
LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

CAROLINA BIANCHI

SUMARIO

1. EL TESTAMENTO COMO ACTO UNILATERAL Y PERSONALÍSIMO. 2. VICIOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA. 2.1. El error. 2.1.1. Falsedad de la causa o motivo. 2.1.2. El error en los legados. 2.2. La violencia. 2.3. El dolo. 2.3.1. Las palabras o maquinaciones insidiosas. 2.3.2. Alcance de la nulidad. **3. EFECTOS DEL VICIO DE LA VOLUNTAD: ¿NULIDAD O INOPONIBILIDAD?** 4. CONCLUSIONES.

1. EL TESTAMENTO COMO ACTO UNILATERAL Y PERSONALÍSIMO

El testamento está definido en el artículo 779 del Código Civil como el acto revocable mediante el cual la persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte. El mencionado artículo, únicamente hace referencia al contenido típico de un testamento: el relativo a la disposición de los bienes por parte del testador (ya sea a título universal mediante la designación de heredero, o a título particular cuando se nombra un legatario). Pero además, el testamento puede tener un contenido atípico de carácter extrapatrimonial, como la designación de un tutor o el reconocimiento de un hijo natural.

A los efectos del presente análisis, es pertinente centrarse en dos aspectos del testamento: su carácter unilateral y personalísimo. Lo anterior en tanto son las características más directamente relacionadas con la manifestación de la voluntad *per se*.

Como acto jurídico unilateral, el testamento requiere para su perfeccionamiento únicamente de la manifestación de volun-

tad del testador. Dicha voluntad no requiere ser conocida por las personas hacia las cuales el acto está destinado para producir sus efectos; éstos se despliegan desde el momento de la muerte del testador. Esta última nota le confiere el rasgo de no recepticio. El artículo 781 del Código Civil prohíbe que dos personas testen en el mismo acto, dejando en claro su carácter también unipersonal.

La nota de personalísimo implica, en primer lugar, la necesidad de que sea el propio testador quién manifieste su voluntad, excluyendo la posibilidad de otorgarlo mediante terceras personas. Conforme el artículo 782 del Código Civil, el testamento no se puede otorgar a través de representante. La Dra. CAROZZI señala que esta prohibición es incluso más restrictiva que la que se presenta en otro acto de carácter personalísimo que regula el Código Civil, como lo es el matrimonio¹. El artículo 100 del Código Civil, permite la celebración de este último por medio de la figura del nuncio; en materia de testamento esta facultad no es admitida, limitando totalmente la posibilidad de que el acto se perfeccione por medio de la manifestación de voluntad un tercero.

¹ CAROZZI FAILDE, Ema, *Manual de Derecho Sucesorio, Tomo 1*, Segunda Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 37.

En segundo lugar, se prohíben las cláusulas que establezcan que un tercero determine la subsistencia de la institución de heredero o de un legado, así como la designación de su cantidad. Señala VAZ FERREIRA acertadamente, que a pesar de que el Código Civil no lo menciona, tampoco es posible que el tercero designe a la persona del heredero o del legatario, ya que en ese caso estaríamos ante un acto que representa la voluntad de este tercero y no así la del testador. Diferencia estos casos, de aquellos en los cuales el tercero sirve únicamente como instrumento para desentrañar la voluntad del testador, haciendo, al decir de POLACCO, meramente un técnico aplicador de criterios².

En su inciso final, el artículo 782 del Código Civil, sí permite que quede en manos de un tercero el repartimiento de determinados bienes, cuando el testador deja disposiciones que establezcan la clase de personas entre las cuales éstos deben repartirse.

2. VICIOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

El testamento debe considerarse como un acto que depende de la voluntad; su orden causal se ve alterado cuando interfiere un fenómeno que opera sobre la determinación del querer, y que le da a la declaración de la voluntad una inclinación distinta a que originariamente tenía cuando fue creada en el ámbito interno del testador libremente. Así es como la misma se desvía o desnaturaliza.

A raíz de este fenómeno es que las anomalías de la voluntad son recogidas en las legislaciones como elementos que generan instituciones viciadas. Algunos son inter-

nos como la incapacidad y el error; y otros externos como la violencia y el dolo³.

La voluntad testamentaria va a ser considerada válida en tanto emane de una persona que cuente con capacidad para testar (artículo 831 del Código Civil⁴). Pero además, debe responder a la total autonomía de la parte y plasmarse así en el acto jurídico.

En nuestro ordenamiento, los factores que vician la voluntad son denominados vicios del consentimiento y están enumerados en el artículo 1269 del Código Civil, que establece que *“el consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”*. GAMARRA señala que la voluntad se forma en base a motivos; cuando entre los motivos determinantes tuviera injerencia el falso conocimiento, ya sea espontáneo (error) o provocado (dolo), o el temor (violencia), este proceso de formación de la voluntad se aparta de su curso normal y pasa a estar viciado⁵. Cuando la voluntad está viciada, no es válida.

El Código Civil regula la teoría general de los vicios en sede contractual dentro de la sección referida a los requisitos para la validez de los contratos. En materia testamentaria, sin embargo, el legislador omite

3 Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia del 22 de febrero de 1934, España.

