

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Confederación Argentina, t. I, pág. 244, Capítulo XIX; Reynaldo A. Pastor, Rozas. La historia que dejó escrita, pág. 155) y el violento despojo efectuado el 5 de enero de 1833 por los tripulantes de la corbeta de guerra "Clio", al mando de J. J. Onslow, no hacen sino confirmar aquellos derechos.

DERECHO NOTARIAL

REQUISITOS ESENCIALES DE FORMA DE LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS Y POR ACTO PÚBLICO(*) (150)

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Nociones preliminares. II. Formas de testar. III. Requisitos del testamento ológrafo. IV. Carácter del testamento ológrafo. V. Forma de subsanar el testamento ológrafo. VI. Testamento por acto público. 1. Requisitos esenciales y subsidiarios. 2. Formalidades sobreabundantes. 3. El oficial público autorizante. 4. Forma de ordenar el testamento. 5. Los requisitos esenciales. a) El lugar. b) La fecha. c) El nombre de los testigos. d) La residencia. e) La edad. f) Conocimiento de los testigos por el escribano. g) Mención del medio preparatorio. h) La lectura y el hecho de la visión. i) Conocimiento del testador por el escribano. j) Acto ininterrumpido. k) Firmado por el testador, los testigos y el escribano. 1) Modalidades de la firma. VII. Razonamiento final.

I. NOCIONES PRELIMINARES

En un antiguo libro Instituciones de Derecho Real de España(1)(151) del catedrático de la Universidad de Guatemala doctor José María Álvarez, que con anotaciones de Dalmacio Vélez fue utilizado en la Cátedra de la "Instituta" hasta la entrada en vigor del Código Civil, se lee:

Testamento es una legítima determinación de nuestra voluntad, por medio de la cual disponemos para después de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institución directa de heredero, o en términos más precisos: "es un sentencia de nuestra voluntad, que expresa lo que quiere se haga después de la muerte".

Esa determinación de voluntad por la legislación española(2)(152) se podía declarar o por escritura o por viva voz; si se hiciera del primer modo, se llamará escrito o cerrado; si del segundo, será nuncupativo, que también se llama abierto.

Esta segunda forma no fue aceptada en el Código por Vélez Sársfield; así en el art. 3607, dice:

El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

después de su muerte.

En la nota precisa más el concepto:

La escritura es un elemento constitutivo del testamento mismo.

Los intérpretes, siguiendo el derecho romano, llamaban testamento nuncupativo al testamento hecho de viva voz.

Aunque esta forma puede ofrecer ciertas ventajas, no la admitimos, dice el codificador, porque juzgamos imprudente autorizar a los moribundos a confiar sus últimas disposiciones, comúnmente muy importantes, a la incertidumbre o la fragilidad de la memoria de los testigos, cuando sean muchas las disposiciones del testador, y a todos los peligros de la prueba testimonial.

Y más concluyente es la nota al art. 3632:

"No reconocemos en virtud de este artículo, los codicilos que sólo se fundaban en las costumbres romanas y en leyes especiales, ni los comunicatos secretos y verbales de que tanto se ha usado y abusado en el país".

Queda claro que la escritura es un elemento esencial del testamento en nuestro derecho.

Sostiene Alvarez que todas las solemnidades que las leyes exigen se deben guardar en el testamento; si una se omite, el testamento es injusto o nulo.

Estas solemnidades las introdujeron las leyes, y éstas, por ser derecho público, no pueden mudarse por voluntad de los particulares.

Por solemnidades entendemos ciertos requisitos esenciales que las leyes, de ninguna suerte, quieren que se omitan en el testamento, y la razón por que las exigen está fundada en que no hay cosa que más deseen los hombres que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay más expuesto a fraudes y trampas que el testamento; impedir, pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos, para que no sea fácil fingir un testamento, fabricarle o corromperle.

La antigua ley española(3)(153)permitía dejar a otros la facultad de testar.

A este fin el poder debía ser dado con las mismas solemnidades de los testamentos, de otro modo no hacía fe en juicio.

El que da poder debía nombrar a los que quiere que se instituyan por herederos, y decir especialmente los objetos del poder; y el apoderado o comisario, como le llaman las leyes, no puede hacer más que lo que en él se le manda.

Nuestro Código no admite esta clase de delegación; al respecto el art. 3619 dispone que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador.

Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

La nota es concluyente y aclara el concepto: "Revocamos por este artículo todas las leyes recopiladas que disponen sobre el poder para testar, y el modo de ejercerlo por el comisario".

Por tanto, carece de validez el mandato que se otorgue a un tercero para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

testar.

Los habitantes, sean nacionales o extranjeros, tienen plena facultad para usar y disponer de sus bienes, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, por mandato constitucional (arts. 14 y 20).

Este derecho se prolonga más allá de la vida del "ente persona" cuando la voluntad se manifiesta por testamento (Cód. Civil, arts. 947 y 952).

El codificador ha calificado con ese nombre a todos los actos de última voluntad, revestidos de las formalidades necesarias para su validez, establece el Cód. Civil (arts. 3606 y su nota, 947 y 3634).

Desde que para tener validez debe estar ajustado a las solemnidades que prescribe la ley (art. 3632).

Así, un escrito aunque estuviere firmado por el testador, si no está revestido de las formalidades requeridas para los testamentos, será de ningún valor.

Como se dice en la nota: "No reconocemos en virtud de este artículo los codicilos que sólo se fundaban en las costumbres romanas y en leyes especiales".

Es que como se sostiene en la nota al art. 3622, las formalidades testamentarias no son prescriptas como pruebas sino como requisito de carácter esencial.

De manera que el acto que no se acomoda a las formalidades establecidas por la ley, carece de validez.

Se sigue aquí la norma general del art. 1183: cuando la forma fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciere en otra forma.

II. FORMAS DE TESTAR

El art. 3622 dispone que las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado.

Las formalidades que deben cumplirse son las vigentes en el domicilio del testador al tiempo de hacerse el testamento (arts. 12, 950 y 3625).

Una ley posterior no trae cambio alguno, ni en favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea promulgada en vida del testador.

Así es como el codificador afirma: "un testamento ológrafo hecho antes de la sanción de este Código, sería de ningún valor en la República, aunque después de sancionado quedare legalizada la forma ológrafa".

