

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV  **JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

Título: FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

Autores: Notario María Alicia Craviotto.

Notario Enrique H. J. Garbarino

Integrantes del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Entidad miembro del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

<u>SUMARIO.</u>	Pág.
Ponencias.	5
I. Forma de los testamentos.	7
II. El testamento en el derecho argentino.	7
III. Aplicación de las normas de derecho internacional al privado Argentino en materia de testamentos otorgados en el extranjero.	10
IV. Avances en cuanto a la forma testamentaria impulsados en el Orden internacional.	11
V. Conclusiones.	12
Bibliografía.	14

PONENCIAS.

Interpretando sistemáticamente los arts. 3638, 3634 y 3635 del Código Civil Argentino, el testamento otorgado en el extranjero podrá ser efectuado según las formas del lugar en que reside el testador, de la nacionalidad a la que pertenece, o por las formas legales argentinas. Este criterio de elección de varios derechos aplicables también aparece en la Convención sobre los conflictos de leyes en materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, celebrada en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que entró en vigor el 5 de octubre de 1961 y que somete la validez formal del testamento, alternativamente, al derecho interno del lugar donde el testador lo otorgó, o de la nacionalidad del testador, sea al momento de disposición o de su muerte, del lugar del domicilio del testador, sea al momento de testar o de morir, o del lugar de la residencia habitual del testador al momento de testar o morir, o para los inmuebles, del lugar de la situación (Art.1º).

Considerando que el respeto a la última voluntad del extinto tiene un fundamento racional y de conveniencia social propiciamos que, haciendo una interpretación amplia del artículo 14, inciso 4 del Código Civil Argentino, se aplique siempre la ley más favorable a la validez de la forma de los testamentos, y proponemos que este mismo criterio se siga en el derecho comparado, para alcanzar de este modo una solución uniforme y valiosa.

I. FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

La sucesión internacional es una de las materias más complejas del derecho internacional privado, que contempla y reglamenta las situaciones jurídicas que se plantean ante el fallecimiento de una persona con conexiones nacionales múltiples, determinando, entre otras cuestiones, la ley o las leyes aplicables a su sucesión.- Dichas normas, que integran el orden público internacional, tienen carácter coactivo e inderogable por voluntad de las partes.- A pesar que la sucesión “mortis causa” es un fenómeno jurídico mundialmente reconocido, las legislaciones nacionales pueden regularlo de distintas maneras, de acuerdo a la concepción que el sistema jurídico de que se trate tenga del hombre, de la familia y de la propiedad.- En efecto, las diferentes concepciones iusfilosóficas y sociológicas existentes evidencian la importancia que radica en la determinación del derecho aplicable a una sucesión multinacional, pues las consecuencias para los herederos podrán ser diferentes según la ley aplicable al caso concreto.

Siendo el objeto del presente trabajo hacer foco en las formas de los testamentos en sucesiones con conexiones internacionales, comenzaremos por realizar una breve reseña de los distintos tipos de testamentos contemplados en el derecho argentino, así como también de sus normas de derecho internacional privado en materia testamentaria; a continuación aplicaremos a título ejemplificativo algunas de dichas normas a testamentos otorgados en el extranjero; y finalmente comentaremos los más relevantes avances en cuanto a la forma testamentaria impulsados en el ámbito internacional.

II. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ARGENTINO.

En la legislación argentina el testamento es un acto escrito y solemne, cuya

validez va a depender de que se hayan observado las disposiciones establecidas en el Código Civil al momento de su otorgamiento.- Como lo establece la nota al artículo 3622 de dicho Código *“Las formalidades testamentarias no han sido prescriptas como prueba sino como forma esencial y la falta de una sola forma anula el testamento”*.- Coincidimos con la doctrina nacional en que dichas formas se requieren *“ad-solemnitatem”* y no *“ad-probationem”*, puesto que las mismas han sido impuestas por la ley para garantizar la certeza y seriedad de la manifestación clara y libre de la voluntad del testador.- Asimismo, el artículo 3627 del Código Civil Argentino dispone que *“la prueba de la observancia de las formalidades prescriptas para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo y no de los otros actos probados por testigos”*.- Con ello se trata de impedir que se pueda recurrir a pruebas extrínsecas acerca de circunstancias, hechos, o actos que deben surgir del mismo testamento.

Si bien existen distintas solemnidades para cada una de las formas testamentarias, según el artículo 3626 del Código Civil bajo análisis *“La forma de una especie de testamento no puede extenderse a los testamentos de otra especie”*.- Sin embargo, existen requisitos que son comunes a todas las formas testamentarias, como ser que deben ser firmados de puño y letra por el testador, con excepción del testamento por acto público, que permite la firma a ruego por un tercero o por alguno de los testigos para el caso que el testador no pueda o no sepa firmar; del testamento cerrado cuando, habiendo el testador firmado el testamento, una causa sobreviniente le impida firmar el acta notarial; y de los llamados testamentos especiales.