4 **Artículo 831 del Código Civil:** *“No pueden disponer por testamento: 1°.- Los impúberes, esto es, los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce. Los que hayan cumplido respectivamente esa edad, podrán testar libremente, aunque se hallen bajo la patria potestad. 2°.- Los que se hallaren bajo interdicción, por razón de demencia aunque tuvieran intervalos lúcidos. 3°.- Los que, sin estar bajo interdicción, no gozaren actualmente del libre uso de su razón, por demencia, ebriedad u otra causa. En este caso, el que impugnare la validez del testamento deberá probar que el que lo hizo no gozaba del libre uso de su razón. 4°.- Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente. Los individuos no comprendidos en las prohibiciones de este artículo son hábiles para disponer por testamento (Artículo 1616).”*

5 GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XII*, Tercera Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1979, p. 10.

2 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las Sucesiones, Tomo primero*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1980, p. 213.

proporcionar íntegra regulación específica, dedicándole únicamente un artículo a la violencia (artículo 789), dos al error (artículos 787 y 788) y ninguno al dolo.

Si bien hay referencia en sede testamentaria a los vicios de la voluntad, ésta no resulta suficiente y se generan vacíos legales. Por lo tanto, como entiende la doctrina unánime, debe ser integrada con la teoría general en sede de contratos. Pero esta teoría general fue elaborada para aplicarse a negocios jurídicos bilaterales -como lo es el contrato- y, cuando se aplica en un negocio jurídico unilateral y unipersonal -como el testamento- hay que tener en cuenta las especialidades de la figura.

En ese sentido, AREZO advierte que el contrato y el testamento son dos negocios jurídicos antitéticos⁶. Por un lado, el contrato como una “*convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera (...)*”, y por el otro el testamento como un acto unilateral y unipersonal mediante el cual “*una persona*” dispone directa o indirectamente de todo o parte de sus bienes -siempre teniendo la posibilidad de realizar, además, disposiciones de carácter extrapatrimonial-. Aconseja manejar la aplicación de las normas generales de forma cuidadosa, para evitar las generalizaciones y la mala aplicación de las normas de derecho por analogía.

2.1. El error

Se entiende por error a la divergencia entre la realidad y la representación de ésta, por parte del agente⁷; se trata de conocimientos, ideas o conceptos falsos de la realidad. Estos conceptos falsos pueden

darse tanto con respecto a realidades materiales -en cuyo caso estaremos ante el error de hecho- como jurídicas -supuesto del error de derecho⁸.

En materia testamentaria el Código Civil expresamente distingue dos tipos de error de hecho: *error in persona* y *error in corpore*. Aquí, el legislador se adhiere a la regla de que la descripción falsa o equivocada no vicia el acto, en tanto la voluntad sea clara (*falsa demonstratio non nocet*). Es decir, la divergencia entre la voluntad y su manifestación, no genera la nulidad del acto, salvo que exista duda sobre la persona o cosa, o se configure el supuesto del artículo 788 del Código Civil (infra 2.1.1).

El *error in persona* está previsto en el inciso primero del artículo 787 del Código Civil. Esta disposición establece que cuando la persona del heredero o del legatario hubiera sido falsamente designada, la disposición conservará su validez siempre y cuando no haya duda con respecto a quién fue el instituido. El artículo 780 del Código Civil, consagra un principio relacionado en materia de interpretación, conforme el cual, a pesar de no usar el testador la palabra heredero, en caso de ser su voluntad clara en ese sentido, se entenderá que la disposición fue hecha a título universal. Esto implica que no se incurre en error por no emplear el vocablo heredero, siempre que del contexto se comprenda de forma clara la voluntad del testador para realizar tal designación.

El inciso segundo del mismo artículo prevé el *error in corpore* y le da los mismos efectos que al *error in persona*: la validez de la cláusula cuando la cosa hubiera sido falsamente designada por parte del testador.

VAZ FERREIRA sostiene que, además, hay ciertas reglas de la teoría general del error en materia contractual que son de

6 AREZO PIRIZ, Enrique, “Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria” en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 73 (1-6), 1987, pp. 25-37; p. 27.

7 *Ibidem*, p. 12.

8 IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 112.

aplicación analógica a las disposiciones testamentarias. Así, el error material de aritmética que menciona el inciso segundo del artículo 1270 del Código Civil⁹. Conforme a dicho artículo, un error meramente matemático -de cálculo, por ejemplo- solo da lugar a la reparación, en tanto no haya dudas de la verdadera voluntad del testador.

En lo que respecta al error de derecho, si bien el artículo 1270 inciso primero del Código Civil establece que no impedirá los efectos legales del contrato, en sede testamentaria esta disposición no es aplicable. Este tipo de errores son frecuentes en aquellos testamentos en los cuales el testador redacta sin asistencia letrada, como sucede en ocasiones con los testamentos cerrados. En estos casos, hay que estar a la voluntad del testador; si por ejemplo designa un albacea cuando lo que en realidad correspondería designar en el caso concreto (según la función que el sujeto ha de cumplir) fuera un curador, el error de derecho se remedia interpretando de forma adecuada la voluntad del testador y rectificando la cláusula en cuestión.