Algunos autores como Fornieles(4)(154)sostienen que este artículo adopta la regla tempus regit actum, expuesta por Savigny (parágrafo 343, N° 5, t. 8, pág. 456), a pesar de que hay muy buenas razones para no darle un valor absoluto, pues con el objeto de mantener los actos jurídicos conviene admitir la validez del testamento, si la forma, insuficiente en su origen, es reconocida como bastante por la ley nueva.

Es oportuno señalar aquí que el testamento ológrafo carecería de valor en el Uruguay, puesto que su Código Civil (art. 753 del de 1868 y art. 76 del de 1893) sólo admite el testamento solemne abierto o cerrado ante escribano.

La determinación de la voluntad debe ser un acto esencialmente libre, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuyo motivo el testamento no puede ser hecho en el mismo acto por dos o más personas, sea a favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua, dispone el art. 3618.

La prohibición sólo comprende el testamento que se otorgue en un "mismo acto", pero no existe impedimento para que separadamente dos o más personas convengan disponer, cada una por su parte, a favor de un tercero o a favor del uno y del otro.

La nota del legislador es suficientemente explicativa en ese sentido. La apretada exposición de las normas genéricas que preceden rige para cada una de las formas admitidas por el codificador para dejar sentada la voluntad del testador.

A los efectos de concretar esa voluntad se han establecido dos grupos principales.

En épocas normales, existen tres clases, precedentemente enunciadas: ológrafo, por acto público, cerrado (art. 3622).

En ocasión de acontecimientos extraordinarios o en épocas de guerra, los arts. 3672 a 3689 contemplan los testamentos especiales.

En cuanto a la naturaleza y extensión de las disposiciones que contengan, los testamentos del primer grupo están sometidos a las mismas reglas y gozan de la misma eficacia jurídica (art. 3623).

Pero, en cuanto a la forma, el art. 3626 dispone que: la establecida para una especie no puede extenderse a los de otra especie.

Así, verbigracia, no se pueden aplicar las normas relativas a la firma de los testamentos cerrados u ológrafos lo que se dispone para los testamentos por acto público, que pueden serlo a ruego por un tercero.

III. REQUISITOS DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

El testamento ológrafo, a pesar de la aparente sencillez de sus normas, ha sido causa de numerosos conflictos.

La causa de ello debe verse en el hecho de no requerir la intervención de profesional especializado.

Debe ser confeccionado unilateralmente por el propio disponente. carente en absoluto, en la generalidad de los casos, de preparación jurídica.

Además, la emoción del momento de su redacción también contribuye.

Tres requisitos, todos esenciales, requiere la ley para que sea válido en cuanto a sus formas:

a) ser escrito todo entero; b) fechado; y c) firmado, todo ello por la misma mano del testador.

La falta de alguna de esas formalidades, dispone el art. 3639, lo anula en todo su contenido.

Es una sanción muy severa, pero justificable por los peligros que ofrece.

El cumplimiento de esas formalidades impuestas por la ley es de aplicación estricta.

La Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala I, con fecha 20/9/38 (L.L., 12 - 83) ha declarado que ellas no han sido prescriptas como prueba sino como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una forma esencial, y por tanto la falta de una sola es causa de su anulación. La ley quiere que sea un acto separado de otros escritos (art. 3648).

Pero, no prohíbe que se escriba en los libros o papeles del testador que contengan otros apuntes, con tal que esté separado de éstos, ha resuelto la Cámara Civil 1ª de la Capital, el 28/9/37 (L.L., 8 - 296).

Las cartas, si reúnen los requisitos de los arts. 3607 y 3639, no obstante lo dispuesto por el art. 3648, pueden ser admitidas, ha dicho la Cámara Civil 2ª de la Capital, el 8/4/40 (L.L., 18 - 828).

Por el contrario, la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (J.C., IV - 355), con fecha 15/12/44 estableció por mayoría de votos que: "El art. 3648 condena no sólo las disposiciones testamentarias mencionadas incidentalmente en el curso de una carta, por expresas que sean esas disposiciones, y aunque no pueda dudarse de la voluntad del testador de disponer de sus bienes para después de su muerte".

Es que como dice el codificador en la nota al art. 3639, "El artículo no dice que todo acto escrito, datado y firmado por su autor será un testamento válido, sino que «todo testamentos» escrito, datado y firmado por el disponente será válido".

Es preciso, pues, que haya un testamento. un propósito manifiesto de testar y una disposición de todo o parte de los bienes que dejará después de sus días.

Lo que confirma la interpretación jurisprudencial: "cuando la carta contiene el propósito deliberado y manifiesto del autor de disponer de sus bienes post mortem, si reúne los requisitos de los artículos 3607 y 3639, debe ser aceptado como testamento válido".

Los formularios o modelos han sido admitidos, teniendo en cuenta la escasa instrucción de parte de la población, pudiendo valerse el disponente de un formulario o modelo de testamento, siempre que comprenda lo que escribe, ha resuelto la Cámara Civil 1ª de la Capital, en fallo de 16/5/52 (J. A., 38 - 209).

Para Machado(5)(155), no es necesario averiguar si redactó el testamento por sus propias expresiones o si fue dictado por un tercero.

Tobal dijo en la sentencia (J. A.. 38 - 238) que el vicio no estriba en que el testamento hubiera sido copiado de un modelo, sino que la fallo se encuentra en la imposibilidad de que la testadora, sin ese modelo, hubiera podido expresar por sí misma, y por escrito, su deseo de favorecer a la heredera con la institución hereditaria, porque sus cartas son documentos irrefutables, que demuestran esa imposibilidad.

El camarista doctor Barraquero, un admirable nonagenario que vive y ha sido escribano, abogado y magistrado, dijo en la misma oportunidad: "cumple ser anulado el testamento de un sordomudo, aunque la escritura sea obra física y material del testador, si se demuestra que no ha gozado de capacidad intelectual suficiente para comprender la significación de las palabras, que ha copiado de un modelo dado por un tercero".

El lugar no tiene obligación de consignarlo el testador, y el error que cometa a ese respecto, como dispone el art. 3644, no influye en la validez.

Es que el codificador no ha asignado al lugar en que se confecciona una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

importancia capital y autoriza al testador para omitirlo.

Con la fecha no sucede lo mismo.

Es un requisito esencial; su falta invalida el testamento.

