

## El testamento ológrafo protocolizado en el exterior\*

José M. Trillo

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Protocolización de los testamentos. 3. El fallo plenario "Pille, Julio J.". 4. Aplicación de la ley francesa. 5. El testamento original. 6. Conclusión.

### 1. Introducción

Si bien las formas que otorga nuestro Código Civil para que una persona física deje asentada sus disposiciones de última voluntad son taxativas y sólo a través de ellas se logra confeccionar un testamento válido, también es cierto que las figuras previstas contemplan una variedad amplia de opciones, que lo facilitan notablemente.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3634 del Código Civil,

... los testamentos hechos en territorio de la República deben serlo de alguna de las formas establecidas en este Código, bien sean los testadores argentinos o extranjeros.

Sin embargo, cuando el argentino o el extranjero residente en el país se encuentra en el exterior, esta limitación deja paso a un criterio amplio, que le permite testar de acuerdo con la ley local, siguiendo la ley argentina y, en casos, la de su nacionalidad, con lo cual Vélez Sarsfield realiza la primera y única concesión a principio del domicilio, que es la regla en el Código Civil (art. 3638).

\* Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, año XLIX, n° 12807, 5/8/2011, pp. 1-3.

El caso que nos ocupa no plantea un cuestionamiento de la forma del testamento, sino, principalmente, de la ley aplicable, para proceder a su ejecución.

## 2. Protocolización de los testamentos

El artículo 1007 del Código Civil francés, según la reforma del año 2001, determina que

Todo testamento ológrafo o cerrado será, antes de ser ejecutado, depositado ante un notario. El testamento será abierto si está sellado. El notario labrará un acta de apertura al recibirlo y del estado del testamento, precisando las circunstancias del depósito. El testamento y el acta labrada serán conservadas con el rango de minutas del depositario.

Dentro del mes subsiguiente a la fecha del acta, el notario dirigirá una certificación de la misma y una copia figurada del testamento al secretario del tribunal civil del lugar de apertura de la sucesión, quien le acusará recibo y conservará los documentos con el rango de esas minutas.

Para el artículo 3691 del Código Civil argentino, el testamento ológrafo y el cerrado deben ser presentados “como se hallen, al juez del último domicilio del testador”. Sin perjuicio de ello, en su nota, Vélez Sarsfield cita como fuente el artículo 1007 del Código Napoleón. Machado<sup>1</sup> sostiene que la obligación de protocolizar ante un escribano público el testamento ológrafo abierto no existe en la legislación de fondo argentina, ya que el artículo 3692 se refiere al testamento ológrafo cerrado. Sin embargo, algunos códigos procesales –como el Nacional Civil y Comercial, en su artículo 716 a la época en que escribió el autor, artículo 705 del actual código– prevén este recaudo para ambos supuestos como etapa siguiente a la presentación del testamento ante el juez y al reconocimiento del mismo por parte de los testigos. Vélez cita como una de las fuentes del artículo 3692 el 1007 del Código francés y Machado sostiene al respecto:

Era la costumbre de los tribunales de París el no necesitar del ministerio del juez en los testamentos ológrafos, sino cuando estos se encontraran cerrados y, para aquellos que no estaban, bastaba que el portador los depositara en poder de un notario, lo único que ha venido a reformar el art. 1007 era la exigencia del pro-

1. MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1901, comentario al artículo 3692.

ceso verbal o acta levantada por el presidente para toda clase de testamento...

Y agrega, refiriéndose concretamente a su alcance:

Debemos limitar la disposición del artículo a los testamentos ológrafos cerrados, sin extenderla a los abiertos, como lo hacen algunas leyes de procedimientos de las provincias.

Cabe destacar también que lo dispuesto por el artículo 1007 del Código Civil francés no es exactamente una protocolización del texto del testamento, que consiste en la transcripción del documento original en el protocolo notarial y en la expedición de un testimonio en su consecuencia. En este caso, se trata de un acto realizado ante un notario que labra un acta de depósito circunstanciada a su recepción, la cual, junto con el original del testamento, se conserva con el *rang de minutes*, es decir, con la categoría de minutas. En esta acta también se debe dejar constancia del estado del testamento, si tiene enmendaduras, tachaduras o cualquier elemento que pueda poner en evidencia falencias materiales. Esta figura resulta ser un depósito en resguardo y no exactamente una protocolización.

