

CAPITULO II.

DEL TESTAMENTO POR ACTO PUBLICO

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL: MORENO DUBOIS, Eduardo "El requisito de la expresión de la edad de los testigos del acto en el testamento por acto público. Su correcta hermenéutica", LL 130-649; LAGE, Eduardo "El testamento por acto público otorgado en lengua extranjera", LL 69-790; FERRER, Francisco "Interpretación del art. 3652 del Cód. Civil y su nota", JA 1980-2-44; FERRARI CERETTI, Francisco "Acerca del cumplimiento del requisito esencial de la firma por quien se encuentra imposibilitado de hacerlo en el testamento por acto público", JA 1980-IV-701; DIAZ DE GUIJARRO, Enrique "La declaración del testador que no puede firmar el testamento por acto público", JA 51-204; FERRER, Francisco "Sobre algunas cuestiones testamentarias", JA 1982-III-GUASTAVINO Elias " La presunción de fraude de los testigos testamentarios" JA 1965-II-299

Art. 3651 El sordo, el mudo y el sordomudo, no pueden testar por acto público.

Conc. arts. 54, 153, 1000, 3617, 3624, 3665, 3668, 3669

Fuente Art 972 Código Francés y 570 Anteproyecto de Garcia Goyena.

1- Fundamento

a-El mudo

La prohibición de que el mudo teste por acto público tiene fundamento en el derecho francés donde el testador debe dictar el testamento. Así lo señalan Ripert y Boulanger al decir: " Como el testamento debe ser dictado por el testador al notario que lo escribe, el mudo no puede testar en forma auténtica"¹.

Pero carece de razón de ser en nuestro derecho donde no se requiere que el causante dicte el testamento, ya que puede entregar sus instrucciones por escrito conforme lo dispuesto por el art 3656 del mismo cuerpo legal.

b-El sordo

La prohibición de que el sordo teste por escritura pública se fundamenta en que el testamento debe serle leído al testador, quien no lo podría escuchar de haber perdido tal sentido. Pero carece de razón cuando el testador puede leerlo no obstante que no lo pueda escuchar.

En el derecho francés no existe impedimento para que el sordo pueda testar por instrumento público². Esta incapacidad se suprime en el anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto del 36, y se mantiene solamente para los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito.

Art. 3652 El ciego puede testar por acto público

Conc. arts. 3606, 3624,3662.

1- El ciego puede negarse a firmar.

El codificador prefirió aclarar que el ciego puede testar por acto público. La mayoría de la doctrina concuerda en afirmar que aunque el ciego sepa firmar puede negarse a hacerlo, siendo válido sin ese requisito, ya que al no ver compromete su responsabilidad porque no sabe el lugar exacto donde coloca la firma, ni tiene el pleno conocimiento de lo que se firma.³

Art. 3653 El escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y

en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento.

Conc. arts 985, 3664.

1- Los parientes - clases

Con la equiparación de la familia matrimonial y extramatrimonial ha de concluirse que ni los parientes legítimos, ni los extramatrimoniales en línea recta, ni en línea colateral hasta el tercer grado pueden actuar como escribanos en el testamento abierto.

La sanción por el incumplimiento consiste en la nulidad del testamento.

La norma contenida en este artículo es más amplia y más severa que la establecida en el art. 985 del Cód. Civil, y rige en su lugar por tratarse de una ley especial que prima sobre la general.

Art. 3654 El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar.

Conc arts. 990, 991, 3655, 3656, 3696 a 3709

1 - Concepto

El testamento por acto público es el otorgado por el testador ante escribano mediante documento público y con la presencia de tres testigos.

A este tipo de testamento también se lo denomina “testamento notarial,” “testamento auténtico,” “testamento por escritura pública” y “testamento abierto” (art. 3637 y 3678).

2 - Ventajas y desventajas

Las principales ventajas son: 1) que brinda mayor seguridad de que el testamento no va a ser destruido; 2) permite testar a quien no sabe leer ni escribir; 3) goza de la presunción de autenticidad del instrumento público.

Sus desventajas radican en que: 1) son conocidas ante de la muerte todas las disposiciones de última voluntad, 2) puede ser declarado nulo por incumplimiento de formalidades, 3) en caso de ser declarado nulo, no vale como testamento ológrafo porque no ha sido redactado de puño y letra por el testador, 4) es más cara que las otras formas de testar.