Para IRURETA GOYENA, el supuesto del artículo 788 del Código Civil, es el único en el que debería permitirse que el error de derecho vicie el testamento. Fundamenta su postura en que el mencionado artículo no hace distinción entre los tipos de errores. Con respecto a los demás supuestos en los cuales el testador comete un error de derecho, pero no exterioriza el motivo ni lo hace condicional o determinante, entiende que no puede considerarse nula la disposición¹⁰. Esto en tanto, en sede contractual la nulidad del error de derecho se consagra para proteger a la contraparte, pero en materia testamentaria la figura de la contraparte no existe, y no guardaría

relación con el resto de las disposiciones legales conservar este criterio para proteger a los terceros. Lo que importa en estos supuestos es determinar cuál fue la verdadera voluntad del testador, y el establecer que la disposición en la que se presenta el error de derecho es nula, sin más análisis, violentaría dicha finalidad.

El error está plenamente relacionado con la interpretación de la voluntad testamentaria. Debe buscarse, en primer lugar, tratar de desentrañar dicha voluntad y solo en caso de no poder hacerlo se entenderá viciada la disposición en cuestión. Aquí podemos identificar una de las principales diferencias entre el error en materia contractual y el error en materia testamentaria. En materia contractual, el error afecta a todo el negocio jurídico. En cambio, en materia testamentaria el negocio jurídico como un todo no se ve afectado por el error en una o varias de sus cláusulas, sino que las únicas afectadas son las cláusulas viciadas.

Este tratamiento diferencial por parte del legislador en sede testamentaria (artículo 787 del Código Civil) se ejemplifica con una comparación con su tratamiento en sede contractual (artículo 1271 del Código Civil). Se sanciona con la nulidad del contrato cuando hubiera error en la sustancia o calidad de la cosa, mientras que el error en la designación de la cosa (cuando no se pueda interpretar de otra forma la voluntad testamentaria) implica nulidad únicamente de la cláusula viciada y no de todo el testamento.

2.1.1. Falsedad de la causa o motivo

El artículo 788 del Código Civil establece que la falsedad de la causa o del motivo expresado por el testador no vicia una disposición testamentaria, a menos que este motivo se enuncie de forma condicional o que surja claramente de los términos del

9 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 221-222.

10 IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 112 y ss.

testamento que este motivo hacía depender la eficacia de una determinada disposición testamentaria.

AREZO¹¹ enumera cuatro requisitos necesarios para que la falsedad del motivo necesariamente implique un vicio y por consiguiente la anulación de la disposición testamentaria: (i) debe haber un motivo especial (ii) expresado en el testamento (iii) que sea erróneo y (iv) determinante. Con respecto al tercer requisito, AREZO busca diferenciar el concepto de error del de falsedad. Dice que el legislador emplea incorrectamente el concepto de falsedad, ya que ésta encierra la idea de que el testador sabía que los motivos sobre los cuales apoyaba su voluntad eran falsos, en cuyo caso no habría error. Sin embargo, en la hipótesis del artículo, estamos ante un testador que de buena fe creía que las cosas eran tal como él se las representaba –incurre en error-. Se trata de un “*estado de creencia sincera*” sustentado en informaciones incorrectas o datos no reales, en el cual se puede constatar efectivamente el error. En este sentido también se pronuncia IRURETA GOYENA, quien afirma que la aplicación del artículo solo tiene lugar cuando hay error propiamente dicho, es decir cuando el testador creía en la existencia real del motivo, no así cuando hay falsedad¹².

VAZ FERREIRA discrepa parcialmente y afirma que no se trata exclusivamente de motivo erróneo. Esto en tanto la falsedad de un motivo se puede dar porque éste sea simulado, erróneo o porque éste dejó de existir (aunque en algún momento hubiera sido verdadero). Cuando se trate de un (i) motivo simulado, la disposición no estará viciada, porque al no estar obligado el testador a indicar cuáles son los motivos para realizar las disposiciones, éstos carecen de

consecuencias jurídicas. Cuando se trate de un (ii) motivo erróneo causado por la ignorancia, tampoco estará viciada la disposición en tanto no se hubiera enunciado como condicional o de él se hubiera hecho depender la eficacia de la disposición. Entonces, para VAZ FERREIRA estos dos tipos de motivos se rigen por las reglas del artículo 788 del Código Civil. Por último, para los (iii) motivos que hubieran dejado de existir, el autor establece que también es de aplicación el mencionado artículo, sin perjuicio de que la circunstancia pueda reducirse a una mera cuestión de interpretación de la voluntad testamentaria¹³.

El artículo 1004 del Código Civil establece una excepción conforme la cual un error de hecho vicia una disposición, dejándola sin efecto. Conforme a este artículo cuando el testador, en su segundo testamento, instituye un nuevo heredero estableciendo de forma expresa que lo hace a raíz de la muerte del instituido heredero en el primer testamento, y éste en realidad no hubiera muerto, subsiste la primera institución.