La certificación que expide el notario y la copia figurada del testamento no incluyen su original, que queda depositado en la notaría y, por ello, el juez argentino, en este caso, no lo ha podido tener a la vista. La copia figurada o imitativa es definida por el diccionario del Archivo Histórico de Vitoria como aquella que “además de reproducir el texto del original, trata de imitarlo gráficamente con la mayor exactitud”. Esta modalidad ha caído en desuso al ser reemplazada por la fotocopia; en este caso, certificada por el notario al acompañarla al acta de depósito.

Debemos tener en cuenta que uno de los requisitos formales indispensables para la validez del testamento ológrafo abierto, según lo establece el artículo 3639 del Código Civil, es que sea hecho de puño y letra del causante, fechado y firmado por éste y, como queda dicho, algunas legislaciones procesales disponen que estos recaudos deban ser confirmados ante el juez por testigos (art. 704 y ss., CPCC).

### 3. El fallo plenario “Pillé, Julio J.”

En este fallo plenario, la Cámara Civil de la Capital Federal, en el año 1914, revoca una sentencia de primera instancia que había ordenado la presentación del testamento ológrafo original, considerando que las constancias de la protocolización en el exterior no satisfacían los requerimientos de la ley argentina. El tribunal de alzada lo considera innecesario, aplicando en forma analógica el artículo 8 del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal de 1889, donde se acuerda que

Los actos de jurisdicción voluntaria, como son los inventarios, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás Estados el mismo valor que si se hubiesen realizado en su propio territorio, con tal de que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores.

Al respecto, tiene cierta relevancia el artículo 2: “Las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico, materia del proceso”.

La Cámara sostiene que esta disposición debe hacerse extensiva a los actos de otros países que no son parte del tratado y concluye determinando que la protocolización de un testamento ológrafo realizada en el extranjero, aun cuando el país en cuestión no sea miembro del Tratado de Montevideo de 1889, hace innecesaria la presentación del documento original. El tribunal convierte en norma aplicable a los estados extranjeros lo que dispone un tratado regional sudamericano, técnicamente limitado a tener validez exclusivamente entre sus firmantes y adherentes, aunque su artículo 16 permite la incorporación de otros estados sin limitación geográfica, por lo cual nada le impide a Francia o a cualquier otro país del mundo adherir al mismo. El vocal preopinante en esta sentencia, doctor Giménez Zapiola, sostuvo:

Ahora bien, establecida esta interpretación para los países comprendidos en los Tratados de Montevideo, creo que no puede ni debe admitirse otra para los países que no han adherido a los mismos...

Se refiere a un fallo previo de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se exime al peticionante de presentar el original de un testamento protocolizado en un país miembro del Tratado de Mon-

tevideo de 1889, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 8, correspondiente al capítulo de derecho procesal, descartando así la aplicación del artículo 44 del Tratado de Derecho Civil, suscripto en el mismo año y sitio, “del que podría inducirse (del art. 44) que todo lo relativo a las formas del testamento debe regirse por la ley del lugar donde se encuentran los bienes” (del texto del fallo “Pillé”).

Ante la falta de norma específica aplicable, la interpretación analógica puede servir para cubrir vacíos legales. Sin embargo, no parece ser el caso bajo examen, ya que había una disposición vigente aplicable, que es el artículo 3691 del Código Civil, donde se establece que cuando se trate de testamentos ológrafos o cerrados, deben presentarse “tales como se hallen, al juez del último domicilio del testador” y esta norma no debería verse alterada por las disposiciones de un tratado que no vincula a nuestro país con el Estado de donde proviene el documento.

