artículo 1699 del Código Civil, que establece que "instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública". Lue-

go, el artículo 404 señala el idioma en que deben escribirse las escrituras públicas y otras minucias. El artículo 405 dice que "toda escritura pública debe ser otorgada ante Notario y dos testigos, vecinos del departamento, que sepan leer y escribir y capaces de darse cuenta del acto o contrato que se celebra". Y el artículo 406 agrega: "los testigos deberán estar presentes con los otorgantes al momento de la firma; y suscribirán la escritura inmediatamente después de aquéllos, autorizándola el Notario a continuación".

Nada de esto se cumplió en la especie, pero para la sentencia tales preceptos están de más y su infracción es intrascendente, pues la ley no dispuso sanción expresa de nulidad para la omisión de estas formalidades en el otorgamiento de la escritura pública, que es el más solemne de los instrumentos.

Estima que, al sostenerse que no hay sanción de nulidad, se han violado las disposiciones que el recurrente ha señalado como infringidas, pues dicha sanción de nulidad existe y puede llegarse a ella por dos órdenes de razonamientos, como lo hizo la Corte Suprema en un fallo que indica

Sostiene que el artículo 412 Nº 3º del Código Orgánico de Tribunales contempla expresamente la sanción de nulidad al preceptuar: "Serán, igualmente, nulas las escrituras públicas: 3º—Y aquellas en que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 405, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos que deban hacerlo y la del Notario". En efecto, podría sostenerse que en la especie la firma de doña Mercedes Sanhueza viuda de Vargas y de don Artemio Alvarez Rozas, es la de los testigos que debían hacerlo cuando el artículo 406 preceptúa que los testigos deberán estar presentes con los otorgantes al momento de la firma; y ha quedado establecido por el fallo que estos testigos que firman la escritura, no presenciaron la firma de ninguno de los otorgantes, pues la del adquirente no la presenció testigo alguno y la del Juez la presenció un señor Raúl Sáez Rivas y la Secretaria subrogante del Juzgado, de modo que si alguien pudo firmar como testigo que presenció algo fue este Raúl Sáez y la Secretaria subrogante, únicos que presenciaron cuando firmó el Juez, pero

ellos no son instrumentales, y luego la firma de los ya nombrados Mercedes Sanhueza de Vargas y Artemio Alvarez Rozas, corresponde a personas que no presenciaron nada y que por lo mismo no es la firma de los testigos que debieron hacerlo y como quiera que es de personas que no debían hacerlo, el hecho de firmar es irrelevante, son firmas de más, pues faltan las de los que debían hacerlo, los que presenciaron la firma de los otorgantes, y como quiera que no firmaron los que presenciaron la firma del Juez y nadie como testigo presenció la del adquirente señor Larenas y su esposa, la sanción de nulidad es clara y está expresamente prevista en la disposición legal en comento.

El recurrente observa, por último, que el artículo 426 Nº 5º preceptúa que no se considerará pública o auténtica la escritura: "5º—En que sean testigos personas a quienes afecten las incapacidades establecidas en el presente párrafo"; y entre esas incapacidades está una que es esencial: para ser testigo de una escritura pública, es menester saber leer y escribir y ser capaz de darse cuenta del acto o contrato que se celebra y además estar presente

con los otorgantes al momento de firmarse, y, si nada de ello ocurrió respecto de doña Mercedes Sanhueza viuda de Vargas y de don Artemio Alvarez Rozas, resulta que ellos son incapaces para ser testigos de la escritura referida, porque para ella no han reunido los requisitos que la ley exige para poder actuar como testigos, y nuevamente se tiene que hay nulidad expresa cuando el testigo que firma no reúne los requisitos que la ley exige para actuar con capacidad como tal testigo.

Además, la sanción de nulidad absoluta se encuentra establecida en los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, y ello porque la escritura pública por sí sola es un acto jurídico y la omisión de las formalidades propias de su otorgamiento exigidas en los artículos 405 y 406 vician el acto y lo hacen absolutamente nulo por mandato del artículo 1682, que preceptúa: "La nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos..., son nulidades absolutas".

De ahí que la sentencia, al sostener que no hay sanción expresa de nulidad para las infrac-

ciones señaladas en el otorgamiento de una escritura pública, ha tenido que infringir los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, que contemplan expresamente dicha sanción y que son aplicables a la escritura pública; y que también infringe los artículos 412 N° 3° y 426 N° 5° del Código Orgánico de Tribunales, que, como se ha demostrado, también contemplan dicha sanción cuando los testigos no han estado presentes con los otorgantes al momento del otorgamiento, y cuando firman personas que no fueron realmente testigos sino extraños, que nada presenciaron, y sabiendo que, para que sea válida la escritura pública, debe contener la firma de los testigos presenciales y no de otras personas, ya que el legislador prescribe que, para que sea válida la escritura pública y no nula, debe contener la firma de los testigos que deban hacerlo, y no la de personas que no fueron testigos presenciales, que estuvieron con los otorgantes en el momento del otorgamiento y, por lo mismo, capaces de darse cuenta del acto o contrato. La sentencia considera a doña Mercedes Sanhueza de Vargas y a don Artemio Alvarez, como testigos presenciales y ca-

paces, cosa que repugna frente a los preceptos legales comentados.

Termina el recurrente señalando la manera como las infracciones influyen en lo dispositivo del fallo.

Se han traído los autos en relación.

