

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Escribanos de la Capital Federal, lo siguiente:

1. La sociedad conyugal no es un sujeto de derecho y, por ende, no puede adquirirlos. Luego no puede ser titular de dominio, ni de condominio, ni de ningún derecho real o personal.
2. La calificación legal de los bienes del matrimonio en propios y gananciales, al aplicarse al derecho real de dominio o condominio de una cosa es excluyente. Propio o ganancial, no las dos características al mismo tiempo. Es la teoría "monista"; dentro de ella, estaremos:
 - a) al mayor valor del aporte, en adquisiciones simultáneas
 - b) al acrecentamiento funcional y a la retroactividad declarativa, dispuesta por el art. 2695 del Cód. Civil, en las adquisiciones sucesivas, y
 - c) a la presunción de ganancialidad, ante la imposibilidad de las pruebas o en los casos de duda, estipulada en el art. 1271 del mismo cuerpo legal
3. Es admisible el condominio entre cónyuges y cada condómino calificará su porción ideal, conforme a las reglas expresadas precedentemente.
4. La ley registral 17801, al otorgarle facultades calificadoras de control de legalidad, fue taxativa: a) formas extrínsecas (art. 8°), b) titularidad registral del disponente, a fin de respetar el tracto sucesivo (art. 15°); y c) que la nueva registración no sea incompatible con la existencia o se oponga a medidas cautelares o de derechos reales registrados (arts. 17 y 30 a 32).
5. El plenario "Feidman", si bien amplió las facultades determinadas en el apartado anterior, lo hizo debido a una interpretación teleológica de la ley, pero con carácter supletorio. El Registro califica las facultades del disponente sólo cuando el autor del documento no lo ha hecho. En nuestro tema y a título de ejemplo, si éste ha dicho propio, el registrador no puede contradecir esa calificación, diciendo ganancial.

LAS INEFICACIAS TESTAMENTARIAS. INVALIDEZ. REVOCACIÓN. CADUCIDAD *Estudio de las recomendaciones aprobadas en el VI Encuentro de Abogados Civilistas(*)*(329)

FRANCISCO FERRARI CERETTI(**)(330)

El testamento, en el campo técnico, se rige por las normas generales de los actos jurídicos - porque lo es el testamento, corregidas por las reglas propias que resultan determinadas, porque el testamento es un acto jurídico muy especial.

En mi extensa actuación como titular del registro N° 263 de la Capital Federal, desde el 4/1/32 hasta el 20/5/92, en que fue aceptada mi renuncia, he tenido oportunidad de expedirme en numerosas consultas del Colegio de Escribanos y de la Academia Argentina del Notariado, a la vez que instrumentar numerosos testamentos a requerimiento de particulares. Es un tema de mi particular interés, por lo que me detengo a analizar las recomendaciones aprobadas en ese encuentro.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como afirma el doctor José María López Olaciregui, en el prólogo de mi libro De los testamentos, editado por el Colegio de Escribanos de esta Capital, en el año 1983, que fue galardonado con el "Premio José María Moreno": "El testamento, en el campo técnico, se rige por las normas generales de los actos jurídicos - porque lo es el testamento -, corregidas por las reglas propias que resultan determinadas, porque el testamento es un acto jurídico muy especial".

La recomendación 1, en ese entendimiento, resolvió por unanimidad que es aplicable al testamento el régimen general de las nulidades (arts. 932 y 1037 y concs., Cód. Civil) que sólo deben ceder ante disposiciones legales especiales.

Es también acertada la conclusión 2, en cuanto nuestra ley no admite la categoría conceptual denominada: "inexistencia de testamento", porque si el documento reúne todas las formalidades esenciales no puede sostenerse que no exista.

La solemnidad del acto testamentario, como sostiene el miembro informante doctor Francisco A. M. Ferrer(1)(331) no es un invento de "los viejos profesores o de los tratadistas", sino una imposición expresa y categórica de nuestra ley.

Tres requisitos exige la ley, en cuanto a sus formas, para que el testamento ológrafo sea válido: a) ser escrito todo entero, b) fechado, c) firmado, todo por las manos mismas del testador.

Son todas condiciones esenciales, que no han sido prescritas como prueba, sino como una forma esencial y la falta de una sola anula el testamento(2)(332), art. 3639, Cód. Civil.

Las cartas pueden ser admitidas como testamentos ológrafos, si reúnen los requisitos de los arts. 3607 y 3639, Cód. Civil, como lo ha resuelto la C. Civ. 2ª. de la Capital, el 8/4/40(3)(333) y la C. Civ. y Com. de Minas de Mendoza, el 21/9/45(4)(334).