2.1.2. El error en los legados

En el capítulo referente a los legados, el legislador prevé varios supuestos de error. El artículo 919 del Código Civil establece que cuando el testador mande a pagar lo que creyera deber, pero en realidad no debe, la disposición se tendrá por no escrita. En este caso, el testador no tuvo la intención de beneficiar a quién creía era su deudor, simplemente buscaba saldar una deuda; al no existir tal deuda se configura el error y, para este caso en concreto, el legislador ha establecido que debe tenerse dicha cláusula por no puesta.

Por otro lado, el artículo 920 del Código Civil plantea la hipótesis en la cual el tes-

11 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 29.

12 IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 116.

13 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 226 y ss.

tador manda pagar más de lo que debe en razón de una deuda determinada. En este supuesto, el error recae -no en la existencia de la deuda, como en el artículo 919- sino en el monto de la misma. Aquí la consecuencia que establece el legislador es que no se va a deber el exceso, es decir, la diferencia entre la verdadera deuda y lo que el testador manifiesta que se debe pagar al momento de su muerte.

También, el Código Civil en el artículo 921 regula la situación en la cual el testador confiesa en el testamento una deuda hacia un tercero, con respecto de la cual no se tuviera prueba. En este caso, el legislador opta por entender la disposición como un legado gratuito y, por lo tanto, lo sujeta a las responsabilidades y deducciones propias de los legados -tiene responsabilidad proporcional y subsidiaria por el artículo 1175 del Código Civil, y no puede vulnerar las legítimas ni otras asignaciones forzosas-.

IRURETA GOYENA afirma la necesidad de armonizar los artículos 919 y 921 del Código Civil ya que ambos parten de supuestos de hecho diferentes¹⁴. El artículo 919 del Código Civil presupone una equivocación por parte del testador, mientras que en la voluntad del testador que regula el artículo 921 del Código Civil, subyace la intención de este de perjudicar a los herederos forzosos haciendo pasar lo que debería ser una carga, por una deuda del pasivo hereditario.

CAROZZI señala que este último supuesto (del artículo 919 del Código Civil) es similar a la situación planteada en el artículo 788 del Código Civil, en tanto puede llegar a entenderse como un motivo falso y establece que es necesario distinguirla del caso del error¹⁵.

Entonces, el testador puede bien creer que debe y no deber; en ese caso, la cláusula se tendrá por no escrita (artículo 919). O bien, puede saber que no debe y decir que debe. En este caso puede suceder que el testador haya enunciado un motivo falso para disponer de los bienes a favor de este sujeto que hace llamar deudor (artículo 788), situación en la cual, de no considerarse un motivo determinante, la cláusula no será considerada como viciada. Pero, además, cuando de esta deuda no hubiera prueba (artículo 921), la disposición valdrá como legado y “deberá comprenderse entre las cargas y no entre las deudas sucesorias”.

AREZO por su parte, afirma que el artículo 919 del Código Civil contiene efectivamente un supuesto de error por parte del testador. Sin embargo, en el artículo 921 del Código Civil se da un supuesto de falsedad y justamente por eso es que la sanción es diferente en los dos supuestos¹⁶.

2.2. La violencia

El artículo 789 del Código Civil establece que aquel testamento que en el cual de cualquier modo hubiera intervenido la fuerza, será nulo en todas sus partes. En este contexto debe entenderse a la palabra fuerza como sinónimo de violencia, siendo que esta violencia puede ser tanto física como moral, en aplicación del artículo 1272 del Código Civil en sede de contratos¹⁷. Conforme este último artículo, la violencia física tiene lugar cuando se emplea una fuerza física irresistible, y la violencia moral cuando se inspire temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en la persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Así, a pesar de que el artículo únicamente alude a la fuerza, la doctrina admite que

14 IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 118-119.

15 CAROZZI FAILDE, Ema, *ob. cit.*, p. 58.

16 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 26-27

17 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 217.

el supuesto de nulidad por violencia moral también genera la nulidad del testamento.

El término “*cualquier modo*” empleado en el artículo 789 del Código Civil trae diferentes posturas con respecto a su alcance. Por un lado, VAZ FERREIRA afirma que la violencia física en este caso no tiene por qué revestir el carácter de irresistible, así como, en el caso de la violencia moral, tampoco deben considerarse las características que exige el artículo 1273 del Código Civil (condición, carácter, hábitos, sexo) con respecto a la persona que la emplea, cuando exista el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave¹⁸. En este sentido, CAROZZI establece que lo que buscó el legislador es que el juez sea más flexible al momento de considerar la constatación de la violencia en materia testamentaria, de lo que debe serlo en materia contractual¹⁹. De todas formas, el mero temor reverencial, al igual que en sede contractual, no afectará la validez del testamento.

Por otra parte, AREZO, establece que el término “*cualquier modo*” hace más bien referencia a la persona de la cual proviene la violencia que vicia el testamento. Es decir, la violencia puede provenir tanto de quien resulte beneficiario de la disposición que se instituyó a raíz de la violencia como de un tercero que no resulte beneficiado²⁰. Fundamenta su postura en el artículo 1274 del Código Civil. Dicho artículo sanciona con invalidez a aquel contrato en el cual un tercero ejerza tanto violencia física como moral. No tendría sentido no considerar la violencia ejercida por un tercero como causal de nulidad por vicio de violencia en el caso de los testamentos, cuando a lo largo del Código queda claro como el legislador, dada la naturaleza unilateral y unipersonal

del testamento, protege con más esmero la voluntad del testador, quien puede encontrarse en una posición de indefensión. Por esto es que AREZO entiende que la violencia vicia “*venga de donde venga*”.