Considerando:

1º).—Que don Jorge Benavente Jiménez, en su demanda formulada a fojas 27 en contra de don Eduardo Larenas Couchot, ha solicitado que se declare nula, absolutamente, la escritura pública de adjudicación del fundo que en ella se individualiza, extendida ante el Notario de Concepción don José Mateo Silva Gavilán el 31 de Julio de 1959, y suscrita por el demandado, como adjudicatario, y por el Juez del Primer Juzgado de Letras de ese departamento don Lionel Beraud Poblete, como representante legal del ejecutado y actual demandante, "por infracción de los artículos 405 y 406 del Código Orgánico de Tribunales"; y que, como consecuencia de ello, se ordene cancelar las correspondientes inscripciones practicadas en los Registros de Propiedad, de Aguas y de Hipotecas del Con-

servador de Bienes Raíces de La Laja. Y fundamenta su acción en el hecho de que los testigos instrumentales, doña Mercedes Sanhueza de Vargas y don Artemio Alvarez Rozas, "no estuvieron presentes en el momento del otorgamiento y en el momento de la firma de los otorgantes", puesto que la escritura fue suscrita por el adjudicatario señor Larenas y su esposa, el 2 de Agosto de dicho año, en una pieza del Hospital Regional de Concepción, donde el Notario se hallaba enfermo, sin que estuviera presente ningún testigo; y que fue firmada por el Juez el día siguiente, en su Sala de Despacho, en presencia únicamente del empleado de la Notaria don Raúl Sáez Rivas, que no actuó como testigo del instrumento, y en circunstancias que, como se ha expresado, el Notario se encontraba hospitalizado, y que los testigos señora Sanhueza de Vargas y señor Alvarez Rozas, estaban en el recinto de la Notaría. Sostiene el actor que los citados artículos 405 y 406 del Código Orgánico de Tribunales indican que "lo esencial en una escritura pública es el hecho de que hayan comparecido realmente a otorgarla aquella o aquellas personas que la suscri-

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

159

ben, circunstancia que los testigos y el Notario mismo se encargan de corroborar"; que, por lo tanto, "es nula la escritura pública, por incumplimiento de las formalidades legales, si, al momento del otorgamiento, los testigos no están presentes con los otorgantes y el Notario" y no presencian cuando firman esos otorgantes; y que, en este caso, no se cumplió con tales preceptos, "ya que la escritura pública no se otorgó ante el Notario, ni los testigos estuvieron presentes en el momento del otorgamiento y en el momento de la firma de los otorgantes, de modo que ella debe ser anulada por omisión de los requisitos de forma exigidos en consideración al acto o contrato y conforme al artículo 1681 del Código Civil";

2º).—Que la sentencia objeto del recurso consigna lo que sigue:

a) Que, de la diligencia de fojas 61 aparece "que el demandado señor Larenas está confeso de los siguientes hechos per la vista, prestaron declaración: efectivo que, al momento de suscribir la escritura de autos, no estaban presentes los testigos y que ello ocurrió el 2 de

Agosto de 1959, día domingo, en el Hospital Regional" (Considerando 15º del fallo de primera instancia);

b) Que, en la causa criminal Nº 22.443 del Tercer Juzgado de Letras de Concepción, tenida a la vista, prestaron declaración: el Notario afectado, doña Mercedes Sanhueza de Vargas y don Artemio Alvarez Rozas, y el Juez don Lionel Beraud Poblete, personas todas que intervinieron en el otorgamiento de la escritura en cuestión, y expresaron: "El Notario señor Silva, que la escritura fue firmada por el adquirente señor Larenas y su mujer, en su presencia, el 2 de Agosto de 1959, en la Clínica donde él estaba enfermo; la testigo instrumental doña Mercedes Sanhueza viuda de Vargas, dice que el Notario le entregó la escritura ya firmada por el señor Larenas y su señora; el testigo don Artemio Alvarez Rozas, se expresa en términos semejantes. "Por su parte, don Lionel Beraud Poblete dice que efectivamente él firmó la escritura en su Despacho de Juez del Primer Juzgado de Letras, en presencia del empleado de la Notaría Raúl Sáez Rivas, quien se la llevó, y de la Secretaria subrogante del Tribunal".

"Todos afirman que, tanto el Juez como los otorgantes, tenían conocimiento de los antecedentes de hecho que acaecieron en esa oportunidad, ya que el Notario enfermó repentinamente y debió ser hospitalizado cuando ya la escritura estaba mandada a hacer por el abogado señor Domínguez" (Fundamento 16° del fallo del Juzgado);

c) "Que la confesión relatada en el Considerando 15°, es judicial, versa sobre hechos personales del confesante, y, en conformidad a la ley, hace plena prueba en su contra, de tal manera que debe tenerse por acreditado que él firmó la escritura sin estar presente el Notario que la autorizó, ni los testigos de actuación, sin que sea lícito admitir prueba en contrario" (Fundamento 17° del mismo fallo);

d) "Que las declaraciones de los testigos más arriba mencionados no hacen otra cosa que corroborar la confesión judicial ya analizada, de tal manera que debe tenerse por acreditada la existencia de los hechos que señala el actor en su demanda" (Considerando 18° de dicho fallo); y

e) "Que, establecido de esa manera que los testigos y el Notario no estaban presentes al momento en que las partes firmaron la susodicha escritura, debe estudiarse si efectivamente ellos son de tal entidad que acarreen la nulidad del instrumento" (Fundamento 19° del aludido fallo del Juzgado;

3°).—Que, sentados así los hechos de la causa, sobre la base que ellos establecen, la sentencia de primera instancia entra a examinar la procedencia de la acción entablada en la demanda y termina por rechazarla, en virtud de los siguientes razonamientos:

"20°—Que los requisitos que debe cumplir una escritura pública están determinados en el Título XI, Párrafo 7°, Números 2° y 5°, del Código Orgánico de Tribunales y pueden resumirse en los siguientes: "a) Debe escribirse en idioma castellano, con tinta fija e indeleble; "b) Debe otorgarse ante el Notario y dos testigos, vecinos del departamento, que sepan leer y escribir y capaces de darse cuenta del acto o contrato que se ejecuta o celebra que reúnan ciertas capacidades especiales;