Así lo ha interpretado reiterada jurisprudencia (Suprema Corte de Buenos Aires, 23/8/881, Acuerdos y sentencias 2ª Serie, III - 267; J. A., 1 - 890; 61 - 60; 1942 - I - 123; 1956 - II - 476; 1962 - I - 357; 1977 - III - 222; 28 - 295; N° 5074 del 12/7/78; L.L., 12 - 83; 8 - 1036; 26 - 1132; 28 - 50) y muy especialmente el fallo plenario de las Cámaras Nacionales en lo Civil N° 29.340 (Ver fallo) , dictado el 14 de abril de 1980 (J. A., N° 5150 de 14 de mayo de 1980)(*)(156).

Es la tesis sustentada por nuestros tratadistas: Segovia (II - 598, N° 36); Machado (IX - 505/6 y 518/9); Llerena (X - 26 y 31); Prayones (págs. 355/56, N° 43); Lafaille (sucesiones, II - 190, N° 256 y N° 317, pág. 291); Fassi (Sucesiones, I, Nros. 109 y 191 y II - 2018/20); Bibiloni (IV, pág. 434, art. 3642) y Comisión de Reformas de 1936 (I - 220 y II - 719) .

Bibiloni es concluyente: No hay testamento sin fecha. Hay proyecto solamente hasta que se pone, por firmado que esté antes.

La fecha ha hecho el testamento. Existe desde que se ha puesto.

Para Saleilles (Revue de droit civil, 1904, pág. 123) "lo que hace la declaración de voluntad, lo que hace el acto jurídico, lo que hace el testamento, es la fecha".

Escrito y firmado, es un testamento proyectado.

"Fechado, es, un testamento realizado".

Existen autores con pensamiento contrario, como Fornieles (II, N° 350) y Borda (II - 1172), que afirman la validez de una fecha que no exprese el día, salvo cuando se cuestione la capacidad del testador o que haya otro testamento, en cuyo caso la falta del día sería causa de nulidad.

La exigencia de la escritura, la fecha y la firma, es un principio absoluto, receptado por la doctrina, que no puede ser modificado por las particularidades circunstanciales de un caso concreto.

La libertad que el art. 3643 da al juez para apreciar las enunciaciones que la rectifiquen y admitir pruebas fuera del testamento, no puede ser extendida al caso del testamento que carece en absoluto de fecha, porque su omisión acarrea la nulidad del acto (art. 3639), y como sostuvo el camarista doctor Colmo (Gaceta del Foro. 4/11/28, pág. 4) "puede ser de toda importancia en más de un sentido para determinar la capacidad o el estado civil del testador, para fijar o no la revocación de algún testamento previo, su revocación por subsiguiente matrimonio del otorgante".

Extremos todos invocados por el camarista doctor Marcelo Padilla, en el voto emitido como preopinante en el reciente fallo plenario de las Cámaras Nacionales en lo Civil de la Capital (J. A., N° 5150 de 14/5/80, pág. 12), para volcar por abrumadora mayoría de 16 votos contra sólo dos, y dejar sentado el principio absoluto, que deberán aplicar los magistrados en lo sucesivo:

"La falta de fecha en un testamento ológrafo acarrea necesariamente su nulidad EN TODOS LOS CASOS".

El concepto expresado con meridiana claridad "en todos los casos", elimina

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

toda posible argumentación futura.

Es que como expresó el doctor Padilla, "La fecha en el testamento ológrafo participa de la forma constitutiva de él y, como se sabe, la forma constitutiva (forma ad substantiam o ad solemnitatem), tiene como función propia y específica la de dar el ser a la cosa, forma dat esse rei, como decían los clásicos. No observado ese tipo de forma, el acto jurídico, en el caso del testamento, no posee existencia ab initio, es decir, que no es en el plano jurídico lo que parece ser".

La copiosa doctrina gala, mencionada por el camarista Yáñez en ese fallo, desde Demolombe y Aubry et Rau, como el artículo 970 del Código francés, que sirvieron de fuente a nuestro codificador, hasta los modernos como Ripert y Boulanger, la de nuestros tratadistas citados precedentemente y los distintos proyectos de reforma, con excepción del Anteproyecto de Código Civil de 1954, cuyo director fue Llambías, que declara que la ausencia de fecha no perjudica el testamento sino cuando deban dirimirse controversias cuya solución dependa del tiempo en que el testamento haya sido hecho, y la misma ley 17711, de reforma parcial del Código Civil, en la que tanto gravitó la opinión de Borda, al no haber innovado nada en este tópico, inclinan la balanza, a favor del voto mayoritario del expresado fallo plenario, en el sentido de que la ausencia total de la fecha es causal de nulidad del testamento ológrafo.

Las peculiaridades diversas de la fecha han sido contempladas en numerosos casos por la jurisprudencia, que no vamos a analizar, para no dilatar esta exposición, y por haberlos tratado en el trabajo preparado para el Libro que el Instituto Argentino de Cultura Notarial editará en Homenaje al doctor Carlos A. Pelosi, limitándonos a mencionar sus títulos: a) su falta total, que acabamos de ver; b) fecha incompleta; c) subsanada por una cláusula puesta al pie; d) lugar de su colocación; e) fecha antedatada; f) fecha errónea o adulterada; g) que contenga diversas fechas sucesivas.

IV. CARÁCTER DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

La característica de "acto público" que el codificador atribuye al testamento ológrafo en el art. 3650, ha dividido a la doctrina nacional y extranjera en cuanto a si participa de los caracteres de los instrumentos públicos o privados.

Fornieles (II, N° 355), afirma: El testamento ológrafo considerado en sí, no es un instrumento público pero la ley lo ha asimilado a ellos, al decir: "vale como acto público y solemne" y así lo ha reconocido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el 5/9/44 (J. A., 1944 - IV - 703).

Es que para ser un instrumento público le falta el requisito esencial de la intervención del oficial público, como sostiene Salvat (Parte General, N° 1916, pág. 784) y Salas (t. 1, pág. 555, N° 5; JA, 1955 - I - 119).

Para Legón (J. A., XLIX - 274), la ley no ha querido admitir el testamento ológrafo como acto privado.

Y Troplong (III - 418, N° 1498), fuente principalísima del codificador, sostiene que el testamento ológrafo es tan solemne como el auténtico, en el sentido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de que lleva consigo la prueba de lo que contiene. Es una verdadera ley que manda lo porvenir. El testador es colocado, en cierta manera, a la altura de un oficial público que imprime certeza al acto del cual él es el ministro.