Básicamente, en el derecho argentino las formas de los testamentos se clasifican en ordinarias ó comunes, y en especiales o extraordinarias.- Las primeras son las que el Código Civil pone a disposición del testador en cualquier circunstancia, y las segundas aquellas que la ley permite usar en sucesos graves o a determinadas personas.- Las formas ordinarias son las siguientes: 1) Testamento ológrafo; 2) Testamento cerrado; y 3) Testamento por acto público.- Las especiales son: 1) Testamento militar; y 2) Testamento

Marítimo.

En el lenguaje habitual, forma se opone a fondo.- Lo importante, lo esencial, es el fondo.- La forma no hace más que vestir el fondo mediante una vestimenta sustituible por otra.- El fondo es la sustancia y la forma no es más que el accidente.- Partiendo de este concepto, la característica de la forma es que es sustituible.

En materia de forma de los actos jurídicos rige el principio general de derecho internacional privado “*locus regit actum*” (la ley del lugar de celebración rige la forma del acto).- Con relación especialmente a los testamentos, el Código Civil Argentino, en sus artículos 3634 a 3638, distingue en materia de formas dos hipótesis: El testamento otorgado en la Argentina y el otorgado en país extranjero.- En el primer caso, conforme a los artículos 3622 y 3634, propone las tres formas testamentarias ordinarias que ya hemos mencionado.- En el segundo caso, corresponde diferenciar si el testamento es otorgado en el exterior, y si el testador es argentino ó extranjero.- Según el artículo 3635, un argentino puede testar observando la forma dispuesta por el derecho local, o bien conforme a las formas que rigen en la República Argentina, sea como testamento abierto o cerrado, en la representación diplomática argentina (artículo 3636).- El testamento otorgado por un extranjero en el exterior y fuera del país de su nacionalidad, para producir efectos en la República Argentina, debe realizarse conforme a las formas del lugar de celebración ,o a las formas nacionales del testador, o a las formas argentinas.

Según Werner Goldschmidt “*Estas disposiciones plantean algunas dudas.- En cuanto a la hipótesis citada en primer término: “¿Porqué se prohíbe en nuestro país, a un español catalán que teste en la forma foral del testamento sacramental (Art.3634), si admitimos tal testamento como válido habiéndolo otorgado en Francia (Art.3638)? Parece incoherente no concederle en la Argentina el empleo de sus formas nacionales”.- Con respecto al testamento que un argentino otorga en el extranjero, la forma ológrafa será válida (interpretación extensiva de los arts. 3636 y 3637 del Código Civil); así por ejemplo un testamento ológrafo otorgado*

por un argentino en Venezuela producirá sus efectos en la República Argentina.- Por último, el extranjero que testa en su país, puede hacerlo conforme a la ley local, que coincide con su ley nacional, o a la ley argentina (interpretación extensiva del Art. 3638 basada en el artículo 14 inciso 4 del Código Civil).

III. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO EN MATERIA DE TESTAMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO.

A título ejemplificativo, podemos citar algunos de los testamentos especiales españoles contemplados en los Derechos Forales y sus efectos en el Derecho Internacional Privado Argentino:

a) **Testamento Mancomunado Aragonés:** El testamento mancomunado es una forma habitual de testar en el derecho aragonés.- Con la ley de sucesiones aragonesa, los aragoneses, sean ó no cónyuges o parientes, pueden hacer testamentos mancomunados.- El mismo no es un contrato, por lo cual cualquiera de los cónyuges puede en principio revocar sus disposiciones.- Este testamento será válido, si estando domiciliados los testadores en Aragón al momento de testar, se trasladasen más tarde a la Argentina.- No ataca el Orden Público del Derecho Internacional Privado Argentino, ya que no conculca el principio de libertad testamentario, al ser pasible de revocación bilateral ó unilateral, aún después de la muerte del otro cónyuge, si el supérstite renuncia enteramente a los beneficios y disposiciones a hechos a su favor por el extinto.

b) **Testamento por Comisario Vizcaíno y Aragonés:** El testamento por comisario consiste en que el testador encomiende a uno o varios comisarios ó apoderados, la designación de los sucesores, la distribución de los bienes y todas las facultades que le correspondían al propio testador para la sucesión.- El mismo será válido en la República Argentina si el otorgante se domiciliaba en Vizcaya o en Aragón al

tiempo de testar.- Aquí estamos aplicando el derecho domiciliario al tiempo del acto (Artículo 3286 del Código Civil Argentino).

c) Testamento en Forma Abierta: Una persona de nacionalidad española, domiciliada en Madrid, testa en forma abierta a los 17 años de edad.- Luego adquiere la doble nacionalidad: argentina y española.- Fallece en la Argentina, sin revocar el testamento.- Para determinar su validez, hay que aplicar la ley del domicilio del testador al momento del otorgamiento.- El Código Civil español establece que están incapacitados para testar los menores de 14 años.- El testamento en consecuencia, será válido.