El testamento ológrafo de M. M. V. E., de nacionalidad argentina, fue datado en Buenos Aires, donde también fallece y es en nuestro país donde tiene los bienes que conforman su patrimonio. Es residente legal en Francia, aunque conservaba su domicilio en la Argentina, como consta en el acta notarial de depósito del testamento. De ello resulta que la intervención francesa, a efectos de la validez de este testamento ante los tribunales argentinos, es innecesaria, sin perjuicio de que no hay fundamento para afirmar que este recaudo superfluo pueda convertirse en causa de nulidad o altere su validez. En su nota al artículo 3640 del Código Civil, Vélez Sarsfield cita a Demolombe y sostiene que

... lo escrito contra la voluntad del testador, en vida de él o después de su muerte, no podría traer la nulidad del acto, porque no se puede dar a un tercero la facultad de anular por ese medio un testamento regular.

Es manifiesto que la intervención de un notario foráneo, que en nada afecta al instrumento –por el contrario, hace a su preservación–, en ningún caso podría, por sí mismo, afectar la validez del testamento.

El punto en cuestión no reside en la validez del testamento sino en si es pertinente o no exigir la presentación del original. Para la Cámara Civil, el plenario “Pillé” es obligatorio. Pero si interviniera otro tribunal nacional que no estuviera limitado

por este fallo, tal vez encontraría argumentos para compartir la postura del juez de primera instancia que hace ya casi un siglo vio revertir su sentencia por la alzada.

#### 4. Aplicación de la ley francesa

Los dos únicos puntos de contacto con la ley francesa que se advierten en este caso son, por una parte, el carácter de residente –debidamente documentado– de la causante en Francia y, por la otra, la nacionalidad y lugar de residencia de algunos de los herederos testamentarios.

Según el artículo 720 del Código Civil francés, “Las sucesiones se abren por causa de muerte, en el último domicilio del difunto”. El artículo 1007 del mismo código, en su segunda parte, asigna al notario que labró el acta de depósito la obligación de remitirla, junto con la documentación indicada, al secretario del tribunal donde se abrió la sucesión. Consecuentemente, la intervención notarial no abre juicio sobre la competencia jurisdiccional para entender en el sucesorio. Si bien es cierto que en el acta de depósito se deja constancia de que la causante es residente legal en Francia, también se asienta su domicilio y se acompaña la partida de defunción expedida por el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, debidamente apostillada, de donde resulta que su último domicilio se encontraba en esta ciudad. Consecuentemente, tanto para la ley francesa –por reenvío– como para la argentina, en el sucesorio de la señora E. el juez competente es el del último domicilio, es decir, el argentino.

No hay disposiciones legales que asignen relevancia, en este caso, a la nacionalidad o lugar de residencia de los herederos, pero parece que el hecho de que algunos de los beneficiarios del testamento, que se encontraban en posesión del mismo, sean de nacionalidad francesa y residan en Francia los llevó a formalizar el depósito notarial de acuerdo con la ley vigente en ese país. Hay otros beneficiarios argentinos que, de haber tenido el documento en su poder, seguramente lo hubieran presentado directamente ante el juez de la sucesión.

Por otra parte, el artículo 3644 de nuestro Código Civil dispensa al testador de indicar el lugar donde ha hecho el testamento y el artículo 3641 permite que en su forma ológrafa se haga en

cualquier idioma; la misma disposición es contemplada por el artículo 970 del Código Civil francés.

La presentación del testamento ante el notario se produce después del fallecimiento de la causante; consecuentemente, es un acto que no integra el proceso de confección del testamento, que eventualmente haría aplicable lo dispuesto en el artículo 3638 del Código Civil argentino. No estamos frente a un testamento protocolizado por el otorgante en vida sino al producirse el inicio del trámite sucesorio por parte de algunos de los beneficiarios mencionados en su texto. Por ello, todo indica que estos beneficiarios del testamento eligieron una vía equivocada para hacer valer sus derechos, ya que hubiera bastado con que se presentaran muñidos del documento original ante la justicia argentina –sin la previa intervención notarial francesa–, donde sus derechos podrían ser reconocidos de una manera más directa y simple.