Es discutible el último párrafo del art. 3648, Cód. Civil, en cuanto a que las cartas por expresas que sean respecto de la disposición de los bienes no pueden formar parte de un testamento ológrafo.

Las cartas a que se refiere el art. 3648, Cód. Civil, son aquellas que de ordinario se entienden como tales, es decir: "El papel escrito y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra para comunicarse y tratar con ella"(5)(335) y no un documento redactado en forma de carta, pero con el único y exclusivo objeto de contener disposiciones de última voluntad, cuando reúne los requisitos de los arts. 3607 y 3639, Cód. Civil.

El propio Codificador en la nota sostiene: "El artículo no dice que todo acto escrito, datado y firmado por su autor será un testamento válido", sino que "Todo testamento escrito, datado y firmado por su autor será válido".

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

Al respecto, es ilustrativa la escritura de protocolización de un testamento ológrafo, redactado en una pequeña hoja arrancada de una libreta de direcciones, redactado a lápiz (grafito), dispuesta por el juez de la Capital

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Federal doctor Roberto E. Chute(6)(336).

La recomendación 3, relativa a la aplicación de las formas testamentarias, merece aprobación del voto de la mayoría: En materia testamentaria las formas son de cumplimiento obligatorio.

Es erróneo el voto de la minoría, en cuanto sostiene que el rigorismo de su aplicación no puede frustrar la voluntad del testador, porque éste no podría volver a expresarla.

El testamento es un acto público y solemne y no hay manera de subsanarlo, sino por un nuevo testamento (art. 3629, Cód. Civil.).

Ha existido unanimidad en cuanto a que se exige a uno y otro sexo tener 18 años cumplidos para poder testar (art. 3614, Cód. Civil).

Hemos tratado el tema con detenimiento en anterior oportunidad(7)(337).

La ley considera que los menores de edad no tienen discernimiento necesario para regirse en los actos de la vida civil y, al efecto, establece su incapacidad general.

Pero, al determinar la incapacidad para testar, no habla del menor de edad, sino que expresamente se refiere al menor de 18 años.

En los testamentos no puede haber incapacidad relativa, todas son absolutas, porque se va contra la prohibición de la ley.

El testamento hecho por un menor de 18 años es absolutamente nulo aunque el testador fallezca a la mayor edad.

El testamento nulo no es factible de ser confirmado; para que tenga validez debe ser nuevamente otorgado cuando el autor haya adquirido la capacidad que exige la ley.

Pasada la edad de 18 años, aunque no se haya llegado a la mayor edad, la capacidad es absoluta y el testador no necesita consentimiento ni asistencia de tutores o de sus padres (Cód. Civil, art. 286).

Mientras no se modifique el art. 3614, los menores de 18 años son incapaces para testar.

Concordamos con la conclusión del punto 6, b); la fe pública no ampara la salud mental del testador, por escapar a la competencia real del notario.

El escribano perito en derecho, no lo es en psiquiatría.

En cuanto a la recomendación del punto 6, respecto de las instrucciones que el testador debe dar al notario, se han dividido las opiniones de los asambleístas.

Participamos del voto mayoritario.

El Cód. Civil, arts. 3656/57 exige que el escribano, bajo pena de nulidad, haga constar si ha hecho el testamento o sólo ha recibido por escrito sus disposiciones.

Como sostiene la mayoría, la nulidad consiste en que el escribano omita dejar constancia expresa de esas disposiciones.

Es errónea la afirmación de la minoría en el sentido de que las formalidades testamentarias no son un fin en sí mismas y que ha desaparecido esa formalidad.

No es así, los escribanos son sumamente cuidadosos y precisos en el cumplimiento del art. 3657, Cód. Civil; cada uno declara, a su manera, cómo se ha cumplido el requisito, si lo ha redactado de acuerdo a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instrucciones recibidas o si el testador ha dictado las mismas.

La exigencia de que los testigos del testamento deben residir en el lugar, art. 3701, Cód. Civil, es un medio suficiente para probar la identidad y la individualidad, como se dice en la nota.

Esa exigencia ha perdido actualidad frente a los modernos medios identificatorios, pero, mientras no se modifique la ley debe ser cumplida, por lo que disentimos con el voto unánime.

Nuestra larga experiencia nos indica la necesidad de mantener el art. 3701, al igual que el 3699, en cuanto a que el escribano debe conocer a los testigos.

La exigencia de consignar la edad de los testigos, dispuesta por el art. 3657, ha motivado el cuestionamiento en los testamentos en los que ha sido omitida; pienso que debe ser mantenida y no reputo suficiente cualquier manifestación al respecto, por lo que apoyamos el voto minoritario expresado en el despacho B del punto 6.