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

161

"c) El Notario debe dejar constancia de que conoce a los otorgantes o que acreditaron su identidad con la cédula personal respectiva, cuyos datos se insertarán en el instrumento, o con la aserción firmada en el mismo registro, de dos testigos honorables, conocidos del Notario, vecinos del departamento y hábiles para testificar; "d) Los testigos deberán estar presentes con los otorgantes al momento de la firma; y suscribirán la escritura inmediatamente después de aquéllos, autorizándola el Notario a continuación; "f) Indicar la fecha de su otorgamiento y el lugar en que se hace; "g) Salvarse al final y antes de las firmas indicadas, las adiciones, apartadillos, entre renglonaduras, raspaduras o enmendaduras, en las escrituras matrices; "h) Que sea firmada dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que aparece otorgada; "i) Que no contenga disposiciones respecto de ciertas personas, etc.";

"21°.—Que, luego, la ley indicada fija una serie de causales de nulidad del instrumento, en el que no se indica ninguno de los requisitos aludidos en la demanda, de suerte que, no estableciendo la ley ese efecto, no

puede prosperar la demanda, desde que la nulidad es de derecho estricto por el carácter sancionador que esa institución involucra y no podría aplicarse en forma extensiva;

"22°—Que, por otra parte, tampoco contempla ese efecto el Párrafo 5° intitulado "De la falta de fuerza legal de las escrituras, y testimonios", que en su artículo 426 enumera una serie de casos así sancionados civilmente";

4°).—Que la sentencia recurrida hizo suyos los anteriores razonamientos y los complementó, agregando en su Considerando 5°: "Que, planteadas así las cosas, la demanda debe ser desestimada por las razones dadas en el fallo en alzada, pues las irregularidades a que hace referencia el actor, si bien se encuentran comprobadas, su omisión o cometimiento no está sancionado por el legislador, con la nulidad";

5°).—Que, en el recurso en examen, el demandante señor Benavente Jiménez afirma que es errónea la tesis preconizada por la sentencia en el sentido de que las infracciones cometidas en el otorgamiento de la es-

critura pública de adjudicación de 31 de Julio de 1959 —en que se apoya la demanda—, no están sancionadas con la nulidad del instrumento; y añade que, al sostener tal tesis, ese fallo ha violado los artículos 403, 404, 405, 406, 412, Nº 3º y 426 Nº 5º del Código Orgánico de Tribunales y 1681, 1682 y 1689 del Código Civil, pues, a juicio suyo, existe sanción de nulidad para la omisión de las formalidades que no se cumplieron en el otorgamiento de la escritura pública de que se trata. E invoca, al respecto, tres órdenes de consideraciones demostrativas de la transgresión de dichas disposiciones legales, que pueden sintetizarse así:

A).—El artículo 412 Nº 3º del Código Orgánico de Tribunales dice que: "Serán, igualmente, nulas las escrituras públicas: ...en que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 405, o en que no aparezcan las firmas de las partes y de los testigos que deban hacerlo y la del Notario". Y el artículo 406 del mismo Cuerpo de Leyes preceptúa que: "Los testigos deberán estar presentes con los otorgantes al momento de

la firma; y suscribirán la escritura inmediatamente después de aquéllos, autorizándola el Notario a continuación". Estima el recurrente que, si bien la escritura pública cuestionada tiene las firmas de doña Mercedes Sanhueza de Vargas y de don Artemio Alvarez, éstos no eran los testigos que debían firmarla, toda vez que es un hecho establecido que no estuvieron "presentes con los otorgantes al momento de la firma", como lo indica el recientemente citado artículo 406, y por ello, no eran "los testigos que deban hacerlo", cuyas firmas deben aparecer en la escritura pública, según el Nº 3º del artículo 412. Considera que las mencionadas personas, que firmaron como testigos, no lo fueron en realidad, lo que acarrea la nulidad del instrumento;

B).—El artículo 426 Nº 5º del aludido Código dispone que: "No se considerará pública o auténtica la escritura...: en que sean testigos personas a quienes afecten las incapacidades establecidas en el presente Párrafo". Arguye el recurrente que, entre esas incapacidades, figura una que es esencial: para ser testigo de una escritura pública, es menester saber leer

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

163

y escribir y ser capaz de darse cuenta del acto o contrato que se celebra y, además, estar presente con los otorgantes al momento de la firma. Como nada de ello ocurrió respecto de la señora Sanhueza de Vargas y del señor Alvarez, resulta que éstos son incapaces para ser testigos de la escritura pública de adjudicación de 31 de Julio de 1959, y siendo, así, no han reunido los requisitos para poder actuar como testigos, y, por este motivo, hay nulidad expresa; y

C).—La sanción de nulidad absoluta se encuentra establecida en los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, porque la escritura pública, por sí sola, es un acto jurídico, y la omisión de las formalidades propias de su otorgamiento exigidas en los artículos 405 y 406 del Código Orgánico de Tribunales, vicia el acto y lo hace absolutamente nulo por mandato del citado artículo 1682, que preceptúa: "La nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos... son nulidades absolutas". De ahí deduce el recurrente que,

al sostener que no hay sanción expresa de nulidad para las infracciones señaladas en el otorgamiento de la escritura pública, la sentencia ha infringido tales artículos 1681 y 1682, que contemplan expresamente esa sanción y que son aplicables a la escritura pública, y, también, los artículos 412 Nº 3º y 426 Nº 5º del Código Orgánico de Tribunales, que, como lo ha demostrado precedentemente, contemplan la misma sanción cuando los testigos instrumentales no son presenciales y capaces, que es el caso de la señora Sanhueza de Vargas y del señor Alvarez;

