

# **INFORME EN DERECHO RESPECTO A VALIDEZ O NULIDAD EN CHILE DE TESTAMENTO OTORGADO EN VENEZUELA**

Santiago, 14 de Enero de 2009.

**Señores:**

**Guillermo Kegevic Ahumada y**

**Eliseo Richards Torres**

**Presente**

REF.: Informa en Derecho respecto a validez o nulidad en Chile de testamento otorgado en Venezuela.

Estimados colegas:

Por cartas de 21 y 28 de Octubre de 2008, se me solicitó y acepté, respectivamente, un Informe en Derecho del suscrito en que me pronuncie sobre una posible nulidad del testamento otorgado por don Eduardo González Patiño (Q.E.P.D.) en Venezuela.

## **CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES**

### **1.- El “Acuerdo Vinculante”.**

Se me acompañó un documento intitulado “Acuerdo Vinculante”, suscrito por Uds., dejándose constancia que en ningún caso el mismo me otorgaba el carácter de árbitro o partidador, que los obligaría a Uds. a respetarlo, y al suscrito, sólo a emitir dicho Informe previo recibir las argumentaciones de Uds., y los documentos y otras probanzas que se me quisieran acompañar.

Así se ha hecho por ambas partes, quienes han acompañado los documentos que se detallan en este Informe, y que han sido objetados por ellos mismos en sus respectivos escritos, como se pasa a exponer.

### **2.- El testamento del causante.**

Según protocolización de 15 de Enero de 2007, en la Notaría de don Juan Ricardo San Martín Urrejola, don Eduardo González Patiño otorgó su testamento el “12 de marzo de 1998 ante el Notario de la ciudad de Puerto Ordaz, República de Venezuela; debidamente visado por el Consulado de Chile en la ciudad de Puerto Ordaz, con fecha 20 de diciembre de 2006; y legalizado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 20 de diciembre de 2006, y que consta de 6 páginas escritas a máquina, y el cual queda agregado al final de mis registros bajo el N° 197”.

El documento mismo protocolizado establece en primer lugar la individualización del testador, como venezolano, mayor de edad, cédula nacional de identidad N° 10.932.372, y su domicilio en el Estado Bolívar, y transcribe sus disposiciones que comienzan declarando que no tiene herederos forzosos.

Concluye diciendo “Así lo otorgo y firmo de mi puño y letra de manera libre y espontánea, en la fecha de su protocolización por ante la Oficina Subalterna de Registro del Municipio Autónomo Caroní del estado Bolívar, República de Venezuela”.

Viene a continuación la declaración del Notario “Magalyshaib Alcalá V.”, y su firma, quien señala:

“El anterior documento redactado por el abogado ... fue presentado para su AUTENTICACION Y DEVOLUCION según planilla N° 2375 de fecha 12/03/1998. Presente su otorgante dijo llamarse Eduardo González Patiño, mayor de edad, domiciliado en Puerto Ordaz de nacionalidad venezolana de estado civil soltero y portador de la cédula de identidad Nro 10932372”.

El abogado es de apellido Vallejos.

Concluye el testamento con la parte que ha provocado la discusión:

“Leído y confrontado el documento con sus fotocopias y firmadas en éstas y en el presente original en presencia de la Notario el otorgante expuso “SU CONTENIDO ES CIERTO Y MIA LA FIRMA QUE APARECE AL PIE DEL INSTRUMENTO”. La Notario en tal virtud declara legalmente autenticado en presencia de los testigos ... (ilegibles), Titulares de las cédulas de Identidad Nros ... respectivamente dejándolo anotado bajo el N° ... Tomo 16 de los Libros de Autenticaciones llevados en esta Notaría”.

Hay un certificado de un funcionario “Registrador” de 1624/1998 ante otros testigos.