3 - Residencia de los testigos

Se requiere que los testigos habiten en el mismo municipio, si bien el art. 3654 se refiere a “lugar”, el art. 3655 se refiere a “municipio”, por lo que hay que entender que el lugar a que hace referencia el art 3654 es el municipio. Se trata de una exigencia tendiente a la identificación del testador, ésta podrán hacerlo quienes residan en el lugar aunque tengan su domicilio en otra parte.⁴

Art. 3655 En los pueblos de campaña y en la campaña, no habiendo escribano en el distrito de la municipalidad donde se otorgare el testamento, debe éste ser hecho ante el juez de paz del lugar y tres testigos residentes en el municipio. Si el Juez de paz no pudiese concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la municipalidad con tres testigos.

Conc. arts. 3672, 3689, 3690

1 - Fundamento.

Conforme surge del art. anterior, el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar, sólo en circunstancias especiales se puede recurrir a la intervención de otro funcionario, así por ejemplo, los Jueces de Paz de campaña pueden autorizar testamentos cuando en la localidad no existe registro notarial.⁵

La norma estaba pensada a fines del siglo pasado para un país muy grande y

despoblado, en el cual existían muchas comunidades donde no había notarios y era más común encontrar un Juez de Paz o las autoridades de lo que antes eran los cabildos, que a un escribano. Pero no corresponde a nuestra realidad actual.

2-Juez de Paz

La norma no diferencia entre juez de paz lego o letrado, en general se dictara frente a un Juez de Paz Lego porque en los distritos donde existe Juez de Paz Letrado también existe escribano.

3- Miembros de la Municipalidad.

La norma aclara que si el Juez de Paz no pudiese concurrir el testamento debe hacerse ante algunos de los miembros de la municipalidad. Algunos autores entienden que “miembro de la Municipalidad” es cualquier “empleado” de la misma ⁶. Mientras que otro sector de la doctrina entiende que solo se puede realizar el testamento ante un “funcionario municipal que tenga funciones fedantes”.⁷ y hay quienes sostienen que al decir “miembro de la Municipalidad” se refiere a “funcionario municipal”⁸

Art. 3656 El testador puede dictar el testamento al escribano, o dárselo ya escrito, o sólo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria.
Conc. arts. 998 a 1000, 3619, 3657, 3658, 3663, 3666

1 - Principios generales

No es necesario que quien testa dicte sus designios al escribano palabra por palabra, siendo suficiente que aquél exprese su voluntad en forma clara y espontánea, sin contestar a un interrogatorio, a fin de que el notario lo redacte en la forma ordinaria. No es imprescindible la presencia de testigos cuando el testador hace el dictado o imparte sus instrucciones, que pueden ser verbales, ni tampoco cuando el escribano redacta el testamento; y es inclusive conveniente que las instrucciones al escribano, sean recibidas por éste a solas, a fin de asegurar la espontaneidad de los deseos del testador.⁹

El art. 3656 del Cód. Civil, a diferencia de su antecedente el 972 del Cód. Francés, no dispone que el testamento deba ser escrito tal como ha sido dictado, por lo que basta que las disposiciones consignadas respondan a previas instrucciones verbales impartidas por el testador, y que éste las ratifique una vez que le hayan sido leídas.¹⁰

Art. 3657 El escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia y edad, si ha hecho el testamento, o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones.

Conc. arts. 1001, 1004, 3643, 3644, 3656, 3658, 3661, 3697, 3705.

1 - Enunciaci3nes que debe contener el testamento

a) lugar de otorgamiento

La falta de especificaci3n del lugar de otorgamiento influye en la validez del testamento, pues su omisi3n acarrea su nulidad que sólo podr3a salvarse por la aclaraci3n hecha en el curso de las disposiciones.¹¹

El lugar tambi3n sirve para determinar la competencia del escribano autorizante y para determinar la legislaci3n por la cual ha de regirse el testamento.

b) La fecha

La fecha debe establecer el d3a, mes y a3o rigiendo en lo pertinente los arts. 1001 y 1004 del C3d. Civil.