6º).—Que el Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 403, define la escritura pública estatuyendo que: "es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente Notario, e incorporado en su protocolo o registro público"; y agrega en los artículos siguientes: "Artículo 404.—Las escrituras públicas deben escribirse en idioma castellano y estilo claro y preciso, y en ellas no podrán emplearse abreviaturas, cifras ni otros signos que los caracteres de uso corriente"; "Artículo 405.—Toda escri-

tura pública debe ser otorgada ante Notario y dos testigos, vecinos del departamento, que sepan leer y escribir y capaces de darse cuenta del acto o contrato que se celebra. En ella el Notario deberá dejar constancia de conocer a los otorgantes, o de habersele acreditado su identidad con la cédula personal respectiva, cuyos datos se insertarán en la escritura; o con la aserción firmada en el mismo registro, de dos testigos honorables, conocidos del Notario, vecinos del departamento y hábiles para testificar"; "Artículo 406.—Los testigos deberán estar presentes con los otorgantes al momento de la firma; y suscribirán la escritura inmediatamente después de aquéllos, autorizándola el Notario a continuación". En seguida, el Código contiene otras indicaciones, que es innecesario mencionar por no ser aplicables en la dilucidación de este recurso;

7º).—Que, más adelante, el mismo Cuerpo de Leyes señala las nulidades que tienen lugar en el otorgamiento de las escrituras públicas; y dispone: "Artículo 411.—Serán nulas las adiciones, apostillas, entre renglonaduras, raspaduras o enmen-

daturas en las escrituras matrices, que no aparezcan salvadas al final y antes de las firmas de los que las suscriban"; "Artículo 412.—Serán, igualmente, nulas las escrituras públicas: "1º—Que contengan disposiciones a favor del Notario que las autorice, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos; "2º—En que sean testigos el cónyuge, ascendientes o descendientes de alguno de los otorgantes; "3º—Y aquellas en que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 405, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos que deban hacerlo y la del Notario". Y después, en el artículo 426 —incluido dentro de las disposiciones que tratan "De la falta de fuerza legal de las escrituras, copias y testimonios notariales"—, el Código dice: "No se considerará pública o auténtica la escritura: "1º—Que fuese autorizada por persona que no sea Notario, o por Notario incompetente, suspendido o inhabilitado en forma legal; 2º—Que no esté en el protocolo o se escriba en alguno que no pertenezca al Notario autorizante o al de quien

esté subrogando legalmente: "3º—En que no consta la designación exacta y única del día, mes y año; o de la hora y sitio de su otorgamiento si se trata de un testamento; "4º—En que no consta la firma de los comparecientes o no se hubiere salvado este requisito en la forma prescrita en el artículo 408; "5º—En que sean testigos personas a quienes afecten las incapacidades establecidas en el presente Párrafo; "6º—En que el Notario hubiere omitido suplir el conocimiento de los comparecientes por medio de testigos, o dejar constancia de haberse exhibido la correspondiente cédula de identidad personal; "7º—Que no esté en idioma castellano; "8º—En que aparezcan estipulaciones a favor del Notario autorizante o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; "9º—En que el Notario no haya usado tinta fija o indeleble o haya dactilografiado o impreso en su protocolo; "10º—Que no se firme dentro de los sesenta días siguientes a su otorgamiento";

8º).—Que, recordados ya estos preceptos legales, cabe manifestar que los hechos aduci-

dos por el demandante, como basamento de la acción de nulidad absoluta de la escritura pública de adjudicación extendida ante el Notario de Concepción, don José Mateo Silva Gavilán, el 31 de Julio de 1959 —cuya copia fue acompañada a la demanda—, no pueden ser encuadrados, precisamente, en ninguna de las causales de nulidad señaladas en los artículos 411 y 412 del Código Orgánico de Tribunales; ni, tampoco, en ninguno de los motivos enumerados en el artículo 426 del mismo Código, que tienen el efecto de determinar que una escritura no se considere pública o auténtica. Como se ha anotado en los dos primeros Fundamentos de esta resolución, los hechos que sirven de sustentación a la demanda y que la sentencia ha dado por acreditados, consisten en que el demandado don Eduardo Larenas Couchot —otorgante de la escritura y adjudicatario— y el Juez del Primer Juzgado de Letras de Concepción, don Lionel Beraud Poblete —otorgante del mismo instrumento, en su carácter de representante legal del ejecutado y actual demandante don Jorge Benavente Jiménez—, firmaron esa escritura pública,

en el Hospital Regional de Concepción, el día 2 de Agosto de 1959, el primero, y en la Sala del Juzgado, el día 3 de ese mes y año, el Juez señor Beraud Poblete, **sin estar presentes el Notario señor Silva, que la autorizó, ni los testigos de actuación doña Mercedes Sanhueza de Vargas y don Artemio Alvarez Rozas;**

9°).—Que, por consiguiente, hay que convenir en que, si bien la circunstancia de que los testigos instrumentales y el Notario autorizante no hubiesen estado presentes con los otorgantes al momento en que éstos suscribieron la escritura pública controvertida, importa una grave irregularidad y una innegable incorrección y no se ajusta a lo ordenado en los artículos 405 y 406 del Código Orgánico de Tribunales, empero, tal circunstancia no hace procedente la declaración de nulidad de ese instrumento público, porque la ley no ha sancionado esa anomalía con nulidad, ni ha dispuesto que la escritura no sea considerada pública o auténtica;