En cuanto a la manifestación de la imposibilidad de firmar, es suficiente que el escribano exprese la causa, como lo dispone el art. 3662; por lógico ordenamiento se acostumbra hacerlo en el cierre de la escritura, pero puede hacerse en cualquier lugar de la misma.

Lo importante es que se manifieste la causa del hecho, aunque es conveniente que el testador exprese la causa por la que no puede firmar y, además, que estampe la impresión digital de alguna de sus manos, para probar su presencia en el acto.

Respecto del testamento ológrafo, las conclusiones de los puntos a) y b) del ap. 7 merecen nuestro asentimiento; en cuanto a la fecha, punto c), es un punto esencial como lo hemos dicho al principio de este trabajo, concordante con el voto A, de la mayoría. Así lo han manifestado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina sostenida por nuestros tratadistas(8)(338).

Reputamos errónea la conclusión de la minoría expresada en el despacho B.

En lo que hace a la revocación de los testamentos, tratada en el punto 8, apartados a), b), c) y d), ha sido unánime la votación en todos sus aspectos. El Cód. Civil la trata con detenimiento en el libro 4, título XIX, arts. 3824 a 3843.

El testamento es un acto volitivo del disponente; conserva el carácter de proyecto hasta tanto se produce la muerte de éste.

Puede ser dejado sin efecto en cualquier momento, su revocación está en la esencia del testamento; es un derecho del testador, al que no puede renunciar ni ser objeto de un contrato.

La hipótesis de la revocación tácita es una presunción legal de la voluntad revocadora, que puede ser destruida por la prueba en contra, siendo de aplicación el art. 918, Cód. Civil.

Todas las votaciones han sido acertadas en el punto 8, en cuanto a que el matrimonio posterior no produce de pleno derecho la revocación del testamento, como dice el art. 3828, Cód. Civil, desde que el testamento simultáneo o posterior no revoca al anterior en cuanto sus cláusulas sean

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compatibles y, declarada nula la revocación, subsiste el anterior.

Es irrelevante la voluntad real o presunta en los casos que producen la caducidad, como cuando ocurre que no es posible constituir la fundación en él dispuesta, salvo que se prevea la posibilidad de que lo haga el Estado o que perezca parcialmente o si se lega una casa con sus accesorios, en que, en ambos casos, el legado subsista en lo que queda.

Los motivos de la revocación de los testamentos y legados han sido prolíficos, como lo revelan los repertorios de jurisprudencia - los hemos tratado con detenimiento en otras oportunidades(9)(339); por su extensión escapan a la índole de este estudio, por lo que los omitimos y a los que interese profundizar el tema a ellos los remitimos.

El punto 10, conclusiones de lege ferenda, en cuanto propician reconsiderar y ajustar las formalidades testamentarias a las modificaciones de la realidad social y a las innovaciones técnicas producidas desde la sanción del Código Civil, tendientes a evitar la proliferación de litigios y favorecer el mayor empleo de los testamentos es atendible.

Es plausible la reforma que se propicia al art. 3752, Cód. Civil, porque nada impide que el testador adquiera la cosa, con antelación a su fallecimiento, para cumplir su voluntad de legarla, expresada en su testamento.

Como sostuvo Colmo(10)(340): "La fecha puede ser de toda importancia en más de un sentido, para determinar la capacidad o el estado civil del testador, para fijar o no la revocación de un testamento previo, su revocación por subsiguiente matrimonio del otorgante".

Extremos todos invocados por el camarista doctor Marcelo Padilla, en el voto emitido como preopinante en el fallo de las cámaras nacionales en lo Civil de la Capital Federal(11)(341), para volcar por abrumadora mayoría, 16 votos contra sólo dos, y dejar sentado el principio absoluto que deberán aplicar los magistrados en lo sucesivo:

"La falta de fecha en un testamento ológrafo acarrea necesariamente la nulidad en todos los casos".

El concepto emitido con meridiana claridad: "En todos los casos"(12)(342), elimina toda posible argumentación futura.

La excepción del Proyecto de Reformas del año 1954, del doctor Llambías, en el que se declara que la falta de fecha no perjudica el testamento, sino cuando deban dirimirse controversias cuya solución dependa del tiempo en que el testamento haya sido hecho, y la misma ley 17711, de reforma parcial del Código Civil, en que tanto gravitó la opinión del doctor Borda, al no haber innovado nada en este sentido, inclinan la balanza en el sentido del voto mayoritario del fallo plenario(13)(343) que la falta total de fecha es causa de nulidad del testamento ológrafo.

EL PRINCIPIO DE ROGATORIA ANTE EL VIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL(*) (344)

RAÚL R. GARCÍA CONI

El principio de rogación o instancia significa que el registrador (al igual que el notario) no puede proceder per se, sino a requerimiento del legitimado