c) nombre y firma del escribano y del testador

El testamento debe contener el nombre y firma del escribano y del testador; si éste último no supiera o no pudiera firmar, se aplica en lo pertinente los arts. 3660, 3661 y 3662 del Cód. Civil.

d) Nombre, residencia y edad de los testigos

El nombre de los testigos es un requisito esencial, aunque se ha resuelto que no afecta la validez del testamento las circunstancias de que el segundo nombre del testigo se enunciara sólo con la inicial.¹²

En cuanto a la edad se ha resuelto que aunque ésta no se consigne exactamente, si se dice que es mayor de edad o se hace constar el número de documento de identidad, el testamento no es nulo.¹³

La Suprema Corte de Buenos Aires ha considerado que basta con la expresión que los testigos son hábiles a los fines de la validez del testamento.¹⁴

Quien pretende la nulidad de un testamento por falta de consignación de la edad exacta de los testigos, incurre en abuso del derecho conforme a lo dispuesto al art. 1051 bis del Cód. Civil.

e) Consignación sobre si el escribano ha hecho el testamento o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones

Este requisito referente a si las instrucciones han sido entregadas verbalmente o por escrito al escribano no hace a la nulidad del testamento, pues lo contrario implicaría un exceso rigor manifiesto. Sostiene Fassi que se trata de una mención superflua pues concierne a la etapa de preparación del testamento y toda esta etapa queda cubierta por la lectura de la escritura al testador en presencia de los testigos.¹⁵

2 - Innecesariedad de mencionar la capacidad del testador

En la nota del art. 3616 el codificador dejó aclarado que los escribanos no tienen como misión comprobar el estado mental de aquéllos cuyas voluntades redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas.¹⁶

Art. 3658 Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos, que deben verlo; y firmado por el testador, los testigos y el escribano. Uno de los testigos a lo menos debe saber firmar por los otros dos: el escribano debe expresar esta circunstancia.

Conc. arts. 1001, 1004, 3627, 3633, 3657, 3659, 3661, 3662.

1 - Lectura del testamento

La omisión de la lectura del testamento por el propio escribano no acarrea la nulidad del mismo si su texto fue leído previo el asentimiento del causante y frente a los testigos que presencian el acto ya que el art. 3658 del Cód. Civil no dispone expresamente que el testamento sea leído personalmente por el escribano y no puede pretenderse invalidar el acto en base a formas establecidas para las escrituras públicas en general (art. 1001 Cód. Civil) y no en relación al testamento por acto público, formas por otra parte no determinadas, en cuanto al desarrollo del acto bajo pena de nulidad (arg. arts. 1004, 1005 Cód. Civil)¹⁷

2 - Que los testigos vean al testador

La formalidad que los testigos vean al testador debe considerarse cumplida aun cuando no se exprese, si consta que el testamento fue leído al testador en presencia de los testigos, ello implica que éstos lo han visto.

3 - Conocimiento del testador por el escribano

No invalida el testamento la circunstancia que no se haga constar que el escribano conoce al testador.

Art. 3659 Si el testador muriere antes de firmar el testamento, será éste de ningún valor aunque lo hubiere principiado a firmar.

Conc. arts. 3633, 3658, 3662

Art. 3660 Si el testador sabiendo firmar, dijere que no firmaba el testamento por no saber firmar, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a su ruego por alguno de los testigos, o por alguna otra persona.

Conc. arts. 3661, 3662

Art. 3661 Si el testador no supiese firmar, puede hacerlo por él, otra persona o alguno de los testigos. En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar.

Art. 3662 Si el testador sabe firmar y no lo pudiere hacer, puede firmar por él otra persona, o uno de los testigos. En este caso, dos de los testigos por lo menos deben saber firmar. El escribano debe expresar la causa por qué no puede firmar el testador.

1 - Imposibilidad de firmar por no saber hacerlo

En el supuesto en que el testador no supiera firmar pueden firmar por él otra persona o un testigo. Si uno de los testigos firma por el testador se aumenta a dos el número de testigos que deben saber firmar.

2 - Testador que no firma sabiendo hacerlo

Conforme a lo dispuesto por el art. 3660, si el testador no firma sabiendo hacerlo el testamento es nulo, salvo que se trate de un ciego, conforme a lo expuesto al tratar el art. 3652.