10°).—Que, como se ha consignado en el Fundamento 5° de la presente resolución, al

formalizar el recurso de casación, el señor Benavente ha sostenido, en primer término, que afecta a la escritura en referencia la causal prevista en el Nº 3° del artículo 412 del mencionado Código, concerniente a aquellas escrituras públicas “en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos que deban hacerlo y la del Notario”, aduciendo que la señora Sanhueza de Vargas y el señor Alvarez —que firmaron como testigos—, no lo fueron en realidad, en razón de que no estuvieron “presentes con los otorgantes al momento de la firma” y así no fueron “los testigos que deban hacerlo”. Pero esta alegación es inconsistente, porque la verdad es que, cualesquiera que hayan sido las incorrecciones o irregularidades cometidas al respecto en el otorgamiento de la escritura en cuestión, esas personas actuaron como testigos y suscribieron el instrumento, y en éste aparecen “las firmas de las partes y testigos”, sin que se haya puesto en duda la efectividad de su intervención personal y la autenticidad de sus firmas;

11°).—Que, en la segunda objeción hecha valer en favor del recurso, el señor Benavente ha

pretendido negar validez a la escritura, porque, según se ha expresado, el N° 5° del artículo 426 del Código Orgánico de Tribunales no considera pública o auténtica la escritura **"en que sean testigos personas a quienes afecten las incapacidades establecidas en el presente Párrafo"**, y los artículos 405 y 406 dicen que toda escritura pública debe ser otorgada ante dos testigos **"capaces de darse cuenta del acto o contrato que se celebra"** y que **"los testigos deberán estar presentes con los otorgantes al momento de la firma, y suscribirán la escritura inmediatamente después de aquéllos"**; y porque, en el caso de autos, la señora Sanhueza de Vargas y el señor Alvarez, no estuvieron presentes y, por lo tanto, lejos de ser capaces de darse cuenta del acto o contrato, fueron **incapaces para ser testigos** de la escritura. Este argumento no es valedero porque descansa sobre una premisa errónea, ya que equipara la **inasistencia** de una persona a un determinado acto o contrato o a alguna de las diversas etapas sucesivas que ocurren en su génesis, desarrollo y fiscalización, con el incumplimiento de la exigencia del artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales,

según la cual los testigos deben ser **"capaces de darse cuenta del acto o contrato que se celebra"**, o sea, deben ser aptos para apreciar por sí mismos la naturaleza, el sentido y la significación de ese acto o contrato; y, aún más, pretende incluir aquella **inasistencia o falta de presencia**, entre las **"incapacidades"** establecidas con relación a los testigos en el Párrafo 7° del Título XI y a las cuales se refiere, clara e inequívocamente, el N° 5° del artículo 426 del mismo Código. La **"capacidad"** de que habla el artículo 405 es una condición intelectual, personal y subjetiva de los testigos, mientras que las **"incapacidades"** aludidas en dicho N° 5° del artículo 426, que pueden afectarles, son evidentemente de índole legal, tales como la de ser **"cónyuge, ascendiente o descendiente de alguno de los otorgantes"** —prevista en el N° 2° del artículo 412—, u otras semejantes. En todo caso, aun en el supuesto de que pudiera estimarse que el hecho de la falta de **"capacidad"** para darse cuenta del acto o contrato que se celebra, fuese una de las **"incapacidades"** comprendidas en el N° 5° del artículo 426, es incuestionable que la **ausencia o inasistencia** de los testi-

gos "al momento de la firma" de la escritura pública por los otorgantes, no podría ser, en manera alguna, constitutiva de aquella **carencia de capacidad para apreciar o darse cuenta del acto o contrato** que se ejecuta, ni tampoco, de ninguna de las **incapacidades** establecidas en el Párrafo 7° del Título XI del Código Orgánico de Tribunales, porque una y otras son situaciones diferentes, que no pueden ser confundidas;

12°).—Que la tercera y última impugnación con que censura la sentencia y formaliza el recurso, la hace consistir el señor Benavente en su aseveración de que la sanción de nulidad, cuya declaración persigue en su demanda, estaría establecida primordialmente en los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, que, en su concepto, serían aplicables, en relación con los artículos 405 y 406 del Código Orgánico de Tribunales, a los casos de otorgamiento de escrituras públicas, como es el que ha originado la acción de nulidad que ha ejercitado. Para desestimar las contravenciones legales aquí denunciadas, basta repetir lo que la sentencia recurrida consigna en sus Considerandos 21°, 22° y 23°, de

los cuales los dos primeros han sido reproducidos al final del Fundamento 3° de la presente resolución, y el 23° los complementa, agregando: "Que, además, el artículo 414 estableció que en el otorgamiento de los testamentos, se aplicarían las reglas del Código Civil, y el artículo 1026 estatuyó expresamente que: "El testamento solemne, abierto o cerrado, en que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, **no tendrá valor alguno**"; y entre las solemnidades que fijan los artículos 1014 y 1021, se encuentra la presencia del otorgante, del escribano y de tres testigos, o cinco, según el caso, de suerte que la infracción de esa exigencia legal, priva de valor al testamento, lo que viene a corroborar la conclusión anterior, ya que el legislador del Código Orgánico, posterior al Código Civil, tuvo presente esa legislación, puesto que se remitió a ella, y no obstante, no sanciona en la misma forma hechos similares en la escritura pública";

13°).—Que de las anteriores consideraciones se desprende que, al negar lugar a la demanda, "por las razones dadas en el fallo en alzada, pues las irre-

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

169

cia el actor, si bien se encuentran comprobadas, su omisión o cometimiento no está sancionado por el legislador, con la nulidad", la sentencia recurrida no ha incurrido en las infracciones legales que se representan en el recurso y éste debe ser desechado.