Para la ley argentina, según Salvat (Parte General, N° 1913, pág. 783); Prayones (pág. 358); Llerena (t. 10, pág. 40) y Machado (t. 9, pág. 533), las tres clases de testamentos ordinarios gozan de la misma eficacia jurídica (art. 3623), la de los instrumentos públicos, porque la ley les reconoce los mismos efectos.

Contra esas opiniones están Segovia (t. 2, pág. 603, N° 59) y Bibiloni (t. IV, pág. 443).

V. FORMA DE SUBSANAR LOS DEFECTOS DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Finalmente, señalaremos que para subsanar un testamento nulo por sus formas es necesario otorgar otro nuevo revestido de todos los requisitos esenciales a ese fin, como lo dispone el art. 3629.

VI. TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO

1. Requisitos esenciales y subsidiarios

El testamento por acto público es un testamento hecho en escritura pública. Por tanto deben llenarse en él los requisitos comunes a las escrituras públicas y las formas y solemnidades impuestas para los testamentos.

Un testamento nulo como escritura sería nulo como testamento.

Es que en tal caso no puede aplicarse el principio establecido en el art. 987, que el acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo las formas privadas.

Por la sencilla razón de que le falta el requisito esencial de los testamentos ológrafos, de ser escrito todo entero por el disponente (art. 3639).

Únicamente sería válido como ológrafo si el mismo testador hubiera redactado de su puño y letra la matriz del protocolo del escribano.

En esto están contestes tanto la doctrina nacional como la extranjera.

Pero, debemos señalar una diferencia.

Las formas requeridas para el testamento por acto público deben cumplirse todas bajo pena de nulidad.

Mientras que si se trata de las formas decretadas para las escrituras públicas, hay que distinguir entre las que su falta provoca la nulidad del acto y aquellas que no tienen esa sanción.

Los defectos que no afectan la escritura pública como tal, no perjudican el testamento, como lo estableció la Cámara Civil 2ª de la Capital el 22/11/26 (J. A., X XIII - 253) por el voto de Salvat, que sostuvo que: las formas de los testamentos por acto público se rigen principalmente, esto es incuestionable, pero las disposiciones que el Código Civil consagra al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reglamentar esta clase de actos, referentes a las formalidades que el Código Civil ha prescrito al tratar de los instrumentos públicos en general y de las escrituras públicas, deben considerarse subsidiariamente aplicables, y, en consecuencia, deben también ser observadas en cuanto no estén en oposición con aquéllas.

El legislador, en efecto, al reglamentar las formalidades pertinentes de los testamentos por acto PÚBLICO, sólo ha querido fortificar, diré así, las condiciones de autenticidad y seguridad del mismo, ya que en razón de su propia naturaleza se trata de un acto destinado a producir sus efectos después de la muerte del otorgante, cuando éste no podría ya defenderlo por sí mismo ni contribuir a establecer el verdadero alcance de su contenido.

Prescindir de las disposiciones que el Código Civil ha establecido para asegurar la autenticidad y eficacia de toda clase de instrumentos públicos o de escrituras públicas, implica desconocer en absoluto el fin perseguido por el legislador, al cual acabo de referirme; implica, también, desconocer que tratándose de reglas especiales, ellas no pueden ser invocadas para dejar de aplicar las reglas generales, en cuanto estas últimas no resulten modificadas por aquéllas.

En Francia se ha pretendido desconocer la aplicación en cuanto a las formas de los testamentos la ley 25 de Ventoso, año 11 (1803) sobre notariado; pero se ha tardado en advertir el error de este sistema y en reconocer, que si, como disposición de última voluntad, el testamento público está sujeto a algunas reglas particulares, "como acto notariado" queda sujeto a todas las prescripciones comunes a los actos de esta naturaleza (Repertorio Dalloz. "Dispositions entre vifs et testamentaries", N° 2788).

Esta doctrina está sustentada, además, en el Repertorio Carpentier ("Testamento", N° 705), con la indicación conforme de toda la doctrina de los más modernos autores y de la última jurisprudencia francesa.

Esta doctrina es profesada bajo un sistema jurídico en el cual la ley del notariado se ha mantenido fuera del Código Civil.

Con mayor razón, ella debe ser aplicada, en mérito a los motivos expuestos más arriba, bajo un régimen que, como en el nuestro, las disposiciones referentes a los instrumentos públicos en general y a las escrituras públicas, forman parte integrante del mismo cuerpo de leyes, es decir, del Código Civil.

Corresponde, en consecuencia, examinar los vicios de forma alegados en la demanda, no sólo a la luz de las reglas establecidas para los testamentos por acto público, sino también a los principios generales prescritos para los instrumentos públicos y para las escrituras públicas, en cuanto estos principios no estén en oposición a aquéllas.

En el caso sometido a la decisión judicial, se pretendía impugnar el testamento porque el escribano no conocía personalmente a la testadora, como se desprendía claramente de la escritura, en lo cual se fundaba la nulidad del acto.

La exigencia de los artículos 1001 y 1002, es que el escribano debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conocer personalmente a la persona que lo otorga y dar fe de ello, o en su defecto, exigir los testigos de conocimiento que la ley prescribe.

Este es un requisito establecido con el propósito de asegurar la identidad de las partes otorgantes del acto, y ella debe ser requerida, con mayor razón, tratándose de un testamento.

Pero si bien las formalidades enunciadas eran necesarias, no se sigue de aquí que la sanción por su falta de observancia sea la nulidad que se demanda, porque según los arts. 18 y 1037 del Cód. Civil, los jueces no pueden declarar otras nulidades que aquellas expresa o implícitamente establecidas por la ley.

Y cabe consignar que la nulidad por la causa examinada no ha sido incluida en el art. 1004, ni resulta de otras disposiciones del mismo, por lo cual la única sanción aplicable es la que establece el 2º párrafo del artículo 1004 del Cód. Civil, es decir, una multa que no exceda de 300 pesos, y que el tribunal, en uso de las facultades que las leyes le confieren, debe imponer.

En resumen, en el caso planteado se desestimó la demanda y se impuso una multa de \$ 50 al prestigioso escribano actuante.

Participamos de la doctrina sustentada en el fallo:

"Los testamentos por acto público en cuanto a sus formas se rigen por los requisitos que la ley reputa esenciales y subsidiariamente por las normas estatuidas para los instrumentos públicos y particularmente para las escrituras públicas".