Al respecto, entiendo que cuando el artículo 789 del Código Civil refiere al “*testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza*”, con “*modo*” se refiere a forma. Y en ese sentido coincido con VAZ FERREIRA y CAROZZI al decir que en sede testamentaria debe ser considerada la violencia en un sentido más amplio que en la sede contractual, no debiendo contar con el carácter de irresistible. Esto basado en el fundamento de que el legislador intenta proteger con mayor esmero la voluntad testamentaria. Y por esta misma razón, es que considero que, como donde no distingue la ley tampoco debe distinguir el intérprete, AREZO acierta en postular que la violencia puede venir de cualquier sujeto: tanto de aquel a favor de quien se hizo la disposición viciada, como de un tercero.

En relación a los efectos de la existencia de este vicio en lugar de entenderse nula únicamente la cláusula afectada (como sucede en el error), se considera nulo todo el negocio testamentario. Además, si quien ejerció la violencia contra el testador fue una persona con finalidad de heredar, será considerado indigno en los términos del numeral 5° del artículo 842 del Código Civil.

2.3. El dolo

En sede testamentaria no hay previsión expresa del dolo. Esto ha llevado a una parte de la doctrina a afirmar que la omisión por parte del legislador fue voluntaria y por ende debe entenderse que el dolo no vicia la voluntad testamentaria.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, sostiene que existe una laguna legal que

18 *Ibidem*, p. 217.

19 CAROZZI FAILDE, Ema, *ob. cit.*, p. 59.

20 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 30.

debe ser integrada aplicando analógicamente tanto las normas de dolo contenidas en la teoría general que se encuentra en materia contractual, como aquellas normas que regulan los otros vicios de la voluntad, mismo en sede de testamentos.

El Código Civil diferencia dos tipos de dolo: dolo principal y dolo incidente. El dolo principal está definido en el artículo 1275 del Código Civil como aquel que se produce cuando una parte mediante palabras o maquinaciones insidiosas determina a otra parte a participar de un negocio jurídico del cual no hubiera participado de no mediar dolo. Es decir, este tipo de dolo hace de causa determinante de la celebración del contrato: de no existir, tampoco hubiera existido contrato y es por esto que ocasiona su nulidad. El artículo 1276 del Código Civil define al dolo incidente como aquel que no vicia el contrato, pero que de existir le da derecho a quien lo haya padecido de pedir reparación de daños al que lo hubiera causado. Este dolo no es causa determinante en el contrato, pero altera sus términos generando una situación más gravosa que la que hubiera tenido lugar de no mediar dolo.

Resulta pertinente aclarar que es necesario leer estas disposiciones teniendo en cuenta las particulares del testamento. Como un acto jurídico unilateral cuya única parte es el testador, el dolo no puede provenir “de uno de los contrayentes” como enuncia el artículo, sino que debe provenir de terceros. Y estos terceros son los que mediante palabras o maquinaciones insidiosas debieron determinar al testador a otorgar un testamento con disposiciones discrepantes a las que hubiera establecido de tener su voluntad inalterada.

No hay acuerdo doctrinario con respecto al alcance de dichas disposiciones en materia testamentaria. AREZO sostiene

que, en este caso, no tiene cabida el dolo incidente, ya que considerarlo como generador del vicio implicaría un exceso. Por lo tanto, sigue la regla que se ha establecido para los contratos, con la salvedad de que no considera que corresponda reparación por daños en caso de que se constate la existencia de dolo incidental²¹.

Sin embargo. VAZ FERREIRA establece que ambos tipos de dolo ocasionan el vicio de la voluntad²². Así como no corresponde diferenciar ante qué modalidad o grado de violencia estamos para que se constate la posibilidad de iniciar la acción de nulidad, tampoco corresponde diferenciar entre los tipos de dolo. Si bien en materia contractual el dolo incidente solo da lugar a una reparación, en materia testamentaria, donde a lo largo del Código el legislador tutela con mayor recelo la voluntad del testador, no corresponde hacer esa diferenciación. A mi entender, esta parece ser la posición más acorde con el criterio legislativo empleado en sede testamentaria. Además, VAZ FERREIRA sostiene que sería extremadamente dificultoso aplicar por analogía tal consecuencia, en tanto no se puede con certeza identificar quienes son los perjudicados por el dolo y en qué cuantía.

Tanto AREZO como VAZ FERREIRA coinciden en que, a pesar de que parte de la doctrina asemeja el vicio del dolo con la captación de la voluntad, este paralelismo no puede tener lugar en nuestro derecho, en tanto la última figura está prevista en un artículo separado (artículo 783 del Código Civil²³) y se trata de un concepto especialísimo²⁴.

21 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 32.

22 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 218.