Por estos fundamentos, con arreglo a los preceptos citados y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 772, 787 y 309 del Código de Procedimiento Civil, se declara: Sin lugar el recurso de casación en el fondo interpuesto y formalizado a fojas 153, por don Jorge Benavente Jiménez, en contra de la sentencia de 22 de Agosto de 1963, dictada a fojas 147 por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Concepción, con costas, en que se condena solidariamente a la parte recurrente y a su abogado patrocinante.

Aplicase a beneficio fiscal la suma de E° 300,00, consignada

para la interposición del recurso, según el Comprobante de Ingreso de fojas 151.—Diríjanse las comunicaciones legales.

Anótese, devuélvanse y reemplácese el papel.

Publíquese.

Redacción del Fiscal don Urbano Marín.

Oswaldo Illanes B.— Julio Espinoza A.— Eduardo Varas V.— Miguel González C.— José María Eyzaguirre E.— Urbano Marín R.— Luis Cousiño M. I.

Pronunciada por los señores Ministros titulares de la Excelentísima Corte, don Oswaldo Illanes Benítez, don Julio Espinoza Avello, don Eduardo Varas Videla, don Miguel González Castillo y don José María Eyzaguirre Echeverría; Fiscal, don Urbano Marín Rojas y Abogado integrante, don Luis Cousiño Mac Iver.— Aníbal Muñoz Arán, Secretario.

COMENTARIO

1.—La cuestión jurídica resuelta en el fallo que precede es de la mayor importancia.

Rechazó la Excelentísima Corte Suprema la nulidad absoluta propuesta por el actor

respecto de una escritura pública de adjudicación en juicio ejecutivo, apoyada la petición esencialmente en el hecho de no haber estado presentes los otorgantes, testigos y Notario al tiempo en que éste la autorizó.

2.—Se decía en la demanda que el no cumplimiento de las exigencias de que trata el artículo 406 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto “los testigos deberán estar presentes con los otorgantes al momento de la firma; y suscribirán la escritura inmediatamente después de aquéllos, autorizándola el Notario a continuación”, trae como consecuencia la nulidad absoluta de la escritura en que se han omitido esas particularidades, desde que la “omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas” —artículo 1682 del Código Civil—.

3.—Conviene expresar que la Excelentísima Corte había estimado —aplicando al caso

los artículos 1681 y 1682 del Código Civil—, nula absolutamente una escritura pública otorgada en forma análoga al caso ahora resuelto, o seáse, “si la escritura no es tal por no haber estado presentes los testigos en su otorgamiento, falta la solemnidad del contrato, de donde dimana lógicamente la consecuencia de que la escritura pública es en la especie un **acto jurídico** que da fe de un contrato, lo solemniza y crea relaciones jurídicas, al cual son aplicables las reglas de nulidad de los artículos 1681 y 1682 del Código Civil.

“Por consiguiente, la sentencia que niega lugar a la petición de nulidad de la expresada escritura es nula, porque viola las citadas disposiciones legales” (1).

4.—La doctrina que se acaba de transcribir tuvo la virtud de hacer escuela entre nosotros.

Varios doctrinadores la siguieron sin reparos, de manera que vieron en la escritura pública un **acto jurídico** independiente de aquel otro contenido en la declaración de voluntad.

(1) “Revista de Derecho y Jurisprudencia”: Tomo 37, Segunda parte, Sección 1ª, página 137.

Llegaron, por este camino, a sostener la nulidad absoluta de la escritura pública si en su otorgamiento no se había cumplido con el artículo 406 del Código Orgánico de Tribunales, aplicando para tales efectos la reglas de los artículos 1681 y 1682 del Código Civil.

Así, Alessandri Besa sostiene:

"...La escritura pública constituye en sí misma un **acto jurídico especial**, independiente del acto o contrato que solemniza o que prueba.

"Como tal acto jurídico independiente y con existencia propia, debe reunir una serie de requisitos de fondo y de forma, siendo los más importantes estos últimos y entre ellos, se requiere la presencia de dos testigos en el acto del otorgamiento de la escritura, según lo dispone el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales. Esta formalidad se exige por vía de solemnidad, de modo que si no se cumple con ella, la escritura pública es nula; así lo ha declarado la Corte Suprema, al fallar que "es nula la escritura pública si se establece que los testigos instrumentales de la misma no se encontraban presentes con los otorgantes al momento de fir-

marse la escritura (Revista, tomo 37, segunda parte, sección 1ª, página 137)" (2).

5.—No participamos de tal opinión.

Ha sido del todo acertado el fallo recientemente pronunciado por la Excelentísima Corte y que motiva estas notas; fallo que reafirma, por lo demás, la doctrina sancionada sobre igual punto por la Corte de Apelaciones de Santiago, en que el redactor estudia con detenimiento uno a uno los casos de nu-

(2) "La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno". N° 320, página 290. En igual sentido: **Alegre Araya, Heriberto**: "Impugnación de la Escritura Pública", N° 35.a, N° 4º página 38; y **Sanea Cruz Serrano, Víctor**: "El Instrumento Público", en "Revista de Derecho y Jurisprudencia" Tomo 39, 1ª Parte, página 28, 29 y 30. Este autor se expresa así: "Al instrumento público son plenamente aplicables las disposiciones que rigen la nulidad de los actos jurídicos (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 37, Segunda Parte, Sección 1ª, página 137). Es nulo todo acto a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto, dice el artículo 1681 del Código Civil". Y agrega: "En principio, debe decirse que cualquiera que sea la formalidad omitida, hay nulidad del instrumento" (página 30).

lidad de una escritura pública (3).

6.—Se sabe que el Derecho objetivo exige, en ciertos casos, requisitos de forma para el otorgamiento de un negocio jurídico. Impone, a veces, a los particulares una manera especial de expresar la voluntad o el consentimiento.