Pensamos que en una futura reforma del Código o en la proyectada Ley de los Documentos Notariales que se sancione, debe reputarse como requisito esencial de las escrituras públicas la fe de conocimiento de las partes y consecuentemente incluir como causal de nulidad del instrumento su incumplimiento por parte del notario.

2. Formalidades sobreabundantes

El empleo de formalidades inútiles o sobreabundantes, como expresa el codificador, no viola un testamento (art. 3628), desde otro punto de vista, regular.

Aun en el caso de haberlas supuesto necesarias y que no pudiesen ser consideradas cumplidas válidamente.

Es suficientemente aclarativo al respecto, el ejemplo dado en la última parte del artículo:

Un mayor número de testigos que el exigido por la ley, no vicia el testamento, que queda válido a pesar de la incapacidad de alguno de ellos, a condición de que suprimiendo el número de los testigos incapaces, reste el número de los capaces que exige la ley.

Lo superfluo no daña, porque no puede quitar valor a las formalidades cumplidas, como sostiene Machado.

La ley exige tres testigos en el testamento por acto público, y si están presentes cinco se comprende que tiende a asegurar más la voluntad del testador que está plenamente manifestada en tres.

Si con las formalidades superfluas se pueden llenar los requisitos que la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

impone, el testamento será válido; no sucede lo mismo a la inversa. Así si el acta del protocolo hubiera sido extendida por el propio disponente, ello no invalidaría la voluntad si el acto reúne todos los requisitos que la ley impone al testamento por acto público.

3. El oficial público autorizante

La ley ha querido rodear al testamento por acto público de todas las garantías de seriedad y seguridad, de modo que ha prohibido otorgarlo ante personas ligadas por vínculos de parentesco, con el propósito de que puedan tener la imparcialidad necesaria en un acto de tanta importancia.

En efecto, el art. 3653 expresamente prohíbe al 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, concurrir a la redacción del testamento.

La redacción original de Vélez Sársfield(6)(157)decía:

"... y en la línea colateral hasta el grado de tío y sobrino inclusive y en los mismos grados de afinidad".

El Congreso modificó el párrafo, por:

"... hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive".

Al hacerse la edición oficial del Código ordenada por la ley 1196, se ha suprimido la última parte, que en la edición de Nueva York, declarada auténtica por dos leyes, la 340 y la 527, decía:

"... no puede concurrir a la redacción del testamento «DE ALGUNA DE ESAS PERSONAS» .

De modo que la redacción ha quedado incompleta, DEBE LEERSE:

"NO PUEDE CONCURRIR A LA REDACCIÓN DEL TESTAMENTO DE ALGUNA DE ESAS PERSONAS".

Este artículo, en aparente contradicción con el 985 y el 3664, ha dado motivo a la crítica de los autores, Machado (t. 9, pág. 541); Llerena (t. 10, pág. 43) y Segovia (t. II, pág. 604).

No existe tal contradicción; este artículo prohíbe al escribano intervenir en la redacción del testamento de las personas que indica, y si lo hace, el testamento es nulo, desde que según el art. 18 del Cód. Civil, los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.

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

Segovia sostiene que, ante este último, el art. 3653 carece de razón de ser y de justificación.

En lo que está equivocado, como lo aclara el propio codificador en la nota del art. 3664, apartándose de Aubry et Rau, que consideran nulas no sólo las disposiciones que benefician al escribano, su esposa y los testigos, sino todo el testamento, por la combinación de los arts. 975 y 1001 del Código Civil francés; y en cambio, se apoya en Goyena, afirmando que: un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en algunas de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad e idoneidad del escribano o testigos.

Como dice Llerena, si el Código no contuviera el art. 3653, los que se pronuncian por la nulidad del testamento no podrían apoyarse en el 3664, que no habla para nada de nulidad, sino más bien en el 985, en la parte que declara nulos los actos en que el escribano tiene interés.

Pero debe tenerse presente que el art. 3664 es una excepción al 985.

En concreto, si el escribano fuera pariente del testador dentro del 3er. grado, el testamento sería nulo, pero si es un extraño a quien le deja una manda, o a su esposa o a un pariente dentro del 4º grado, el testamento es válido, anulándose solamente la manda o disposición testamentaria que aprovecha a él o a sus parientes, según Machado.

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

Los autores han criticado esta norma, pero para mayor garantía de la intervención del funcionario público, el legislador ha exigido que el testador sepa hablar y pueda oír, para que exprese de viva voz sus disposiciones y escuche la lectura que el escribano debe hacer en presencia de los testigos, y el instrumento que se otorgare en esas condiciones sería nulo y sin ningún valor.

Para que la sordera incapacite para testar por acto público, debe ser bilateral y absoluta, han resuelto varios fallos (Cám. Civ. 1ª Cap., 6/6/31, J.A., 36 - 108; Cám. Ap. de Rosario, 8/11/40, L.L., 20 - 672).

Mientras no se reforme la ley, ella debe ser respetada; por otra parte, si estas personas saben escribir, el propio Código les posibilita testar en las otras formas, ológrafo o cerrado (arts. 3639, 3669, 3670).

El ciego puede testar por acto público, dice el art. 3652.

El escribano y los tres testigos que concurren al acto son suficiente garantía; además, ninguna parte del Código exige que el disponente deba ver al escribano, a los testigos o el testamento, sino que contrariamente aquéllos son los que deben ver al testamento y al otorgante.

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

Ha sido motivo de polémicas entre los tratadistas, con anterioridad a la reforma que la ley 9151 introdujo al art. 998 del Código Civil, si el testamento debía ser redactado por el propio escribano o si podían efectuarlo sus amanuenses.

Llerena (t. 3, pág. 218), basado en un fallo del doctor Molina Arrotea que declaró nulo un testamento por no haber sido escrito por el propio escribano, se pronuncia en tal sentido (t. 10, pág. 46).

Por el contrario Segovia (t. 2, pág. 605) y Machado (t. 9, pág. 543) y la jurisprudencia; Cortés (Vistas Fiscales, t. 1, pág. 325) y la Cámara de Apelaciones de la Capital (Fallos, t. 8, pág. 114) se pronunciaron por la validez del testamento aunque no sea hecho por el mismo escribano, basados en que el Código no declara expresamente tal nulidad.

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley 9151, antes mencionada, ha borrado toda discusión y, hoy, ante los métodos mecánicos modernos, a nadie se le ocurriría esbozar siquiera que el propio escribano deba redactar una escritura en su protocolo.