### **3.- Fallecimiento del causante.**

Se encuentra también acompañado un certificado de defunción del testador emitido en Santiago por el Registro Civil e Identificaciones de Chile, en que se le señala cédula de identidad chilena N° 3.158.382-7, nacido el 15/12/31, fallecido en Ciudad Bolívar, Venezuela, el 4 de diciembre de 2006, a las 13:30 horas, inscripción practicada “conforme al art. 12 de la Ley N° 11.987 para los chilenos”.

La posesión efectiva se está tramitando en Chile ante el 20° Juzgado, señalándose en ella como último domicilio La Araucana N° 3039, comuna de Estación Central, Santiago de Chile, y se dice que habría estado de tránsito en Venezuela.

En tal caso se aplicaría a la sucesión la Ley Chilena.

### **4.- Ley Chilena.**

El Código Civil Chileno se preocupó especialmente del tema en el Párrafo 3° (“Del testamento solemne otorgado en país extranjero”), del Título III (“De la Ordenación del Testamento”), del Libro III (“De la Sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”), arts. 1027 y siguientes.

Dice el primero:

“Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciera constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria”.

Personalmente me he preocupado del tema en mi obra sobre “Derecho Sucesorio”, impreso por la Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, N°s 260 y siguientes, de cualquiera de las ediciones, ya que no tiene modificaciones.

Por lo demás la norma, aunque agrega algunas exigencias (que sea escrito) no hace sino aplicar el art. 17 del mismo Código que señala que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. La forma se refiere a las solemnidades externas.

Agrega que su autenticidad se probará según las reglas del Código de Procedimiento Civil.

Como el reclamo no se refiere a este último punto, no insistiremos en ese aspecto.

#### **5.- El reclamo de nulidad del testamento.**

Comienza describiendo el testamento referido, citando justamente mi obra ya mencionada, basada en las clases del profesor Manuel Somarriva, y también se cita a los Sres. Domínguez de Concepción, en su obra sobre Derecho Sucesorio.

Cita a continuación el Código Civil de Venezuela, vigente al tiempo de otorgarse el testamento (desde el 26 de julio de 1982), que al igual que el nuestro distinguiría el testamento abierto y el cerrado. Agrega que el primero puede otorgarse de 3 formas:

a.- Según el art. 852, en escritura pública y con las formalidades exigidas por la ley del Registro Civil para la protocolización de documentos;

b) Según los arts. 853 y 854, sin protocolización, pero ante el Registrador, y dos testigos, y

c) Sin la concurrencia del Registrador y ante la presencia de 5 testigos (art. 853, segunda parte).

Para el testamento otorgado por escritura pública ante notario el art. 852 señala las formalidades, que tienen que ser las del Registro Público, cuyo art. 102 del texto entonces vigente exigía en su N° 3° que los testigos instrumentales deben ser mayores de edad y saber leer y escribir el castellano. A continuación debe agregarse una nota, que será firmada en el mismo acto por el Registrador y los testigos. El art. 864 exige que los testigos en los testamentos sean mayores de edad, conocer al testador y saber leer y escribir.

El art. 882 del Código Venezolano dispone que las formalidades de algunas de sus disposiciones “deben observarse bajo pena de nulidad”. En consecuencia, las exigencias del art. 864 para los testigos deben cumplirse, so pena de esta sanción.

El problema, a su juicio, es que las formalidades para el testamento son más estrictas que para el Registro Público en general, ya que se exige que los testigos deben conocer al testador.

En las certificaciones del testamento en que se señala que estuvieron presentes y firmaron los dos testigos, no se deja constancia que sepan leer y escribir, que sean mayores de edad, y que conozcan al testador. En la segunda nota tampoco se acreditan las tres circunstancias.

Concluye que por esta razón el testamento sería nulo en Venezuela, y lo sería en Chile porque la ley chilena exige que se haga constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, en este caso, Venezuela, lo que no ocurre en este caso, lo que se probaría por presunciones legales.

Se acompañan 8 documentos, especialmente los 6 primeros copias de sentencias, 5 de tribunales venezolanos, y una de la Corte Suprema Chilena (por falta de firma de un testigo); los dos restantes son parte de la Ley de Registros Públicos venezolana de 4 de abril de 1978, vigente al emitirse el testamento impugnado y el Código Civil venezolano, vigente al año 1982.