IV. AVANCES EN CUANTO A LA FORMA TESTAMENTARIA IMPULSADOS EN EL ORDEN INTERNACIONAL.

Ha sido siempre preocupación de los juristas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, asegurar la validez formal de los actos de última voluntad.- Así se ve reflejado en la Convención sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, que entró en vigor el 5 de octubre de 1961, celebrada en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.- Dicha Convención, en su artículo 1º textualmente establece: *“Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta se ajusta a la ley interna: a) del lugar donde el testador hizo la disposición, o b) de una nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento o c) de un lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o e) respecto a los inmuebles del lugar en que estén situados.- A los fines del presente Convenio, si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistemas y, en defecto de tales normas, por el vínculo más*

efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen este sistema.- Para establecer si el testador tenía domicilio en un lugar determinado, se estará a la ley de dicho lugar”.

Otro antecedente interesante a nivel internacional ha sido la Conferencia Diplomática sobre Testamentos, celebrada en Washington del 16 al 26 de octubre de 1973, en la cual surgió, a través de una ley uniforme, una nueva forma testamentaria: el llamado “Testamento Internacional”.- Este instrumento, que en gran medida eximiría la búsqueda de la ley aplicable, es regulado en 15 artículos, que en síntesis disponían lo siguiente: a) un testamento será válido en cuanto a sus formas, cualquiera sea el lugar en que se otorgue, la ubicación de los bienes, la nacionalidad, domicilio o residencia del testador; b) la nulidad del testamento internacional no afectará su validez eventual en cuanto a la forma, como testamento de otra clase; c) el testamento no puede ser otorgado por dos o más personas en un solo instrumento; debe ser escrito, aunque sin necesidad que lo sea por el testador, en cualquier idioma, en forma manuscrita o por otros medios; d) el testador debe declarar ante dos testigos y una persona habilitada para autorizar este tipo de testamento; y e) debe tenerse en cuenta el lugar de la conservación del testamento, y una certificación expedida por la persona habilitada, respecto del cumplimiento de las formalidades exigidas por dicha ley.- Si bien esta ley, que hemos descripto en apretada síntesis, podría ser objeto de varias reformas, tenía el gran mérito de generar una forma testamentaria que nunca podría ser cuestionada por legislación alguna, lo que daría al testador la seguridad del cumplimiento de su última voluntad, en lo referente a la forma adoptada.

V. CONCLUSIONES.

1. Una interpretación sistemática de los artículos 3638, 3634 y 3635 del Código Civil Argentino conduce a establecer que el testamento otorgado en el extranjero, para ser considerado válido en cuanto a sus formas en la República Argentina y de

este modo producir allí sus efectos, deberá ser otorgado, o bien observando las formalidades del lugar en que reside el testador, o bien las del derecho del país a que corresponde su nacionalidad, o bien las dispuestas por el derecho argentino.-

2. Este criterio de elección entre varios derechos aplicables en materia de testamentos, es el que recoge la Convención sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, celebrada en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que entró en vigor el 5 de octubre de 1961.-

3. Considerando que el respeto a la última voluntad del extinto tiene un fundamento racional y de conveniencia social, propiciamos que, realizando una interpretación amplia del artículo 14, inciso 4° del Código Civil Argentino, en la República Argentina se aplique siempre la ley más favorable a la validez de la forma de los testamentos; y proponemos asimismo que el mismo criterio sea observado en el derecho comparado, con el fin de alcanzar de este modo una solución más uniforme y valiosa en materia de derecho internacional privado.-

Bibliografía.

Kaller de Orchansky Berta: Manuel de Derecho Internacional Privado (Bs. As., El Derecho - 1970)

Werner Goldschmidt: Derecho Internacional Privado (Bs. As., De Palma - 1999)

Antonio Boggiano: Curso de Derecho Internacional Privado (Bs. As., Abeledo Perrot - 2.000)

Héctor Lafaille: Curso de Derecho Civil Sucesiones (Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina - 1932)

Convención sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias.(La Haya. 1961)

Conferencia Diplomática sobre Testamentos. (Washington 1973)