

SOBRE LOS TESTAMENTOS EN ÉPOCA DE PANDEMIA

Dr. Mauricio Moyano¹.

La regulación de los testamentos especiales por el viejo Código Civil.

Sabido es que el viejo Código Civil regulaba entre los testamentos ordinarios al abierto, al cerrado y al ológrafo; mientras que entre los testamentos especiales o extraordinarios se encontraban el consular (arts. 3636 y ss.), el de tiempos de guerra (arts. 3672 y ss.), el marítimo (arts. 3679 y ss.), los otorgados en distritos rurales (art. 3655), y en tiempos de peste o epidemia (art. 3689). Estos dos últimos eran considerados por algunos como una variedad respecto del testamento por acto público en tanto debían contar con las mismas formalidades, pero sólo variaba el funcionario autorizante. En efecto, y respecto del testamento otorgado en tiempo de epidemia, el artículo 3689 del viejo Código Civil decía: *“Si por causa de peste o epidemia no se hallare en pueblo o lazareto, escribano ante el cual puede hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, o ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescriptas para los testamentos por acto público”*. Lo único de “especial” que tenía ese testamento en tiempos de epidemia, es que se podía otorgar frente a un funcionario municipal o jefe del lazareto en vez de un notario. Luego, las demás formalidades eran las mismas, así, por ejemplo: debía también contar con la presencia de tres testigos (art. 3654); dejar constancia del lugar, fecha y datos de los testigos (art. 3657); dejar constancia si ha hecho el testamento o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones; ser leído a viva voz frente al testador y los testigos (art. 3658); firmado, etc.

La derogación de la mayoría de los testamentos especiales por el nuevo Código Civil y Comercial.

El nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) redujo notablemente las distintas formas de testar regulando entre los testamentos ordinarios al abierto y al ológrafo, y entre los especiales sólo al consular (actual artículo 2646 del CCC). Sigue subsistiendo el testamento aeronáutico en su ley especial (artículo 85 de la ley 17.285) en tanto ésta nunca fue derogada o modificada en ese aspecto. No obstante ello, éste siempre ha sido de nula aplicación.

¹ Desde hace más de 20 años ejerce en forma particular la profesión de abogado. Actualmente es profesor de Sucesiones en la Universidad del Aconcagua y en la Universidad de Mendoza. Ha disertado en varios congresos y capacitaciones, escrito varios artículos relativos a la materia, y fue director y coautor del libro "El proceso sucesorio en el código procesal civil, comercial y tributario de la Prov de Mendoza", Ed. ASC, 2018.

Respecto a la derogación de los testamentos especiales en el nuevo Código Civil y Comercial entendió el legislador que ya no es necesario contar con los mismos en tanto hoy no se justifican. Entre los fundamentos del Código Civil y Comercial podemos leer: “*Se suprime... los testamentos especiales previstos por Vélez Sarsfield en los artículos 3672 a 3689 del Código Civil, que hoy no se justifican*”.

La opinión de la doctrina sobre la derogación de los testamentos especiales.

Frente a la falta de regulación o derogación de los testamentos especiales en el nuevo Código Civil y Comercial, la doctrina ha tenido opiniones encontradas. Julio Cesar Rivera, por su parte, sostiene que la eliminación de los testamentos especiales se justifica, “*ya que la institución notarial y la figura del escribano se encuentran ampliamente esparcidas a lo largo y ancho del territorio nacional*”². Más adelante intentaremos refutar la opinión de tal eximio jurista.

En cambio, y en una opinión más cercana a la que se expone en el presente trabajo, el Dr. José Luis Pérez Lasala se manifiesta en contra de dicha derogación al sostener que “*El código unificado ha suprimido lisa y llanamente los testamentos especiales, a nuestro juicio, sin mayor meditación*”. Sostenía este jurista que hubiese bastado con realizarles las modificaciones legislativas que corresponden a nuestra época, sin necesidad de recurrir a su eliminación. Pregonaba como importante mantener los testamentos especiales, entre ellos, el militar y el marítimo³.

