

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXIII OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1955 N.º 94

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

ROLANDO MERINO REYES
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
ESTEBAN ITURRA PACHECO



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

LEOPOLDO RATHGEB

APERTURA DE TESTAMENTO

Apelación de incidente

**ACTUACIONES JUDICIALES — COMPETENCIA — TRIBUNAL COMPE-
TENTE — VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES — AUTORI-
ZACION DEL SECRETARIO DEL TRIBUNAL — FUNCIONES DE LOS
SECRETARIOS — CODIGO ORGANICO DE TRIBUNALES — LEYES DE
PROCEDIMIENTO — DISPOSICIONES DE ORDEN PUBLICO — NORMAS
IRRENUNCIABLES — INTERES DE LAS PARTES — MINISTRO DE FE —
MINISTERIO DE LA LEY — VOLUNTAD DE LAS PARTES — ARBITRIO
JUDICIAL — ALTERACION DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO —
SANCION — NULIDAD — NULIDAD DE LO ACTUADO — NULIDAD
PROCESAL — INDEFENSION DE LAS PARTES — PERJUICIO DE LAS
PARTES — TESTAMENTO — TESTAMENTO SOLEMNE — TESTAMEN-
TO SOLEMNE CERRADO — APERTURA DE TESTAMENTO CERRADO
— DILIGENCIA DE APERTURA DE TESTAMENTO — INEFICACIA DE
LA DILIGENCIA DE APERTURA DE TESTAMENTO — VALIDEZ DEL
TESTAMENTO — OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO — NULIDAD
DEL TESTAMENTO — JURISDICCION VOLUNTARIA — ASUNTOS NO
CONTENCIOSOS — GESTIONES DE JURISDICCION VOLUNTARIA —
INCIDENTE — INCIDENTE DE NULIDAD DE APERTURA DE TESTA-
MENTO — INCIDENTISTA — ARTICULISTA — OPOSICION — LEGITIMO
CONTRADICTOR — RESOLUCIONES PENDIENTES — TRANSFORMA-
CION DE UN NEGOCIO NO CONTENCIOSO EN CONTENCIOSO.**

**DOCTRINA.— Toda actua- validez se exige la correspondien-
ción judicial debe realizarse an- te autorización del funcionario
te Tribunal competente y para su llamado a dar fe o certificado de**

su existencia, funcionario que no es otro que el Secretario del Tribunal, de acuerdo con la regla general contenida en el artículo 379 del Código Orgánico de Tribunales, que ha sido corroborada, para el caso especial de las gestiones sobre apertura de testamento cerrado, en el artículo 871 del Código de Procedimiento Civil.

Las normas impuestas en los cuerpos legales antes citados, en cuanto señalan las funciones que corresponden a los Secretarios de los Tribunales, son de orden público y, por lo tanto, irrenunciables, ya que no miran al interés de las partes. Por consiguiente, cualquiera declaración hecha por estas últimas que tienda a dejarlas sin efecto y a otorgar la calidad de Ministro de Fe a un funcionario diverso del señalado por la ley para autorizar una diligencia, carece de valor, debe tenerse como no escrita y no puede privar al Secretario de las atribuciones que por ministerio de la ley le han sido encomendadas.

Si bien las leyes de procedimiento son de orden público, razón por la que ellas deben cumplirse sin considerar la voluntad o aquiescencia de las partes o el arbitrio del juez, la decisión acerca de la nulidad de lo actuado, cuando se ha llevado conforme a un procedimiento diverso del es-

tablecido por la ley, depende principalmente de que se compruebe en autos que tal procedimiento distinto trajo como consecuencia la indefensión de alguna de las partes o el perjuicio de ellas.

Si del examen de autos se desprende que las diligencias sobre apertura de un testamento cerrado a que ellos se refieren no habrían acarreado perjuicio alguno a la parte que formula reclamo respecto de las mismas, aun cuando se estimara que tales diligencias de apertura carecen de validez, ello no permite sostener que la falta de eficacia de esas diligencias acarree consecuencias en cuanto a la validez de las gestiones que dicen relación con el otorgamiento del testamento mismo, toda vez que en Derecho Procesal la ineficacia de una diligencia judicial no acarrea la nulidad del acto o contrato a que ella se refiere.