## 5. El testamento original

A esta altura del análisis, resulta bastante evidente que quien presenta el testamento ante el notario francés comete un error, pero también cabe preguntarse si el notario interviniente no debió tener en cuenta el reenvío a la ley argentina, estipulado por el artículo 720 del Código Civil, que rige sus actos, en especial cuando él mismo asienta en el acta que labra que el domicilio de la causante está en Buenos Aires y, sobre todo, acompaña la partida de defunción, de donde surge lo mismo. Le hubiera cabido contemplar, a luz de la ley aplicable a la apertura del sucesorio, si el acto que iba a realizar era compatible con el trámite sucesorio ulterior, que necesariamente debía regirse por la ley argentina. El mismo artículo 1007, antes traducido, en su último párrafo obliga al notario a que dentro del mes subsiguiente a la fecha del acta dirija “una certificación de la misma y una copia figurada del testamento al secretario del tribunal civil del lugar de apertura de la sucesión”.

Vélez no sigue el artículo 1007 del Código francés –aun cuando lo cita como fuente– al redactar su artículo 3691, en lo referente a la intervención notarial para el depósito previo de los testamentos, sino que otorga el rol de primer receptor de estos instrumentos a los jueces, a quienes deben ser entregados sin ningún tipo de trámite previo. Incluso, la protocolización ante

un escribano argentino no habilitaría a reemplazar la presentación del original por el testimonio que otorga el notario.

## 6. Conclusión

Lo que podríamos definir como una equivocación de algún heredero beneficiario de las disposiciones testamentarias, que lo lleva a presentar el original del testamento ológrafo de la causante ante un notario francés, y el hecho de que éste no haya contemplado el reenvío a la ley argentina, resultante de la aplicación del artículo 720 del Código Napoleón, son circunstancias que no deberían sanearse a costa de ignorar lo dispuesto por el artículo 3691 del Código Civil argentino.

No podemos dejar de mencionar que por vía de la protocolización, en el extranjero, de un testamento ológrafo cerrado se podría obviar el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 3692 del Código Civil, que establece que los testigos deben reconocer la letra y firma del testador, ya que este recaudo es de cuestionable cumplimiento cuando sólo se cuenta con copias. Otro tanto puede decirse de los testamentos ológrafos abiertos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 704 del Código Procesal, donde se exigen dos testigos para el reconocimiento de la letra y firma del testador, que, a pesar de la muy compartible postura al respecto de Machado, transcripta precedentemente, es ley positiva argentina y como tal tiene plena vigencia.

Son muchos los Estados que integran la comunidad internacional y habría que sacar las consecuencias de admitir que en cualquiera de ellos se pueda protocolizar un testamento ológrafo después del fallecimiento del testador como alternativa a la presentación del documento “tal como se encuentra” ante el juez nacional competente, exigida por el artículo 3691 del Código Civil. De estas consideraciones deberíamos excluir, en principio, los actos provenientes de los países miembros del Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889.

Estamos siempre en las formas y lo dicho no puede abrir juicio, en ningún caso, sobre la validez sustancial del testamento o la capacidad del testador. Tampoco puede negarse relevancia a la certificación notarial presentada, ya que ella debería ser sustento suficiente para el dictado de medidas cautelares destinadas a preservar el patrimonio sucesorio y disponer que se agregue el testamento original, acompañado de otras medidas destinadas

a lograrlo, tales como el libramiento de un exhorto diplomático o las que hagan a que aquél sea incorporado al expediente, ya que en los hechos se ha presentado una fotocopia certificada del testamento –por un notario extranjero con apostilla– y se ha determinado con toda precisión el lugar donde se encuentra depositado el original.

Estar a la validez del acto y preservar la última voluntad del causante, si ésta ha sido expresada en legal forma, es prioritario, pero ello debe darse dentro del marco de la normativa vigente en materia jurisdiccional, ya que así se preserva la legitimidad de las decisiones que se tomen y la capacidad de hacerlas cumplir.