Si embargo nuestra jurisprudencia registra un antiguo caso en el cual se aceptó la validez del testamento no firmado por quien sabía hacerlo porque se acreditó que no acostumbraba a firmar.¹⁸

3 - Testador que no firma por una incapacidad

Si el testador no firma por encontrarse incapacitado de hacerlo es conveniente dejar constancia lo más detalladamente posible de cuál es la imposibilidad que lo aqueja, y que esta es alegada por el testador, para evitar futuros planteos de nulidad.

La nota al art 3662 dice que la declaración de no saber firmar o de no poder hacerlo debe ser mencionada en la escritura. La interpretación del art. y de su nota divide a la doctrina y a la jurisprudencia, porque mientras algunos ateniéndose al texto de la norma entienden suficiente que el escribano consigne " que el testador no puede firmar por no poder hacerlo"¹⁹ otros sujetándose a la nota puesta por el codificador señalan que en la escritura debe constar que " la imposibilidad resulta de una declaración del testador al escribano"²⁰

Jurisprudencialmente se ha aceptado que se cumple con el requisito de expresión de causa en la firma a ruego de un testamento por acto público (art. 3662, Cód. Civil), si media declaración del testador en la que expone su impotencia física para poder firmar, sin necesidad de que se la especifique, si aparece indudable su voluntad de disponer y su consentimiento al acto. Lo que es esencial en nuestro derecho es no la especificación de la causa del impedimento físico, ni aun la realidad de éste, sino la autenticidad de la declaración del testador por acto público, de que no firma alegando un padecimiento de ese orden.²¹

Art 3663 Si el testador no puede testar sino en un idioma extranjero se requiere la presencia de dos interpretes que harán la traducción al castellano, y el testamento debe en tal caso escribirse en los dos idiomas. Los testigos deben entender uno y otro idioma.

1- Testamento en idioma extranjero.

Para que el testador pueda testar en idioma extranjero son necesarios los siguientes requisitos:

a) Que no pueda expresarse correctamente en idioma nacional.

Si el testador conociera perfectamente el idioma castellano y pudiera expresarse y escribir en el no podía testar en idioma extranjero, forma reservada para quien no pudieran hacerlo en idioma nacional.

b) Dos interpretes

El código exige que dos interpretes distintos traduzcan el testamento al idioma castellano y lo escriban en el idioma elegido. En doctrina se ha sostenido que no es necesario que los interpretes sean traductores públicos, porque la norma no lo exige²². Pero en la actualidad hay que tener en cuenta que la Cámara Nacional civil por fallo plenario ha sostenido que “ a los efectos de reglamentar quienes se encuentran en condiciones de traducir al idioma patrio los documentos extranjeros que se presenten a los tribunales de la jurisdicción, se ordena que deberán ser traducidos exclusivamente por traductores públicos nacionales inscriptos en la matrícula respectiva”.²³

c) los testigos deben entender los dos idiomas.

En el caso de los testigos no se requiere que sean traductores matriculados, basta con que entiendan los dos idiomas.

d) El testamento debe ser escrito en los dos idiomas.

En este supuesto la solución es diferente a la dada por el art 999 del Código Civil con respecto a las escrituras hechas en idioma extranjero, en las que la escritura se hace en el idioma patrio en base a una minuta realizada en idioma extranjero. En el caso de los testamentos la escritura se hace en idioma patrio y extranjero, con la firma del testador, el escribano, los testigos y aunque la ley no lo diga con la firma de los interpretes.

2 Divergencias entre ambas versiones.

El codificador ha pretendido evitar que existieran divergencias entre el testamento redactado en idioma extranjero y su traducción, de allí que exija la presencia de dos interpretes y de que los testigos entiendan la lengua extranjera, pero si las hubiera habría que estar a la versión extranjera, y tal diferencia no podría acarrear la nulidad.²⁴

Art 3664 El escribano y testigos en un testamento por acto público , sus esposas y parientes afines dentro del cuarto grado no podrán aprovecharse de lo que en el se disponga a su favor.

Conc 985,3653,3702,3706, 3707, 3733.

1-Prohibición

La prohibición es por demás extensas por cuanto no solo no pueden beneficiarse con el testamento los escribanos intervinientes, tampoco pueden hacerlo los testigos, sus respectivas cónyuges y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o de afinidad inclusive.