Se concibe así la forma como "el molde en que la voluntad, substancia del acto, se vacía y se hace sensible, adquiriendo un sentido, mediante el cual pueden los terceros reconocerla, ponderar sus alcances y prever sus consecuencias" (4).

Esto dicho, es necesario advertir, no obstante, que "en estricto derecho todos los negocios tienen una forma, pues no se concibe una declaración de voluntad que no la requiera. Sin una forma no podría ser reconocido el negocio, bien que a veces sea verbal" (5).

(3) "Revista de Derecho y Jurisprudencia"; Tomo 58, Segunda Parte, Sección 2ª, página 21.

(4) De Gásperi, Luis: "Tratado de las Obligaciones", Tomo I, N° 589, las Obligaciones", Tomo 1, N° 589, página 575.

(5) Domínguez Agulla, Ramón Horacio: "El Testamento como Negocio Jurídico" N° 19, página 19.

"No existe acto de voluntad sin forma; una voluntad sin forma es la espada de Bernardo, que ni pincha ni corta" (6). "En este sentido, toda declaración tiene una forma" (7).

7.—Aunque todos los negocios jurídicos tienen una **forma**, en un sentido amplio, es lo cierto que en sentido técnico o estricto se clasifican en **formales y no formales**; aquéllos son los que deben adoptar una determinada forma, o una entre varias que la ley determina, de manera que sin ellas carecen de valor legal. Como lo expresa Roca Sastre: "En sentido técnico, la forma significa aquel medio de exteriorización de la declaración de voluntad de una manera predefinida y concreta que exige la ley o la voluntad de las partes en algunos casos" (8). Los segundos, los no formales, pue-

(6) Ihering: "El Espíritu del Derecho Romano", Tomo III, N° 50, página 181.— Quinta Tirada.— Madrid.

(7) Von Thur: "Tratado de las Obligaciones", Tomo I, página 168. Madrid, 1934.

(8) "Estudios de Derecho Privado", Tomo 1, página 85. Editorial do", Tomo I, página 85. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

173

den adoptar cualquier forma, incluso la verbal.

Entre los formales encontramos los **solemnes** y los **no solemnes**.

En el primer caso la forma es requisito esencial de la validez del negocio en ella contenido —**ad solemnitatem**—. El incumplimiento de la forma trae como sanción la nulidad del negocio jurídico, aunque se pudiera probar de manera inequívoca la voluntad o el consentimiento —artículo 1682 inciso 2º del Código Civil—.

En el segundo caso, por el contrario, la forma es requerida sólo como un medio de prueba —**ad probationem**— y como una protección de los derechos de terceros. Su omisión no impide acreditar el negocio por otros medios, salvo las restricciones a la prueba testimonial impuestas en ciertos casos —artículos 1708 y 1709 del Código Civil—.

8.—Pero la forma no debe ser confundida, ni aun en los negocios jurídicos solemnes, con el contenido.

Ocorre, por lo mismo, que nulo el negocio —incapacidad de las partes, objeto o causa ilícitos, dolo, fuerza, etc.—, la escritura pública, si ella es la

formalidad, se mantiene con eficacia. Puede ocurrir, al contrario, que nula la escritura pública sea válida, sin embargo, la declaración de voluntad que aquélla contiene.

Como lo enseña Borda: "Es necesario distinguir cuidadosamente la declaración de voluntad en sí misma, del instrumento en que ese acto está documentado. El instrumento puede ser perfectamente válido (lo es siempre que se hayan cumplido los requisitos formales) y, sin embargo, ser anulable el convenio (por ejemplo, si hubo dolo, violencia, simulación). A la inversa, puede ser nulo el instrumento y, sin embargo, ser válido y exigible el acuerdo; siempre que se lo pueda probar por otros medios" (9).

Lo anterior no es así cuando la escritura pública, lo mismo que otras solemnidades, es requerida en atención a la naturaleza del acto o contrato. Decretada **ad solemnitatem** existe una vinculación entre el acto y el instrumento en que se otorga. En este caso solamente la nulidad del instrumento arras-

(9) "Tratado de Derecho Civil Argentino". Parte General II, Nº 924 bis, página 150. Buenos Aires, 1959.

tra la nulidad del acto: es la denominada **nulidad refleja**, que algunas sentencias ya han recogido entre nosotros. Esto lo expresa el Código Civil de Argentina así: "Son nulos los actos jurídicos... cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos" —artículo 1044—.

9.—Pero la escritura pública no es, en sí misma, un **acto jurídico**, aparte de los otros elementos del negocio y, por consiguiente, con vida propia y separada del acto que solemniza.

"La forma, dice Albaladejo, no es un elemento más del negocio —como lo son la declaración de voluntad y otros—, sino que es la investidura exterior de estos elementos, o los ritos o solemnidades que se han de observar para darles vida" (10).

Por tanto, cuando de la nulidad de una escritura pública se trata —como en el caso resuelto por la sentencia última de la Excelentísima Corte— y aunque sea requerida por vía de solemnidad, no se debe juzgar del problema aplicando los

principios que ha consagrado el Código Civil para la nulidad de los negocios jurídicos.

Nadie celebra "una escritura pública"; pero sí que se celebran y realizan negocios jurídicos, muchos de los cuales tienen como investidura exterior a la escritura pública.

10.—La nulidad de la escritura pública no ha de encontrarse en la aplicación del artículo 1682 del Código Civil.

Esa nulidad hay que encontrarla en la ley que fija las exigencias que deben cumplirse en el otorgamiento de las escrituras públicas y en la que se señala la sanción a la omisión de tales exigencias. Y en el caso de nuestro Derecho todo ello está reglamentado, principalmente, en el Código Orgánico de Tribunales.