No me parece inoportuno señalar aquí, si tanto progreso no será un motivo más para los que piensan que nuestra función es obsoleta y puedan esgrimir un argumento valedero para su futura eliminación.

Debemos propender a que el escribano retroceda en el tiempo y vuelva a ser el confesor de las familias.

La habilitación para otorgar testamentos referida al juez de Paz o a los miembros de las Municipalidades, en los lugares donde no haya escribano, a que hace referencia el art. 3655, en este año 1980, cuando hasta se acaba de crear un Registro de Contratos Públicos en nuestras Islas Malvinas, obvia todo comentario al respecto(*) (158).

4. Forma de ordenar el testamento

El art. 3656 dispone que el testador puede dictarle al escribano o dársele ya escrito o sólo darle instrucciones escritas para que las redacte en la forma ordinaria.

Las particularidades que ofrece la manifestación de la voluntad del testador, han dado oportunidad para que los tribunales se pronuncien en el sentido de que: no es necesario que el disponente dicte al escribano palabra por palabra (Cám. Civ. 1ª Cap., 7/11/12, Rev. de Legislación y Jurisprudencia, 3 - 680; Suprema Corte de Buenos Aires, 14/5/37, J.A., 58 - 975).

Siendo suficiente que aquél exprese su voluntad en forma clara y espontánea, sin contestar un interrogatorio, ha dicho la Cám. Civ. 1ª Cap., el 7/11/12 (Rev. de Leg. y Jurisp., 3 - 680).

A fin de que el escribano lo redacte en forma ordinaria, según la Suprema Corte de Buenos Aires, 14/5/37 (J.A., 58 - 975).

No siendo necesaria la presencia de los testigos cuando el testador hace el dictado o imparte las instrucciones, según la Cám. Civ. 1ª de la Cap., 21/12/27 (J.A., 26 - 1063) y el Superior Tribunal de Santa Fe, 13/ 8/43 (L.L., 31 - 740).

Instrucciones que pueden ser verbales, según la Cám. Civ., 2ª, Cap., 26/6/33 (J.A., 42 - 829); no siendo necesario que la minuta la haya escrito el mismo testador, ha sostenido la Cám. de Ap. de Dolores, 27/7/20 (J.A., 4 - 553)

Tampoco es necesaria la presencia de los testigos cuando el escribano redacta el testamento, fallo de la Cám. Civ. Cap. de 12/4/890 (Fallos, 22 - 218) y de la Cám. Civ. 2ª de 6/8/35 (J.A., 51 - 728).

El escribano puede variar la forma de las instrucciones que se le dieron siempre que guarde fidelidad en cuanto al contenido de las disposiciones, Cám. Civ. 1ª, 28/10/27 (J.A., 26 - 124) y 21/12/27 (J.A., 26 - 1063).

5. Los requisitos esenciales

El escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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, dispone el art. 3657.
Los analizaremos por separado.

a) El lugar

Debe expresarse con toda claridad, el distrito, la villa o pueblo; la casa en que se hizo, si lo fue en la oficina o en la casa del testador, individualizando la calle y el número.

Sin embargo, como en materia de nulidades la norma debe ser estricta, basta con consignar el nombre de la ciudad o el pueblo.

b) La fecha

Tiene una importancia capital, porque sirve para determinar la capacidad del testador; la norma vigente en el lugar que se otorgó.

Si en lugar del día, mes y año, ella fuere designada en forma no precisada por el calendario, como se admite en el testamento ológrafo, entendemos que no podría ser causal de nulidad.

La cuestión no tiene importancia, como dice Machado, porque el escribano jamás dejará de consignar el día, mes y año en que se otorga el acto.

La ley no exige la hora, pero debió exigirse para mayor seguridad y para demostrar que el disponente vivía en ese instante.

Si la fecha estuviera equivocada, siempre que por las enunciaciones del testamento pueda ser determinada, no sería causal de anulación, porque como lo ha sentado la Cámara Civil en fallo de 10/11/892 (Fallos, 48 - 166), el lugar y la fecha pueden resultar de las mismas manifestaciones del testador.

Sería nulo, si para determinarla hubiera que recurrir a hechos extraños al testamento mismo.

c) El nombre de los testigos

Es un requisito esencial, sin embargo una designación incompleta o el cambio de alguna letra del apellido y nombre, no anularía el testamento.

Es una cuestión de hecho que los jueces apreciarán y resolverán.

Como lo ha resuelto la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, el 15/6/55 (J.A., 1955 - IV - 441), no invalida el testamento la circunstancia de que sólo se haya consignado la inicial del segundo nombre de uno de los testigos.

Pero, una cosa es un error en el nombre y otra bien distinta que la escritura mencione el nombre, edad y residencia de los tres testigos y aparezca firmada por otro con distinto nombre.

Aquí la nulidad es evidente porque hay una contradicción entre lo afirmado por el escribano y lo que resulta de la escritura; y estaría viciado un requisito esencial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

d) La residencia

Indica el lugar donde se vive, sin examinar si tiene o no el ánimo de permanecer en él; y debe consignarse con precisión; su omisión es causal de nulidad, según la Cám. Civ. 2ª Cap., 18/4/39 (L.L., 15 - 355).

Aunque se ha resuelto que el requisito está cumplido si se hace constar que todos los testigos son vecinos, hábiles de esta ciudad, por la Cámara de Apelaciones de Córdoba, el 10/8/43 (Justicia, 3 - 169), o si se indican sus domicilios sin indicar si es legal o real, por la Cám. Civ. 1ª, el 18/2/46 (L.L. 41 - 721).

e) La edad

Este requisito ha dado lugar a polémicas, en la doctrina y la jurisprudencia. Para Llerena (t. 10, pág. 51, N° 5) no basta que se diga que son mayores de edad, concordando con lo sostenido por el juez Beláustegui, el fiscal doctor Cortés y confirmado por la Cámara de Apelación (Fallos, 414 - 47; 37 - 29; 48 - 166; 52 - 222; 89 - 373; 90 - 216); debe consignarse el número de años que tengan y si así no se hace, el testamento será nulo.