No puede estimarse que por el hecho de haber pedido uno de los herederos testamentarios que se anule la diligencia sobre apertura del testamento, diligencia que constituye una gestión de jurisdicción voluntaria, se haya hecho oposición al acto y, consiguientemente, el asunto se transforme en contencioso, ya que —si bien no puede negarse que el incidentista

APERTURA DE TESTAMENTO

667

es heredero y que, por lo tanto, asume la calidad de legítimo contradictor—, la materia de que se trata no faculta la transformación del negocio en contencioso, porque, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, para que tal situación se opere es menester que se encuentre pendiente la resolución de la solicitud presentada, circunstancia que no ocurre en la especie en que el peticionario, según aparece de autos, solicitó la diligencia de apertura sin oposición alguna, y ésta se efectuó con la aquiescencia del articulista, quien sólo a posteriori interpuso reclamación de lo actuado.

Sentencia de Primera Instancia

Traiguén, diecisiete de Septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Vistos y teniendo presente:

1.º) Que la parte de don Leopoldo Rathgeb ha solicitado a fojas 2 la declaración de nulidad de todo lo obrado en la gestión de apertura del testamento cerrado de don Augusto Rathgeb y la nulidad del testamento mismo si procediere en esta instancia, fun-

dándose en que dicha gestión se habría llevado a cabo con infracción a lo dispuesto en el Código Orgánico de Tribunales y en el artículo 871 del Código de Procedimiento Civil, por haberse desempeñado como actuario o ministro de fe el Notario y Conservador del departamento, don Joel Sáez Fuentealba, a quien se habría atribuido en esta forma funciones que competen exclusivamente al Secretario del Tribunal;

2.º) Que en el acta de apertura del pliego testamentario cuya copia autorizada se acompañó a fojas 10 y siguientes, se hizo la siguiente declaración: "Actúa como actuario o ministro de fe en esta diligencia el Notario titular del departamento, don Joel Sáez Fuentealba";

3.º) Que toda actuación judicial debe realizarse ante Tribunal competente y para su validez se exige la correspondiente autorización del funcionario llamado a dar fe o certificado de su existencia, funcionario que no es otro que el Secretario del Tribunal, de acuerdo con la regla general contenida en el artículo 379 del Código Orgánico de Tribunales, corroborada para este caso especial en el artículo 871 del Código de Procedimiento Civil;

4.º) Que las normas impuestas en dichos cuerpos legales, en cuanto señalan la función que corresponde a los Secretarios, son de orden público y por lo tanto irrenunciables, ya que no miran al interés individual de las partes. En consecuencia, cualquiera declaración, como la contenida en el acta aludida, que tiende a dejarlas sin efecto y a otorgar la calidad de ministro de fe a un funcionario diverso del llamado por la ley para autorizar la actuación, carece de valor, debe tenerse como no escrita y no puede privar al Secretario de las atribuciones que por ministerio de la ley le han sido encomendadas;

5.º) Que es un hecho indubitado y que no ha sido objeto de controversia, que don Herman González Sánchez, quien se desempeñaba como Secretario Subrogante al tiempo de realizarse la diligencia cuya nulidad se solicita, asistió a ella y estampó su firma al pie del acta respectiva; así consta también de la copia autorizada que rola a fojas 10 y siguientes en la que se lee la firma H. González S. y del certificado de fojas 29 vuelta;

6.º) Que esta actuación no puede sino interpretarse como el ejercicio de las funciones que legiti-

mamente le corresponden y de las que no pudo ser despojado por la declaración analizada. Con ella se han cumplido sobradamente las exigencias legales y se han llenado las formalidades establecidas para resguardar la institución testamentaria y la voluntad del testador.

Por estas consideraciones, y atendido además lo dispuesto en las disposiciones legales citadas, se declara que se desecha el incidente promovido a fojas 2 por la parte de don Leopoldo Rathgeb, con costas.

Maria Aichele H.

Pronunciada por la señorita Juez titular del departamento, doña Maria Aichele Hohmann. — Herman González Sánchez, Secretario Subrogante.