23 **Artículo 783 del Código Civil:** “Es nula toda disposición captatoria. Se entenderá por tal aquella en que el testador asigne alguna parte de sus bienes a otro, a condición de que este le deje por testamento parte de los suyos. Tampoco valdrá la disposición en que, bajo cualquier nombre o concepto, se deja a uno el todo o parte de los bienes, para que los aplique o invierta con arreglo a las instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador (Artículo 866, inciso 3)”.

24 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 217; AREZO PI-

2.3.1. Las palabras o maquinaciones insidiosas

Para poder determinar cuando estamos ante este vicio de la voluntad, es menester comprender qué se quiere decir cuando se habla de palabras o maquinaciones insidiosas. Este tipo de determinación, va a requerir además un análisis del caso concreto, ya que hay testadores más sugestionables que otros, y son más propicios a determinado tipo de engaños. No existe una lista taxativa de situaciones que provoquen dolo.

Por maquinación insidiosa, GAMARRA entiende al artificio o a la malicia puesta en marcha para engañar o inducir en error a otra persona. Se pueden identificar dos formas de artificio: una de ellas consiste en directamente presentar circunstancias falsas, y la otra alterar los hechos verdaderos²⁵; incluso hay quienes admiten que la omisión de comunicar algo que había obligación de comunicar, también represente una maniobra dolosa.

Para el testador el dolo pasa inadvertido, es decir, el testador ignora que su voluntad está siendo determinada por un tercero.

La doctrina unánime entiende que la mera simulación de afectos no constituye una hipótesis de dolo²⁶. La jurisprudencia española, de forma mayoritaria, afirma que el “*dolus bonus*”, es decir los cuidados especiales o atenciones distintivas que se hicieran hacia el testador, no constituyen una hipótesis de dolo²⁷. Tampoco la sola mentira es constitutiva del dolo.

RIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 31.

25 GAMARRA, Jorge, *ob. cit.*, p. 138 y ss.

26 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 218; AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 32; IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 124.

27 Sentencia 132/2009 de la Audiencia Provincial Sección N° 4; Sentencia 686/2014 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil; Sentencia 132/2013 de la Audiencia Provincial Sección N°1.

2.3.2. Alcance de la nulidad

En este orden podemos encontrar dos posiciones enfrentadas: quienes consideran que la nulidad afecta a todo el negocio jurídico testamentario y quienes afirman que esta solo afecta a la o las cláusulas propiamente viciadas.

La primera postura es sostenida por AREZO, quien proclama que hay que remitirse a los principios generales en materia contractual que señalan que la nulidad es del acto jurídico entero²⁸. Además fundamenta que de admitir la postura que dice que la nulidad debe ser solo de las cláusulas afectadas estaríamos afirmando que hay tantas voluntades testamentarias como cláusulas contiene el testamento.

Como esto último no es cierto y la voluntad testamentaria es única e indivisible, si ésta está viciada por el dolo, está viciada en su totalidad. E inclusive, si pudiéramos identificar cuál o cuáles cláusulas fueron las que están concretamente afectadas por el dolo, estas pueden ser determinantes del resto del testamento.

La segunda postura la defienden VAZ FERREIRA y CAROZZI.

Por un lado, VAZ FERREIRA afirma que para poder considerar que el vicio implica la nulidad de todo el testamento, se requiere disposición expresa de la ley que así lo imponga, tal como sucede con la violencia (artículo 789 del Código Civil). Al no existir una disposición de este alcance en materia de dolo, no cabe más que concluir que la disposición viciada es únicamente aquella en la que haya acaecido el dolo²⁹.

CAROZZI, por el otro, si bien reconoce que la voluntad testamentaria debe consi-

28 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 32.

29 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 219.

derarse como una sola y no como varias representadas en cada una de las cláusulas, afirma que hay antecedentes en sede de error, del legislador considerando nulidad parcial por vicio de la voluntad testamentaria. Así llega a la conclusión que para encontrarle una solución al asunto del alcance de la nulidad en el dolo hay que aplicar analógicamente las normas relativas al error en materia testamentaria y solo subsidiariamente las que tratan el dolo en materia contractual³⁰.

Afirma que si el artículo 788 del Código Civil prevé la nulidad únicamente de la cláusula cuando hay error en una causa condicional o determinante, es coherente inferir que el alcance de la nulidad es el mismo cuando el error, en lugar de provenir espontáneamente del propio testador, proviene de palabras o maquinaciones insidiosas de un tercero. Son situaciones similares que deberían de resolverse de la misma manera.

Sostiene que el dolo es un error especialísimo y que para guardar la coherencia de las disposiciones legales, debe ser tratado como tal. Si bien en materia contractual los dos vicios pueden diferenciarse con claridad, en materia testamentaria la oposición se desdibuja en tanto lo que existe en ambos casos es una falta de representación de la realidad.

Con respecto a esta cuestión, comparto la conclusión a la que llega AREZO al afirmar que la nulidad del testamento es total en caso de dolo, en el sentido de que ante un vacío normativo debe proceder la aplicación analógica de las normas que rigen el dolo en la sede contractual. Con respecto al fundamento de que la voluntad del testador no puede ser dividida y por ende consagrada la nulidad parcial (solo de la

cláusula viciada) me afilio a la postura de CAROZZI que señala que el legislador reconoce esta posibilidad en el caso del error; sin embargo, este supuesto de nulidad parcial no se da en el caso del dolo.