Si la omisión de alguna exigencia en el otorgamiento de las escrituras públicas —como ocurre con las del artículo 406 del Código Orgánico de Tribunales, que sanciona la denominada "**unidad del acto**"—, no tiene señalada como sanción la nulidad, se debe resolver que la escritura es válida.

Se sabe que no hay nulidad sin texto expreso. Si ese texto fuera el artículo 1682 del Cód-

(10) "El Negocio Jurídico", Nº 182, página 293. Barcelona, 1958.

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

175

go Civil, en cuanto dispone que la "omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas", habría que admitir que el legislador en el Código Orgánico de Tribunales habló para no decir nada, al indicar con tanta minuciosidad todos y cada uno de los casos en que una escritura pública es nula.

11.—La doctrina entiende que en materia de nulidad de la forma debe existir un texto que la establezca sin duda alguna, de manera que si falta la sanción cuando se omite alguna exigencia en el otorgamiento de los instrumentos públicos, no hay nulidad.

Entre nosotros, aunque sin abordar el problema en relación con la nulidad de las escrituras públicas, pero cuyos principios son análogos, el ex Decano Arturo Alessandri Rodríguez expresa: "Los artículos 1681 y 1682 del Código Civil no tienen aplicación integral en materia de testamentos, pues en éstos rige el artículo 1026 del citado Código, que, por ser

especial, prevalece sobre aquéllos (artículo 13 del Código Civil). Si así no fuere, y la omisión de todo requisito o formalidad prescrita para el valor de un testamento produjere nulidad absoluta, el artículo 1026 habría sido innecesario" (11).

Arauz y Llambias, por su parte, expresan: "En cuanto a la inobservancia de las prescripciones de la ley relativas a la "forma" del instrumento, las escrituras públicas están sujetas a un régimen particular. Si nos atuviéramos a los principios generales, cualquier falla de forma provocaría la nulidad del instrumento, pues estando mandada la realización de la escritura con tales y cuales detalles, está implícitamente prohibido redactarla de otra manera, cuya prohibición hace aplicable el artículo 18 del Código Civil (argentino), que declara sin valor a los actos prohibidos por la ley si ella "no designa otro efecto para el caso de contravención".

"Con relación a las escrituras públicas, el principio se in-

(11) Comentario al fallo que se publica en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia" Tomo 40, Segunda parte, Sección 1ª, página 196, apartado N° 9.

vierte: la falla de forma no determina la nulidad de la escritura, a menos que así haya sido establecido por la ley". Y agregan: "En esta materia, pues, la regla es que las fallas de forma no son causas de nulidad sino en los casos dispuestos por la ley" (12).

12.—De acuerdo, pues, con lo dicho, resulta que entre nosotros no está sancionado con la nulidad de la escritura pública el hecho de que no se realice todo en la forma que menciona el artículo 406 del Código Orgánico de Tribunales. Es lo que se denomina la "unidad del acto"; unidad del acto que en la práctica no se realiza, como quiera que las partes la suscriben en una oportunidad y los testigos más tarde. Por último, el Notario autoriza cuando ya la han suscrito las partes otorgantes y los testigos.

Como lo recuerda la Excelentísima Corte Suprema, en el fallo que comentamos, el Código Civil, en los artículos 1014 y 1021, exige, requiere la presencia del otorgante, del escribano

y de tres testigos, o cinco, según el caso, de suerte que la infracción de esa exigencia legal priva de valor al testamento. Es decir, en esos supuestos la "unidad del acto" está sancionada con nulidad del testamento, lo que no acontece de igual manera tratándose de las escrituras públicas.

13.—Si la Excelentísima Corte hubiera sancionado una tesis como la propuesta en la demanda, las consecuencias habrían sido de extraordinaria gravedad, ya que es un hecho cierto que en la práctica —como lo hemos manifestado—, la "unidad del acto" no se realiza. Pocas habrían sido las escrituras públicas no susceptibles de ser invalidadas por este motivo.

Por lo demás, la misma Excelentísima Corte había resuelto que la frase final del artículo 406 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto ordena que el Notario autorice la escritura pública a continuación de los otorgantes y testigos, no tiene otro significado que indicar el lugar en que debe ir la firma del Notario y "no encierra al acto mismo en un marco riguroso de tiempo, sino que indica dónde y cuándo debe fir-

(12) "Derecho Civil". Parte General: Tomo 11, N° 1353 bis, página 285. Buenos Aires, 1955.

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

177

mar el Notario la escritura que ante él se extiende" (13).

14.—Por último, es de felicitarse que la Excelentísima Corte haya abordado el problema directamente.

Pudo, en efecto, haber eludido el problema, esto es, no admitir la tesis propuesta por el actor, llevando el asunto a la impugnación de la escritura pública por falta de autenticidad, como ha ocurrido en otras oportunidades, para no darle patente de legalidad a un abuso de ordinaria ocurrencia.

Así, por ejemplo, en un caso muy semejante al recientemente

te resuelto pudo decir la Excelentísima Corte lo siguiente: "En la demanda se indica que el instrumento carece de validez, es inexistente o nulo, no es, en suma, escritura pública, por no haberse otorgado de la manera que el instrumento expresa, o sea, ante Notario y en su presencia y encontrándose también presentes los testigos: se ataca, entonces, su autenticidad, aun cuando no se lo diga en forma expresa" (14).

RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE

**Profesor de Derecho Civil
de la Universidad de Concepción**

(13) "Revista de Derecho y Jurisprudencia": Tomo 45, Segunda parte, Sección 1ª, página 321.

(14) "Revista de Derecho y Jurisprudencia": Tomo 52, Segunda parte, Sección 1ª, página 370.