Sentencia de Segunda Instancia

Temuco, once de Noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Vistos y teniendo además presente:

1.º) Que si bien las leyes de procedimiento son de orden pú-

APERTURA DE TESTAMENTO

669

blico, razón por la que ellas deben cumplirse sin considerar la voluntad o aquiescencia de las partes o el arbitrio del juez, la decisión acerca de la nulidad de lo actuado, cuando se ha llevado conforme a un procedimiento diverso del establecido por la ley, depende principalmente de que se compruebe en autos si tal procedimiento distinto trajo como consecuencia la indefensión de alguna de las partes o el perjuicio de ellas, y en el caso presente de la que formuló el reclamo;

2.º) Que del simple examen de los autos se desprende que las diligencias de apertura del testamento a que ellos se refieren no habrían acarreado perjuicio alguno al incidentista, puesto que, aun cuando se estimara que el Secretario Subrogante del Juzgado no actuó en su carácter de tal, tal vicio sería necesariamente de orden procesal, y, si bien es verdad que el interesado solicitó la declaración de ineficacia de tal acto, también lo es que la falta de validez de la diligencia de apertura no puede estimarse que acarree consecuencias en cuanto a la validez de las diligencias que dicen relación con el otorgamiento del testamento, toda vez que en Derecho Procesal la ineficacia de una diligencia judicial no acarrea

la nulidad del acto o contrato a que se refiere;

3.º) Que, por consiguiente, no podría estimarse que en la diligencia de apertura de que se trata hubiera habido omisión de las formalidades exigidas por la ley para tal clase de actos, ya que ellas se han realizado integralmente, cumpliéndose el propósito de la ley, cual es de que con tales diligencias se asegure la autenticidad del testamento, razón por la que exige, en cuanto es posible, la presencia de las mismas personas que asistieron al acto del otorgamiento a fin de que los testigos reconozcan su firma y la del testador, abonen la de los ausentes y declaren si en su concepto el testamento está sellado y marcado como en el acto de su entrega, posibilidad que incluye la de la presencia del mismo Notario que asistió al acto del otorgamiento, haya o no conservado su investidura, siendo un hecho del proceso que incluso estuvo presente en la apertura del testamento el Notario Suplente, abogado don Darío Osorio Arellano, en forma que si no hubiere asistido el titular señor Joel Sáez, de todos modos el acto habría sido válido, por la circunstancia antes anotada, de modo que el hecho de que se hubiera dejado constancia en

el acta de apertura de que este último funcionario actuaba como ministro de fe, en ningún caso una mera declaración de tal naturaleza podía quitar al Secretario Subrogante su carácter de tal, o sea, de verdadero actuario o ministro de fe del acto;

3.º) Que, por otra parte, no se divisa en qué forma podría estimarse que, por tratarse de una gestión de jurisdicción voluntaria, por el hecho de haber pedido uno de los herederos en el testamento la nulidad de lo obrado debería estimarse que se ha hecho oposición al acto, ya que para que tal ocurra, si bien no puede negarse que el incidentista es heredero y que, por lo tanto, asume la calidad de legítimo contradictor, la materia de que se trata no faculta la transformación del negocio en contencioso, porque, de acuerdo con el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, para que tal situación se opere es menester que se encuentre pendiente la resolución de la solicitud presentada, lo que no ocurre en la especie en que el peticionario solicitó la diligencia de apertura sin oposición alguna, aquélla se realizó con la aquiescencia del articulista con fecha once de Enero último y sólo con fecha dos de

Marzo vino a reclamar de lo actuado;

4.º) Que, por otra parte, el recurrente así creyó entenderlo desde que formuló su petición en forma incidental, es decir, remitiéndose más bien al aspecto procesal de la cuestión que al substancial, como sería la referente a la nulidad del testamento mismo, ya que así lo deja ver al solicitar, como petición segunda de su libelo de fojas 2, la nulidad del testamento "si procediere en esta instancia", vale decir, en dicha incidencia.

Se confirma la resolución apelada de fecha diecisiete de Septiembre último, escrita a fojas 33, con costas.

Agréguense los impuestos antes de notificar. Devuélvase.

Redacción del Ministro señor Contreras Fuentes.

Oscar Gajardo Rubio — Héctor Puebla Avaria — Rómulo Contreras Fuentes.

Pronunciada por los señores Presidente de la Ilustrísima Corte, don Oscar Gajardo Rubio y Ministros titulares don Héctor Puebla Avaria y don Rómulo Contreras Fuentes. — Alfonso Aguirre H., Secretario.