#### **6.- La opinión del abogado Sr. Kegevic.**

Por su parte el colega Kegevic discrepa de esta opinión en su presentación, al mismo tiempo que objeta los documentos acompañados, por no constarle de donde emanan o su autenticidad; por otrosí acompaña una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

En su presentación el Sr Kegevic señala que el fallecimiento del testador ocurrió estando de paso en Venezuela (lo que como ya se dijo implicaría la aplicación de la ley

chilena). Señala que, no teniendo herederos forzosos, instituyó determinados herederos (3 hermanos, madre política, y dos personas de apellidos Abarca Marcano, sobrinas según el testamento del causante).

Invoca igualmente el art. 1027 del Código Civil, y las disposiciones del Código venezolano; reconoce las 3 fórmulas para otorgar el testamento y sus solemnidades. Cita también las normas del Registro Público, y las formalidades de los actos otorgados ante estos.

El mismo exige el visto bueno de un abogado, lo que se cumple en este caso, y según el art. 74 el Notario da fe de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, y en su N° 5 menciona “Otorgamiento de testamentos abiertos de conformidad con los arts. 852 al 856 del Código Civil (Venezolano)”. Cita un fallo del Tribunal Supremo, según el cual bastaría con la intervención del ministro de fe.

El testamento cumpliría todas las formalidades legales, pues tiene la firma del abogado, tiene la firma del testador, de dos testigos con nombres y apellidos y cédula de identidad; tiene la concurrencia del Notario y dos testigos. Y el testamento fue legalizado conforme a la Ley y se inscribió en Chile en el Registro de Testamentos del Servicio de Registro Civil e Identificación.

### **7.- Otros documentos.**

El abogado Sr. Richards objeta el documento acompañado por el abogado Sr Kegevic por la misma razón que éste objetó los suyos, pero además porque le es imposible encontrar la sentencia acompañada, y no está completa, y finalmente, porque en el caso de autos se aplicaría la Ley de Registro Público vigente en el año 1998 al otorgarse el testamento y no la última ley del año 2001, que habría variado lo que disponía la anterior, y que es la que invoca la sentencia impugnada.

Por su parte, el abogado Sr Kegevic acompaña copia de la resolución que otorga la posesión efectiva testamentaria de esta sucesión, conforme al testamento legalizado ya descrito.

## **CAPITULO SEGUNDO RESOLUCION DEL PROBLEMA**

### **1.- El punto en discusión.**

Decíamos que no hay controversia sobre la aplicación de la ley chilena sobre testamentos otorgados en el extranjero, de acuerdo a la ley extranjera. Ya transcribimos el art. 1027, que les exige tres requisitos:

1.- Que se hayan otorgado por escrito, lo que está fuera de la discusión de este caso;

2.- Que se haga constar que se han cumplido las solemnidades exigidas por la ley extranjera.

3.- Debe acreditarse la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria, esto es, mediante el proceso de legalización del instrumento otorgado en el extranjero ante funcionario público o autorizado por éste, sobre el cual no hay reclamo de las partes.

El problema queda entonces centralizado en el requisito N°2, esto es, si se han cumplido las solemnidades exigidas por la ley del país del otorgamiento.

Y ahí sí que las posiciones son radicalmente opuestas, pero con una distinción que es preciso hacer:

Quien alega la nulidad no es que sostenga que los testigos, ya que a ellos se dirige y apunta la queja, no cumplan con los requisitos que le exige la ley, en este caso el Código Civil venezolano en el art. 864 en sus dos incisos, aunque el reclamante sólo hace valer los requisitos del inciso primero: mayores de edad, conocer al testador y saber leer y escribir.

Pero no sostiene que no los cumplan, sino que el Notario no dejó constancia que los cumplieran.