Guastavino sostiene que en el caso de los cónyuges y de los parientes no sería un supuesto de incapacidad, sino una presunción que puede desvirtuarse con una prueba contraria.²⁵ Siguiendo esta postura doctrinal jurisprudencialmente se ha admitido que” la nulidad de las disposiciones testamentarias en favor del escribano, testigos o sus esposas o parientes hasta el cuarto grado se funda en una presunción de captación de voluntad del autor que puede ser objeto de la prueba en contrario por la cual se acredite que no ha mediado tal influencia o aprovechamiento²⁶

2- Validez del testamento.

La existencia de vínculos de parentesco entre el testador y el escribano o los testigos, sus cónyuges o sus parientes beneficiados en el testamento no anula el testamento sino que implica la caducidad de la disposición.

3-Posibilidad de ser albacea

En doctrina se critica la posibilidad de que el escribano que no puede beneficiarse con el testamento pueda ser designado albacea con derecho a percibir la comisión.

(Footnotes)

¹RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean “ Tratado de derecho civil”Traducción de la Dra Delia Garcia Daireaux, ed LL, Bs As 1965, T X, primer vol, p 304.

²Ripert- Boulanger ob. cit p 306

³PEREZA LASALA, José Luis “Derecho de Sucesiones” Vol II, p. 350, BORDA , ob cit N 1193 y Fornieles N 264

⁴ - Conf. Machado, ob. cit. p. 16, CNApel. Bahía Blanca, 8-3-38, LL, 11-856

⁵ - SCBs. As., noviembre 15-979 -Quevedo Ciriaco- LL XL, J-Z, 2506, sum. 147

⁶PEREZ LASALA, ob cit. T II, p. 362

⁷ZANNONI, Eduardo ,” Derecho de Sucesiones” T II, p.373

⁸GOYENA COPELLO Héctor “ Tratado del derecho sucesorio” T II, p 116.

⁹ - CCivil y Com. Junín, febrero 27-991 -López de Miranda, Ludivina c/Benito, Manuel- DJ, 1991-I-995

¹⁰ - C2da. Apel, San Nicolás, abril 11-979 -Terzi Fernando c/Corradi José suc.- Rev. LL 1979-C-123

¹¹ - Conf. Fassi, “Tratado de los testamentos”, t. 2, p. 471, N. 2043

¹² - CApel. Mar del Plata, 15-6-55, LL 79-479

¹³ - CNCiv. sala C, 13-4-1973, ED, t. 49, p. 757

¹⁴ - Moreno Dubois, Eduardo E. “El requisito de la expresión de la edad de los testigos del acto en el testamento por acto público. Su correcta hermenéutica”, LL, 130-649

¹⁵ - Fassi, ob. cit. t. 2, p. 179, N. 259

¹⁶ - CNCiv., sala B, julio 23-981 -A.P.M.A. c/L.M.O. -LL, XLII, J-Z, 2519, sum. 151

¹⁷ - C4ta. CCCórdoba, julio 25-978 -D Alessandro, Pascual y otro c/D Alessandro, Elena y otros- LL, XXXIX, J-Z, 2165, sum. 231

¹⁸ - CCiv. 5-6-1902, fallos 141-230

¹⁹FERRER, Francisco “ Interpretación del art 3662 del Código Civil y su nota” JA 1980-II-44-, N IV

²⁰FERRARI CERETTI, Francisco “ Acerca del cumplimiento del requisito esencial de la firma por quien se encuentra imposibilitado de hacerlo en el testamento por acto público “JA 1980-IV-701.DIAZ DE GUIJARRO, Enrique “La declaración del testador de que no puede firmar el testamento por acto público” JA 51-204

²¹ - C2da. Apel. San Nicolás, abril 11-979 -Terzi Fernando c/Corradi José suc- LL, 1979-C-123

²²PEREZ LASALA José Luis “ Tratado de Derecho de Sucesiones” T II , p 360

²³CCiviles en pleno 31-10-78 y 12/12/67

²⁴Conf. Borda Guillermo, ob cit T II, p 267.

²⁵GUASTAVINO, Elias, “ La presunción del fraude de los testigos testamentarios” JA 1965-VI-299.

²⁶CCiv. E 29-6-65 LL 120-175 y JA 1965-I-18.