Por mi parte, creo que se deberían haber mantenido los testamentos especiales en el nuevo Código Civil y Comercial. Tal vez su mantenimiento tendría que haber venido acompañado de una norma genérica que los autorice. La realidad actual nos ha demostrado que todavía son necesarios los testamentos de guerra, marítimos, consulares y en tiempos de epidemia. Realmente no me imagino que ante una emergencia en un viaje en avión el comandante de la aeronave deje todo lo que está haciendo (que precisamente es evitar que el avión se estrelle) para registrar en su libro el testamento de un pasajero que justo optó por testar en ese crucial momento en que el avión está cayendo a tierra. En cambio, sí lo imagino en un barco, donde los viajes en cruceros pueden durar semanas. De hecho, con esta pandemia hemos visto por televisión a gente desesperada en los cruceros, no teniendo dónde desembarcar, y tal vez con alguno de ellos muy enfermos e incluso hemos visto cruceros con pasajeros fallecidos. También me lo imagino en una guerra como la de Malvinas, que duró más de dos meses y donde pudo presentarse una situación de

² Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela, “Código Civil y Comercial Comentado”, Ed. La Ley, 2014.

³ Pérez Lasala, José Luis, “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, pág. 536, Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni, año 2014

tales características. Y por supuesto que también los imagino en esta época de pandemia, donde una persona mayor (imaginémoslo de 80 años de edad), internada por COVID-19, quiera expresar su última voluntad frente al director del hospital donde está pasando sus últimos momentos de vida.

Puede suceder que en estas situaciones especiales (militar, marítimo o epidemia) no hayan notarios, o que éstos no se encuentren dentro de su atribuciones o de su competencia territorial, o que no se encuentren habilitados, o que el Estado haya prohibido la circulación por cuestiones de salud pública, como está ocurriendo en estos días. También puede suceder que los pocos notarios que estén en función no den abasto y, por ende, sea necesario recurrir a otro funcionario autorizante.

Por todo lo expuesto, es que considero apropiado volver a legislar sobre los testamentos especiales militar, marítimo y para época de peste o epidemia. Y tales nuevos testamentos especiales no deberán ser tan exigentes en cuanto a las formalidades, sino que las mismas deberían flexibilizarse a fin de procurarse su fácil aplicación entre la población. Deberá buscarse su viabilidad. Recordemos que entre las formalidades que debían cumplirse durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield estaban las de contar con la presencia de tres testigos (art. 3654); dejar constancia del lugar, fecha y datos de los testigos (art. 3657); dejar constancia si el funcionario ha hecho el testamento o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones; ser leído a viva voz frente al testador y los testigos (art. 3658); ser firmado por todos, etc. Tantas formalidades no hacían más que favorecer las futuras peticiones de nulidad de los testamentos. Tanto fue así, que en Francia el Colegio Notarial llegó a aconsejar a sus notarios no realizar testamentos abiertos en tanto los mismos eran usualmente anulados con la consecuente responsabilidad de los Notarios frente a tales supuestos. Lo mismo podría aplicarse a los testamentos especiales en época de peste. Es por ello que reitero: de legislarse nuevamente sobre los testamentos especiales, habría que bregar por su “informalidad”, entendida ésta como una formalidad reducida atento a lo extraordinario de la situación.

La pandemia actual, el aislamiento obligatorio y la necesidad de testar.

Como ya es sabido por todos, el día 11 de marzo del 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia del COVID-19 luego de que el número de personas infectadas en todo el mundo llegara a 118.554, los muertos a 4281, afectando a 110 países. Pocos días después, el 20 de marzo del 2020, el Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina, a través del DNU 297/20, ordenó en todo nuestro país el aislamiento social, preventivo y obligatorio a fin de hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19. Así, se ordenó que, salvo las actividades exceptuadas, las personas debieran abstenerse de

concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. En este mismo sentido, no está permitido realizar ningún evento que implique reunión de personas.

En la Argentina los notarios no fueron considerados actividad esencial conforme el DNU 297/20 antes referenciado. Recién con la Decisión Administrativa N° 467 emanada del Jefe de Gabinete Nacional, de fecha 08/04/2020, se reconoció a los Notarios como una actividad esencial, pero limitado a ciertos casos: los de fuerza mayor, a actos relacionados con las actividades consideradas esenciales según la normativa vigente, y para la certificación de poderes del Anses. Luego por decisión administrativa N° 524 se abrieron los Registros Nacionales del Automotor, autorizándose a los escribanos a certificar firmas en todos los formularios tipo.