Inclusive si se afirmara que no debe remitirse a la sede contractual para buscar la solución y que ésta debe ser encontrada dentro de las disposiciones del Código Civil en materia testamentaria, considero que, al respecto del acto jurídico testamento, el dolo se asemeja más a la violencia en tanto la configuración del vicio también está determinada por una voluntad ajena a la del testador, a diferencia del error. Y en ese sentido, debería entenderse que revisten la misma gravedad -que a su vez es mayor en relación a la del error- justamente por tratarse de un factor externo el que infiere en la voluntad del testador. Entonces, al ser estos dos vicios equiparables deberían conllevar la misma nulidad: la del testamento en su totalidad.

3. EFECTOS DEL VICIO DE LA VOLUNTAD: ¿NULIDAD O INOPONIBILIDAD?

Remitiéndose al artículo 1560 del Código Civil, en sede de nulidades, AREZO sostiene que este vicio de la voluntad produce la nulidad relativa³¹. Esto, en tanto el mencionado artículo establece que todos los vicios que no impliquen la falta de requisitos o formalidades que las leyes prevén para darle valor a los actos o contratos, generarán su nulidad relativa. Se trata de un criterio residual a la existencia de nulidad absoluta.

Pero lo que resalta AREZO es que este artículo hace mención a los actos y el Cód-

30 CAROZZI FAILDE, Ema, *ob. cit.*, p. 61 y ss.

31 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 30.

go definió al testamento como un acto, ya en el artículo 779, por lo tanto, el testamento como acto jurídico debiera estar incluido en este supuesto.

Que se considere nulo relativamente, a decir del artículo 1562 del Código Civil implica que esta nulidad no puede ser declarada por el juez de oficio, sino solamente a instancia de parte y únicamente puede promoverla aquella parte en cuyo beneficio la misma se ha constituido. Una vez declarada, hace caer el acto -y, por consiguiente, sus efectos- de forma retroactiva³². Para él no hay impedimentos para que la acción de nulidad por vicio de la voluntad sea ejercida por el propio testador, conforme los plazos del artículo 1568 del Código Civil.

Por el contrario, VAZ FERREIRA establece que en lugar de producir la nulidad del testamento, produce la inoponibilidad del mismo frente a terceros³³. Para sustentar su postura, analiza la de JAPIOT, que posteriormente critica.

JAPIOT diferencia nulidad de inoponibilidad. En primer lugar establece que la nulidad genera la ineficacia del acto respecto de las partes, mientras que la inoponibilidad lo hace respecto de los terceros. En segundo lugar, y estrechamente relacionado con la primera característica, menciona que solo las partes del acto pueden pedir su nulidad, mientras que la inoponibilidad puede ser solicitada por cualquier tercero. Y con respecto a esta última diferencia, hace notar la gran dificultad que se presenta en ciertos casos para efectivamente identificar cuando es un tercero o una parte quien opone una acción de este estilo.

En algunas acciones, como la acción de reducción, está claro que los herederos forzosos hacen de terceros al iniciarla. No

queda sin embargo tan claro en la acción que busca la nulidad del testamento por vicios del consentimiento. Quienes afirman que los sucesores que la inician son terceros, se basan en el hecho de que tienen intereses diferentes a los del testador, que sí fue parte en el acto. El testador no ve perjudicado su interés por el acto viciado, justamente porque el mismo no despliega sus efectos sino hasta el momento de su muerte. Ahora bien, JAPIOT, por el otro lado, sostiene que el hecho de que el testador no sufra los efectos del testamento es a raíz de una circunstancia externa (su muerte), pero que nada impide que el derecho a pedir la nulidad del testamento nazca mientras éste esté vivo. Sí es cierto que es poco práctico que el testador inicie una acción de nulidad contra su propio testamento, cuando puede revocarlo y obtener los mismos resultados mediante un procedimiento más simple, pero esto no quiere decir que no posea el derecho. Así, cuando este muere, traspasa el derecho a iniciar la acción de nulidad a sus sucesores, y estos inician una verdadera acción de nulidad como partes y no una acción de inoponibilidad como terceros.

Al planteamiento del autor francés, VAZ FERREIRA le realiza cuatro críticas, que en su tratado menciona como las consecuencias negativas de la aplicación de la teoría.

La primera guarda relación con el plazo de prescripción de la acción de nulidad. El artículo 1568 del Código Civil, establece que el plazo para pedir la acción de nulidad es de cuatro años y comenzará a contarse desde el día que hubiera cesado la violencia o desde el día que se hubiera celebrado el acto con error o dolo. Entonces, si la acción de nulidad nace en cabeza del testador, este plazo comienza a contarse cuando este aún viva, y podría suceder que la prescripción se configure antes de

32 CAROZZI FAILDE, Ema, *ob. cit.*, p. 54.

33 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 308 y ss.

su muerte. En este caso, como el testador ya perdió el derecho a iniciar la acción mediante la prescripción, sus sucesores no lo heredan y el acto se convierte en inatacable.