En consecuencia, esto traslada la discusión a si es obligación del Notario, allá nombrado Registrador, dejar constancia de que se cumplen tales requisitos o no.

El segundo problema sería a quien le corresponde probar que los testigos cumplen los requisitos legales, problema que no se ha discutido, pero que deriva de la expresión del art. 1027 de nuestro Código Civil: hacer constar la conformidad a las leyes del país que se otorgó “por lo tocante a las solemnidades”.

Pasamos a examinar los dos problemas, uno después del otro.

## **2.- La solemnidad de los testigos.**

Como lo reconoce el propio reclamante, la solemnidad de los testigos instrumentales está en franca decadencia en las legislaciones. En la nuestra desaparecieron con la Ley N° 18.181 de 26 de noviembre de 1982, en lo que respecta a los actos otorgados en Notaría, y se dejó solamente la disposición del art. 414 del Código Orgánico de Tribunales referida a los testamentos, donde ellos se mantienen.

Dice la disposición que “en cuanto al otorgamiento de testamento, se estará a lo establecido al respecto en el Código Civil”. Lo único que le agrega a una escritura normal, es que el Notario debe dejar constancia de la hora y lugar en que se otorga el testamento, y que la identidad DEL TESTADOR deberá ser acreditada en la forma establecida en el art. 405 (del mismo Código Orgánico de Tribunales), PERO PUEDE OMITIRSE CUANDO, A JUICIO DEL NOTARIO, CIRCUNSTANCIAS CALIFICADAS ASI LO ACONSEJEN”.

De manera que en la actual legislación chilena, el testamento que se impugna en el capítulo que se le reprocha, sería perfectamente válido, y no tiene ninguna aplicación al caso lo fallado por la Exma Corte Suprema que se refería a la forma de suplir la firma de uno de los testigos, suplencia que si está legislada para los comparecientes a una escritura pública ante Notario, y especialmente para el testamento (art.1018 inciso final).

Aún más, tiene razón el reclamante, pues si hubo cambio de legislación notarial en Venezuela, se aplica respecto de las formalidades del instrumento adoptado, la ley vigente al tiempo de su otorgamiento, pero no por la razón que se señala.

Lo que ocurre es que el art. 18 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes dispone que “las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento”, pero en cuanto a las disposiciones rigen las leyes vigentes al fallecimiento del testador.

Ese es el principio que impera al respecto, y es lógico porque esa era la ley vigente al otorgarse el instrumento respectivo.

El problema, como se advierte, queda reducido a si la ley vigente al tiempo de otorgarse el testamento exigía efectivamente al Notario dejar las constancias del cumplimiento de los requisitos exigidos por el inciso 1° del art. 864 del Código Civil venezolano.

## **3.- Los requisitos de los testigos en el Derecho Chileno.**

Los testigos del testamento en el Derecho Chileno también deben cumplir una serie de requisitos. El art. 1012, en el caso de los testamentos otorgados en Chile, establece 11 numerandos (el primero derogado) y en su inciso final hay nuevos requisitos.

Pero no hay exigencia alguna para el funcionario que autoriza el testamento, sino las que corresponden al instrumento respectivo, esto es, si es escritura pública, las exigencias del art. 405 del Código Orgánico de Tribunales: dejar constancia de la nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio, y cédula de identidad de los comparecientes, pero por esta calidad de comparecientes y no por otra. El art. 1026 sólo se preocupa de la identidad personal del testigo testamentario. El art. 1031 para el testamento privilegiado exige que los testigos sepan leer y escribir, etc. Pero no hay exigencia en el testamento abierto para que se deje constancia que los testigos cumplen todos y cada uno de los requisitos legales.

#### **4.- En Venezuela.**

En mi opinión no tiene razón el reclamante cuando no hace una distinción fundamental: una cosa son los requisitos que deben cumplir los que suscriben un documento, ya sea, como parte, testigo, compareciente para alguna declaración, etc., y otra cosa muy diferente es que el Notario deba certificar la concurrencia de esos requisitos.