Sin embargo, el error sobre esto no lo invalida como tampoco lo invalida el error sobre la capacidad, como lo expresa el codificador en la nota al art. 3697; en lo que están conformes Segovia (t. 2, pág. 607, N° 77); Machado (t. 9, pág. 553) y numerosos fallos, que han establecido:

"La circunstancia de que no se haya especificado la edad de los testigos, limitándose el escribano a consignar que eran mayores de edad. no invalida el testamento" (Cám. Nac. Civil, Sala C, 5/6/51, J.A., 1952 - I - 38; Cám. Ap. Bahía Blanca, 15/6/55, J.A., 1955 - IV - 441; contra: Cám. Civ. 1º Cap., 17/7/46, L.L., 44 - 73; Cám. Civ. 2º Cap., 31/5/43, J.A., 1943 - III - 122) .

f) Conocimiento de los testigos por el escribano

El Código nada dice a este respecto, por lo que se ha resuelto que no es necesario que el escribano declare que conoce a los testigos (Cám. Civ. 1ª Cap., 22/1/26, J.A., 23 - 253).

g) Mención del medio preparatorio

Es esta una cuestión también debatida; Machado, basado en que es muy duro anular un testamento por la sola falsedad de la enunciación que en nada ataca la verdad del testamento mismo, se inclina por la validez.

Por el contrario, Segovia y Llerena sostienen que las enunciaciones del artículo son constitutivas de la forma del acto y la falta de una sola de ellas deja imperfecta la forma y anula el acto.

No designar alguna de esas circunstancias o hacer una designación falsa es la misma cosa; por consiguiente, en uno y otro caso, el testamento será

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nulo.

Este concepto ha sido receptado en algunos fallos, estableciendo que si se omite mencionar el medio preparatorio (art. 3656) de que se ha valido el testador, el testamento es nulo (Suprema Corte de Buenos Aires, - 14/6/883, Acuerdos y Sentencias, 2 - VII - 327; Cám. Ap. de Rosario, 29/3/30, J.A., 32 - 1180).

Lo mismo que si se indica uno de esos procedimientos, cuando en realidad se utilizó otro (Superior Tribunal de Santa Fe, 13/8/43, L.L., 31 - 740) .

En contra, la Cám. Civ. 1ª Cap., el 21/12/27 (J.A., 26 - 1063) declaró: "No causa la nulidad del testamento por acto público la circunstancia de que el escribano exprese que el testador le dio en presencia de los testigos las instrucciones para redactar aquél, aunque se haya probado la inexactitud de esa afirmación, ya que la enunciación falsa sólo puede anular el testamento cuando oculta un modo nulo de testar".

h) La lectura y el hecho de la visión

Dispone el artículo 3658: "Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de los 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 esa circunstancia".

Este artículo también fue corregido por el Congreso, precediéndolo de las palabras "Bajo pena de nulidad", que no contenía el proyecto de Vélez(7)(159).

La redacción del artículo ha sido causa de diversos interrogantes, sobre si debe ser leído personalmente por el escribano o si puede serlo por sus amanuenses, los testigos o el propio testador.

En esto no existen palabras sacramentales; lo importante es que la escritura mencione que fue leído al testador ante los testigos, en forma inequívoca, pues si el acto no se desarrollara simultáneamente con la presencia de todos, sería nulo.

Y en esto, concuerdan Segovia, Machado y Llerena.

No es suficiente la lectura; los testigos deben verlos al testador y al testamento.

Este requisito es fundamental para evitar la sustitución de la persona y del testamento.

Según Machado, estas formalidades no debían ser sancionadas con nulidad, con lo que estaría de acuerdo con el texto original de Vélez Sársfield.

Es fundamental que todos estén en la misma pieza y que el testador no se encuentre detrás de un biombo, como sostienen los autores.

Los tribunales, interpretando este artículo, han sentado las siguientes premisas:

La primera parte de la norma contiene dos requisitos distintos: a) que el testamento debe ser leído al testador en presencia de los testigos; b) que éstos deben verlo, como lo ha resuelto la Cámara 2ª de La Plata, el 4/3/38

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(L.L. 10 - 1041).

La constancia del cumplimiento de uno de ellos no hace presumir el cumplimiento del otro (ídem).

Es insuficiente la manifestación de que se dio lectura al testamento en presencia del testador y los testigos, si no se hace constar que éstos vieron a aquél. Cámara Federal de La Plata, 11/5/36 (J.A. 54 - 364); Cámara Civ. Capital, 30/12/899 (Fallos 121 - 273); contra: Cám. Civ. Capital, 5/6/902 (Fallos 141 - 230); Suprema Corte de Buenos Aires, 8/7/38 (Acuerdos y Sentencias, Serie 16, t. IV, pág. 130).

Pero como no existen fórmulas sacramentales, el Superior Tribunal de Santa Fe, el 13/8/43 (L.L. 31 - 740), dijo: basta que conste que los testigos "vieron y oyeron todo el acto" aunque no se mencione concretamente la persona del testador.

La lectura del testamento ante testigos debe constar en el mismo cuerpo del instrumento, bajo pena de nulidad, como lo resolvió la Cámara Civil Capital, el 11/8/888 (Fallos 14 - 47).

Requisito que no se cumple si la lectura no se hace en presencia de los testigos, ha dicho la Suprema Corte de Buenos Aires, el 14/4/25 (J.A. 15 - 663).

O si el testador y los testigos lo han leído por sí mismos, según fallo de la Cám. Civ. 2ª Cap., de 27/6/18 (J.A. 1 - 896).

Es indispensable también que los testigos vean firmar al testador, pues de lo contrario no podrían afirmar que la firma que aparece en el testamento fue puesta por el disponente, como sostiene Llerena (t. 10, pág. 53).

También se ha resuelto que: El hecho de haber visto los testigos al testador debe hacerse constar expresamente en el testamento; no pudiendo inferirse de la afirmación de haberlo visto firmar, por la Cám. Civ. 1ª Cap., el 28/10/27 (J.A. 26 - 125).

Esto es ocioso cuando el testador no sabe firmar, pero es de tal importancia que el art. 3660 anula el testamento cuando el testador sabiendo firmar manifiesta que no lo hace por no saberlo hacer.

i) Conocimiento del testador por el escribano

El art. 1001 del Cód. Civil exige que el escribano dé fe del conocimiento de los otorgantes, pero esta condición no es esencial y su falta no anula la escritura, porque no se encuentra enunciada entre las que el art. 1004 exige bajo pena de nulidad; y sin embargo en el testamento es donde debía exigirse bajo pena de nulidad, porque el escribano puede ser engañado respecto de la persona que concurre a otorgarlo, como dice Machado (t. 9, pág. 556).