La segunda es que se generaría una contradicción cuando, por ejemplo, quién otorgue el testamento fuera un menor de edad. En ese caso sus representantes podrían ejercer, en vida del testador, la acción de nulidad en caso de que hubiera habido un vicio. Similar sucede con los dementes, cuyos representantes sí estarán facultados para ejercer la acción de nulidad, no así la de revocación.

La tercera crítica, tiene su base en la legitimación activa de la acción. Aquella persona que hubiera sido instituida heredera de no mediar vicio de la voluntad, no tiene legitimación activa para iniciar la acción, no teniendo forma de tutelar sus derechos.

La cuarta crítica, muy relacionada con ésta, señala que tampoco los legatarios estarían legitimados para iniciar la acción en cuestión, en tanto no son sucesores del testador.

En el primer caso, el heredero instituido a base del vicio no tendría interés en iniciar la acción, porque saldría perjudicado, perdiendo su porción de la herencia; lo mismo sucede con los herederos en el segundo caso, quienes de no iniciarse la acción de nulidad se evitan tener que pagar un legado que decrecería sus porciones hereditarias.

Concluye que el titular de la acción nunca será el testador, por lo tanto, en vida del testador no se puede ni iniciar la acción de nulidad por vicio del consentimiento, ni comenzar a contabilizar el plazo de prescripción de las mismas. En este sentido sostiene que *“las nulidades derivadas de los vicios de la voluntad deben considerarse establecidas por ley en beneficio de las personas*

*que podrían ser perjudicadas por el testamento viciado, conforme al art. 1562, quienes pueden alegar tales nulidades son dichas personas o los herederos o cesionarios de las mismas”*³⁴. Al aceptar que la acción de nulidad no puede ser iniciada por el testador, que es el único que es parte en el acto, debe entenderse que no estamos frente a una verdadera nulidad, sino que se trata de inoponibilidad.

Acto seguido, adhiere a la doctrina que afirma que las acciones de inoponibilidad tienen carácter de imprescriptibles.

En relación a esto último, AREZO compone una crítica basada en el artículo 1193 del Código Civil. El mencionado artículo establece que todo lo que está en el comercio de los hombres puede prescribirse a menos que una ley específica establezca lo contrario. Así, al estar las acciones de inoponibilidad en el comercio de los hombres y no existir ley expresa que establezca que no prescriben, no pueden nunca considerarse imprescriptibles. Sería una interpretación *contra legem* decir lo contrario. En el mismo sentido, en mi opinión, de haber querido el legislador una solución diferente a la nulidad relativa para los casos de vicio de la voluntad en materia testamentaria, lo hubiera establecido expresamente -en el propio Código Civil- como excepción a la regla general del artículo 1560 del Código Civil. Además, las disposiciones legales contenidas en materia testamentaria hacen siempre mención a la nulidad del acto y no así a la inoponibilidad.

4. CONCLUSIONES

- Se pueden identificar tres elementos que vician la voluntad testamentaria: error, violencia y dolo.

³⁴ VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., p. 314.

- El error es la divergencia entre la realidad y su representación por parte del agente, quien de buena fe creía que los motivos sobre los cuales apoyaba su voluntad eran verdaderos.
 - Hay dos tipos de error: de hecho (en la persona y en la cosa) y de derecho.
 - Provoca la nulidad de la o las cláusulas testamentaria solamente cuando genera duda sobre la persona o la cosa, así como cuando se redacta como condición o surge claramente de los términos del testamento que de él dependía la eficacia de una disposición.
- La violencia puede ser física –cuando se emplea fuerza irresistible- y moral –cuando se inspire temor fundado en mal inminente sobre la persona o bienes del testador o de su cónyuge y descendientes-.
 - De existir provoca la nulidad de todo el testamento y puede llegar a generar indignidad de quien la provoca cuando este tenga finalidad de heredar.
- El dolo tiene lugar cuando un tercero mediante palabras o maquinaciones insidiosas determina la voluntad del legislador.
 - La doctrina está dividida con respecto al alcance de la nulidad que provoca: hay quienes dicen que es únicamente de la o las cláusulas testamentarias, mientras que otros afirman que es de todo el testamento.
- En relación a los efectos de los vicios de la voluntad la doctrina discute si dan lugar a nulidad relativa o a inoponibilidad.

Bibliografía

AREZO PIRIZ, Enrique. “Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria” en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 73 (1-6), 1987, pp. 25-37.

CAROZZI FAILDE, Ema. *Manual de Derecho Sucesorio, Tomo 1*. Segunda Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010.

GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XII*. Tercera Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1979.

IRURETA GOYENA, José (hijo). *Curso de Sucesiones, Tomo III. Sucesión testamentaria*. Organización Taquigráfica Medina, Montevideo, 1949.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

LEGNANI, Bernardo. *Manual Básico de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones*. La ley Uruguay, Montevideo, 2013.

RIVERO DE ARHANCET, Mabel. *Leciones de Derecho Sucesorio*. Tercera Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de las Sucesiones, Tomo primero*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1980.