Es absolutamente cierto que el art. 102 N° 3 de la Ley de Registro Público vigente en Venezuela al tiempo de otorgarse el testamento exigía a los testigos “ser mayores de edad y saber leer y escribir el castellano”.

Pero más exigente es el art. 864, que le exige conocer al testador.

Lo que no se ha advertido por el reclamante es que el inciso segundo establece una nómina de exclusión de testigos, cuyas causales, por ende, son requisitos negativos.

En efecto, dice textualmente el precepto en sus dos incisos:

“Los testigos en los testamentos deben ser mayores de edad, conocer al testador y saber leer y escribir.

“No pueden ser testigos en los testamentos los ciegos y los totalmente sordos o mudos, los que no entienden el idioma castellano, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Registrador que autoriza el acto, los herederos y legatarios instituidos en el testamento y los parientes de los mismos dentro de los grados expresados, respecto de los testamentos abiertos; ni en fin, el que tuviere algún impedimento general para declarar en todo juicio.”

El propio art. 102 N° 3 de la Ley del Registro Público citada contiene otras exclusiones de testigos instrumentales, para ciertos parientes, los ciegos, los totalmente sordos o mudos, etc.

¿Por qué tendría el Notario que certificar algunos de los requisitos, y no los otros?

El punto es que, además, ¿cómo puede el Notario o Registrador certificar una serie de aspectos que sólo pueden establecerse tras una exhaustiva investigación judicial? Porque efectivamente incluso le pueden decir los testigos que si conocen al testador, y éste también afirmarlo, pero ello no prueba sino que eso le dijeron, pero al menos que le conste personalmente, no puede el funcionario en forma alguna establecerlo.

De ahí que estén decayendo en todas partes los testigos instrumentales, pues cuando el Código Civil chileno se dictó, era muy posible que el Notario (escribano en ese tiempo) conociera al testador, y/o a los testigos, etc. Y entonces podía efectivamente concluir que a determinadas personas debía excluirlas.

Hoy por hoy en los casos que se mantienen los testigos instrumentales, cualquier objeción al instrumento porque los testigos no cumplen los requisitos legales se debe llevar adelante haciendo las averiguaciones correspondientes, para lo cual basta el nombre y su cédula de identidad, y verificada la objeción que merezca el testigo, se deberá establecer en tribunales mediante el juicio respectivo.

La conclusión es evidente, y es la que señalo: el notario es el que verifica si se cumplen las exigencias legales, aquellas que puede él personalmente establecer, les preguntará si conocen al testador, PERO NO PUEDE DAR FE DE ELLO ni tampoco de las otras exigencias que les impone el propio Código Civil Venezolano, y que son de una amplitud imposible de establecer.

Por ello sólo procede la nulidad si se establece en juicio la existencia de algún defecto en los testigos, al igual que cualquier otro problema de igual entidad, esto es, que no conocía al testador, que es ciego etc. Por ello se eliminó en casi todas las legislaciones el testigo instrumental, para evitar que se ataque una escritura pública, por ejemplo, por alguna falla del testigo. Por ello también nació la teoría del error común, pues al legislador le interesa que las partes pueden otorgar sus instrumentos sin tener que quedar expuestos a las nulidades que tantos entorpecimientos provocan.

La nulidad, como máxima sanción civil, sobre todo si es absoluta, es de derecho estricto. No se puede deducir por mera interpretación, y requiere disposición legal expresa.

En este caso, en el Código Civil venezolano para los testamentos se indica en el art. 882 respecto a las formalidades establecidas en distintos preceptos, incluido el art. 864, que establece los requisitos de los testigos.

Por ende, si al testigo le falta alguna de las exigencias del inciso primero de dicho art. 864, o está en alguna de las situaciones del inciso segundo del mismo precepto, el testamento es nulo. Pero no conozco ni se me invoca disposición alguna que imponga al Notario la obligación de la certificación que exige el reclamante en el caso que se me consulta.