Los tribunales han resuelto que: no invalida el testamento la circunstancia de que no se haga constar que el escribano conoce al testador (Cám. Civil 1ª Cap., 31/5/20, J.A. 28 - 263; Cám. Civ. 2ª 22/11/26, J.A. 28 - 253; Cám. Ap. Dolores, 23/9/26, J.A. 22 - 598).

Tenemos en este aspecto posición tomada muy clara: "la fe de conocimiento es un elemento esencial de la escritura pública"; en estudios

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

publicados en La Prensa, el 14/3/79, pág. 8, "La fe de conocimiento de los notarios, requisito esencial de las escrituras públicas", y en Jurisprudencia Argentina, 1979 - I - 824, reproducido por Revista del Notariado, N° 764, pág. 363, "La fe de conocimiento de los notarios y los registros de la propiedad".

No estoy solo en esa postura, pues gozo de la compañía de destacados notarialistas como Jorge A. Bollini, Juan Alberto Gardey, José A. Negri, Francisco Martínez Segovia, Carlos A. Pelosi, Elvira Martha Yorio, para no citar otros entre los vernáculos, y Rufino Larraud, Bellver Cano, José María Mengual y Mengual, Diego Hidalgo Durán, Ruy Alonso de Castro Rosa, Carlos Sequera, Rafael Azpitarte y Rafael Núñez - Lagos, entre los extranjeros; y tratadistas como Machado, Llerena, Salvat, Bibiloni, Marco Aurelio Risolía y la copiosa jurisprudencia y resoluciones de Jornadas y Congresos mencionados en los dichos estudios. El limitado tiempo de que disponemos nos inhibe para desarrollar el tema en esta circunstancia.

j) Acto ininterrumpido

El acto del otorgamiento del testamento debe realizarse sin interrupciones, con la presencia ineludible del otorgante, los testigos y el escribano. A este respecto la Cám. Civ. 1ª Cap., el 21/12/27, tiene declarado que: no puede considerársele interrumpido por el hecho de que el testador, de quien se dijo que sabía firmar, intentase suscribirlo infructuosamente, por lo que desistió de hacerlo, rogando a uno de los testigos que lo hiciera por él.

k) Firmado por el testador, los testigos y el escribano

La firma es un requisito esencial de los actos jurídicos, máxime en esta figura legal.

Sin ella no hay testamento.

Así lo dice el art. 3659; si el testador muriese antes de firmar el testamento será de ningún valor, aunque lo hubiere principiado a firmar. Si por causa de enfermedad no hubiera podido concluir la firma, el testamento valdría si el testador hace que otro lo firme por él y el escribano hace mención expresa de esto, como lo dispone el art. 3662.

Es de advertir que si acostumbra firmar en forma irregular o incompleta, de acuerdo con el art. 3633 también sería válido, siempre que esa fuera su modalidad habitual.

El art. 3659 menciona el caso de muerte antes de la firma del instrumento, pero debe extenderse a los casos de incapacidad sobreviniente del testador, a la de los testigos y del escribano, de modo que no pudiera concluirse el acto, porque en cualquiera de esos casos el testamento no existiría.

En cuanto a los testigos, uno por lo menos debe saber firmar por los otros dos, circunstancia que debe expresar el notario.

Y el escribano, lógicamente, debe cerrar el acto con su firma, porque éste es un requisito impuesto por el art. 1001 y porque el art. 980 requiere para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la validez del acto, como instrumento público, la intervención del oficial público que actúe dentro de los límites de sus atribuciones respecto de la naturaleza del acto, y el art. 3654 dispone expresamente que el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público. Es que la presencia del escribano público y de los tres testigos es lo que constituye la esencia del testamento por acto público; aunque el art. 3654 no contenga la sanción de nulidad, deben aplicarse subsidiariamente las disposiciones referentes a las escrituras públicas, como lo ha resuelto la Cám. Civ. 2ª Cap., en fallo de 22/11/26 (J.A. 23 - 253).

1) Modalidades de la firma

Los arts. 3660 a 3662 contemplan aspectos fundamentales en lo referente a la firma,

Si el testador sabiendo firmar manifiesta que no lo hace por no saber firmar, el testamento será de ningún valor.

Porque como manifiesta el codificador en la nota, hay lugar para pensar que ha querido sustraerse a una sugestión, no firmando, precisamente, para quitarle validez.

Es de advertir que si no lo firma porque no acostumbra firmar sus actos, sabiendo hacerlo, la Cám. Civ., el 15/6/902 (Fallos 141 - 230), ha declarado que si se acredita esa modalidad, el testamento es válido.

También si el testador sabe firmar y no lo hace aduciendo ceguera, el testamento es válido (Cám. Civ. 2ª, Cap., 27/6/18, J.A. 1 - 896)

Si el testador realmente no sabe firmar, puede hacerlo a su ruego otra persona, o uno de los testigos.

En este último caso, dos de los testigos por lo menos deben saber firmar.

Finalmente, el art. 3662 dispone: Si el testador sabe firmar y no lo pudiere hacer, puede firmar por él otra persona o uno de los testigos.

En tal caso, también, dos de los testigos por lo menos deben saber firmar.

Y el escribano debe expresar la causa por qué no puede firmar el testador.

La firma es un requisito esencial y por tal motivo es que la ley exige que se exprese la causa.

La doctrina y la jurisprudencia están acordes en que la causa debe ser expresada en la escritura.

Difieren, en cambio, en quién es que debe formular la manifestación.

Unos, basados en la clara nota del codificador: "La declaración de no saber o no poder firmar suple la firma porque ella significa que el testador firmaría si le fuese posible. Esta declaración, y no sólo el hecho de la impotencia, es la que debe ser expresamente mencionada", interpretan que debe ser el mismo testador quien declare la imposibilidad de firmar y su causa.

Están enrolados en esa posición Llerena. Machado, Juan Carlos Lagos, Salvat, Díaz de Guijarro Segovia. De Gásperi. Fassi y numerosos fallos: J.A., I - 896; 42 - 384: 51 - 209: L. L., VII - 1235, N° 198; 1979 - C - 123.

Otros sostiene que la nota no integra la ley y ésta no exige que la declaración sea formulada por el testador.

Así piensan: Lafaille y Fornieles. apoyados por los votos de Figueroa