Fue así, que esta última Resolución 467 incorporó a la actividad notarial como servicio esencial en los términos previstos en el Decreto N° 297/20, debiéndose otorgar los actos notariales del caso sólo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones. Dicha resolución, en su artículo 3, determina que los Notarios que otorguen actos en virtud de lo dispuesto en la presente decisión administrativa deberán: dejar constancia en los respectivos documentos que autoricen de los motivos que justifican su intervención con expresa mención del Decreto N° 297/20 y de la Resolución 467; y dentro de los DIEZ (10) días corridos del mes inmediato siguiente al de la finalización del aislamiento social, preventivo y obligatorio, notificar al Colegio Profesional que corresponda cualquier acto protocolar o certificación de firmas realizados con fundamento en la presente y acreditar el cumplimiento de los requisitos expuestos.

Más allá de la legislación de emergencia antes referida (Decreto N° 297/20 y Resolución N° 467/20), lo cierto es que hoy por hoy (primer semana de mayo del 2020) estamos atravesando una pandemia mundial con casi 4.000.000 de personas contagiadas en el mundo que torna necesario contar, en nuestro país, con el testamento en tiempos de peste.

No obstante tal propuesta de *lege ferenda*, frente a la ausencia de tal testamento especial, debemos encontrar una solución jurídica frente a la necesidad actual.

El grupo de mayor riesgo frente al COVID-19 son las personas mayores de 65 años, en tanto el promedio de edad de los fallecidos en el mundo es de 70 años. Según las estadísticas, si una persona mayor de 65 años se contagia del COVID-19 tiene 80% de posibilidades de morir. Conforme las estadísticas brindadas, es lógico pensar que personas de ese grupo de riesgo vean la necesidad de testar, de disponer para después de su muerte del destino de sus bienes, de disponer sobre su sepelio (más allá de su valor legal como disposición testamentaria obligatoria), de nombrar tutores o curadores para sus hijos menores o incapaces, de mejorar a algún heredero o incluso

de utilizar la mejora estricta del artículo 2448 del CCC para algún descendiente o ascendiente con discapacidad, entre otras tantas alternativas que podemos encontrar en las disposiciones testamentarias.

Todas estas personas que se encuentran en la necesidad de testar, que ven cercana a la muerte, como muy probable su pronto fallecimiento, no pueden testar por acto público (arts. 2479 y ss. del CCC) en tanto las reuniones están prohibidas (DNU 297/20) y el otorgamiento de tal forma de testamento supone la participación de al menos cuatro personas: el testador, el notario y dos testigos. Es por ello que las personas que hoy quieran testar sólo lo podrán hacer por medio del testamento ológrafo (arts. 2477 y ss. del CCC). Será de mucha importancia, entonces, que esos testadores cuenten con el asesoramiento jurídico a fin de que su acto cumpla con las formalidades correspondientes y no sea anulado el día de mañana. Se buscará garantizar la eficacia de tal acto mortis causa.

En consecuencia, considero que el asesoramiento en la confección de un testamento ológrafo y su posible protocolización y/o certificación de firma deben ser considerados casos de fuerza mayor cuando el testador es una persona que integra un grupo de riesgo y tiene fundados motivos para pensar en un pronto deceso como consecuencia del COVID-19. En este orden de ideas, si bien los Escribanos ya son considerados como personas afectadas a servicios esenciales, sus desplazamientos deben limitarse al estricto cumplimiento de sus actividades y servicios cuando atiendan un caso de fuerza mayor como lo es el otorgamiento de un testamento por una persona de riesgo y en peligro de muerte. Símil conclusión podrá arribarse respecto de los abogados que quieran asesorar a sus clientes en la confección de un testamento ológrafo y en la redacción de sus disposiciones testamentarias. Es decir, que los abogados también tendrían que ser exceptuados de la prohibición de circular, en tanto tendría que ser considerado un caso de fuerza mayor cuando quieran asesorar en el otorgamiento de un testamento a una persona de riesgo y en peligro de muerte. Sin perjuicio de lo expuesto, se entiende que en época de pandemia deberá priorizarse el asesoramiento jurídico a través de medios virtuales, cuestión difícil de imponer a las personas de mayor edad y, muchas veces, difícil de utilizar por ellos.

¿En caso de que el asesoramiento otorgado por el profesional del derecho no se considere de fuerza mayor, el testamento otorgado en época de pandemia será igualmente válido?