En consecuencia, la nulidad procede siempre que el testigo no cumpla algún requisito exigido, pero no porque el ministro de fe no haga las declaraciones que aquí se le reclaman.

El legislador otorga una gran importancia a la voluntad del testador, y por ello el testamento se interpreta con primacía de su voluntad claramente expresada (art. 1069 del Código Civil Chileno), la facultad de testar es indelegable (art. 1004 del mismo Código), el testamento es esencialmente revocable (art. 1212 del mismo Código), etc.

Por ello también protege la ley que sea la voluntad libremente expresada por el causante, y es muy estricto en sancionar cualquiera situación que la amenace. También la protege de cualquier falsificación o presión ilegítima.

Pero si la expresó sin hecho alguno que implique una infracción de ley, el legislador defiende esa voluntad claramente expresada con la misma fuerza con la que castigó las infracciones.

Por ello es que la nulidad es de derecho estricto.

### **5.- Peso de la prueba.**

Lo que debe establecer quien pretenda ser heredero de un testamento otorgado en el extranjero conforme a la ley del lugar, es el cumplimiento de las solemnidades, entre ellas, por cierto la concurrencia de dos testigos y la autorización del Registrador en el caso que esté otorgado conforme al art. 853, esto es, sin protocolización ante el Registrador y dos testigos, o ante cinco testigos sin la concurrencia del Registrador. En el primer caso, se debe cumplir las formalidades señaladas por el art. 854 en sus

primeros tres números, y el cuarto exige que “se hará mención expresa del cumplimiento de estas formalidades”, las tres antes descritas en el precepto, esto es, de las tres primeras, pero no hay en el Código en el art. 864 tantas veces citado, la referencia a los requisitos de los testigos, en que también se exija que se deje tal constancia.

Que se cumplan tales formalidades debe probarlas quien invoque en Chile un testamento otorgado en el extranjero conforme a la ley extranjera.

Pero no tiene que probar todos y cada uno de los requisitos de los testigos, o la no concurrencia de otras posibles causales de nulidad, porque ello sería una prueba diabólica.

Quien pretenda que los testigos no conocían al testador, por ejemplo, o que no eran sordos, que no sabían leer y escribir, que no eran mayores de edad, o tuvieran un impedimento para declarar en todo juicio, etc., o cualquier defecto sancionable con la nulidad, deberá probarlo.

La frase que utiliza nuestro art. 1027 se refiere por cierto a las solemnidades como ser escritura pública, intervención de funcionario público, presencia de testigos, etc., pero no puede entrarse a probar que además éstos cumplían los requisitos legales, pues constituiría un engorro insuperable. Lo que quiso decir el Código es que deben establecerse las que es posible comprobar sin mayor examen a través de la legislación, esto es, que fue otorgada por la autoridad correspondiente y cumpliéndose los requisitos generales del instrumento.

Por ello mismo excluyó los testamentos verbales.

Como lo dice el Ministro Sr Sergio Muñoz en la sentencia de la Exma Corte Suprema de 31 de octubre de 2007, acompañada por el propio reclamante, citando el propio Sr Muñoz tal mi libro sobre “Las Obligaciones”, págs. 148 y 149: “un aspecto es la solemnidad, y otro es la manera como se prueba su concurrencia”.

Esta frase resume plenamente la razón del rechazo de la nulidad invocada en este caso.

### **CAPITULO TERCERO CONCLUSION**

El testamento examinado no presenta vicios de nulidad que puedan establecerse sin prueba judicial.

No adolece de los vicios de nulidad que plantea el reclamante, pues no es obligación ni en la legislación venezolana vigente en la época ni en la chilena actual que el funcionario público deje las constancias que se le exigen por quien invoca la nulidad.

Cualquier defecto de los testigos, si los hay, deberá establecerse judicialmente.

Es todo cuanto puedo informar a Uds.

Agradeciendo la confianza depositada en el suscrito, les saluda atte.

**René Abeliuk Manasevich**  
**Abogado**