Desde ya considero que el asesoramiento jurídico para testar, brindado a una persona de un grupo de riesgo, en época de pandemia y de aislamiento obligatorio es un caso de fuerza mayor. Por ende, los Notarios y abogados deberán ser exceptuados del aislamiento obligatorio y permitir el asesoramiento de sus clientes a los efectos de

otorgar un testamento ológrafo, en tanto es un caso de fuerza mayor. El Código Civil y Comercial conceptualiza el caso fortuito en el art. 1730, y sostiene: *“Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos”*.

Más allá de mi particular posición expuesta, lo cierto es que aun cuando la justicia considere que el caso no era de fuerza mayor y se impute al profesional jurídico que asistió al testador del delito penal contra la salud pública (art. 205 Código Penal), el testamento ológrafo conservará su validez si fue realizado conforme los requisitos mínimos que exige nuestra ley, a saber: escrito de puño y letra por el testador, firmado por él y fechado (art. 2477 del CCC). Por demás, y en caso de haber sido el testador asesorado por un notario, nada obstará que el testamento tenga más formalidades que las exigidas (art. 2474 CCC último párrafo), como por ejemplo: certificación de firma o la presencia de algún testigo.

La obligación de registrar los testamentos.

En todas y cada una de las provincias de la Argentina funcionan los Registros de Actos de Última Voluntad donde se registran los testamentos, sus modificaciones y revocaciones. Actualmente, en todas las circunscripciones de Argentina estos Registros se encuentran temporalmente cerrados por la pandemia.

Por ello, los testamentos válidamente otorgados durante la pandemia deberán ser registrados cuando tales Registros abran. Así lo establece la decisión administrativa N° 467 emanada del Jefe de Gabinete Nacional en su artículo 4: *“Durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio, los Colegios Profesionales deberán dar estricto cumplimiento a las normas resultantes del Decreto N° 297/20 debiendo permanecer cerrados, sin actividad presencial alguna ni atención al público y solo podrán establecer guardias excepcionales, mínimas y restringidas al solo y único fin de posibilitar la formalización y legalización de los documentos de los que da cuenta la presente decisión administrativa que sean otorgados con las finalidades expuestas. Una vez finalizado el aislamiento social, preventivo y obligatorio, en ejercicio de sus facultades de contralor de la actividad notarial en sus respectivas jurisdicciones y como parte de sus cronogramas previstos y habituales, los mencionados Colegios Profesionales deberán verificar el cumplimiento de la presente decisión administrativa...”*.

Sin perjuicio de lo expuesto, finalmente aclaro que no anula el testamento la falta de registración del mismo en el correspondiente Registro de Actos de Última Voluntad.

Conclusiones.

De todo lo expuesto en el presente, puedo obtener las siguientes conclusiones:

- En un futuro próximo y en pos de facilitar que los ciudadanos testen, deberían incorporarse a nuestra legislación actual los testamentos especiales y, entre ellos, el de época de pandemia, en tanto los médicos especialistas sostienen que estas pandemias serán comunes en el futuro.
- Estimo que la recepción legislativa de los testamentos especiales deberá hacerse en forma unificada. Es decir, que tal vez en un solo artículo podrá el legislador reincorporar el testamento otorgado en situaciones especiales o extraordinarias.
- Tales testamentos especiales no deberían ser tan exigentes en cuanto a las formalidades, sino que las mismas tendrían que flexibilizarse en pos de procurar su fácil aplicación entre la población. Recordemos que, conforme el viejo Código Civil, entre las formalidades que debían cumplir los testamentos en época de peste estaban: contar con la presencia de tres testigos (art. 3654); dejar constancia del lugar, fecha y datos de los testigos (art. 3657); dejar constancia si el funcionario ha hecho el testamento o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones; ser leído a viva voz frente al testador y los testigos (art. 3658); ser firmado por todos, etc. Tantas formalidades no hacían más que favorecer las peticiones de nulidad de tales testamentos en tanto eran tantas que siempre alguna se olvidaba o incumplía.
- Por último, en la situación actual de pandemia y hasta tanto se habilite la reunión de personas, sería conveniente priorizar los testamentos ológrafos con el asesoramiento de los notarios o abogados a fin de que su acto cumpla con las formalidades correspondientes, debiendo considerarse a estas actividades como de fuerza mayor, y esenciales en el ámbito de la restricción de circulación.