

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TEMA V/72 - PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTO OLÓGRAFO

¿En las escrituras de protocolización de testamento ológrafo debe incorporarse al protocolo todo el expediente en que se decretó o sólo el testamento?

Doctrina:

En las protocolizaciones de testamentos ológrafos es suficiente incorporar al protocolo el testamento. (Doctrina de los consejeros Silva Montyn, Solari, Falbo, Pelosi, Villalba Welsh, Pondé y Ferrarri Ceretti).

Aspectos parciales.

1. Se trata de una formalidad destinada a preservar el extravío o deterioro del testamento. (Doctrina de los consejeros Solari y Falbo). Su finalidad es comprobar la identidad del testamento y convertirlo en instrumento público. (Doctrina del consejero Pelosi).
2. La ley no manda protocolizar el testamento ológrafo; sólo el cerrado. (Doctrina de los consejeros Villalba Welsh y Pondé).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. Hay múltiples ventajas en que se protocolicen todas las actuaciones. (Doctrina del consejero Pelosi).

OPINIÓN DEL CONSEJERO DOMINGO SILVA MONTYN

El capítulo V del Título XII del Código Civil trata de la apertura, publicación y protocolización de algunos testamentos. Y en el art. 3692 dispone que si el testamento ológrafo estuviese cerrado, será abierto por el juez y se procederá al examen de testigos que reconozcan la firma y la letra del testador y resultando identidad en concepto de los testigos, el juez rubricará el principio y fin de todas sus páginas y mandará que se entregue con todas las diligencias hechas al escribano actuario. No hay otra disposición referente a protocolización de testamento ológrafo en el Código. Todos los demás aspectos formales los regulan los códigos de procedimientos civiles de las provincias y capital federal.

Para la protocolización del testamento ológrafo, basta con agregar al protocolo el testamento rubricado por el juez. Porque lo que se protocoliza es el testamento. Por lo tanto no hay obligación de agregar o incorporar al protocolo notarial el expediente. Y esta incorporación, de hacerse, no agregaría fuerza legal al acto.

En cuanto a si puede formalizarse la incorporación al protocolo, habría que estarse a lo que disponen los respectivos códigos procesales y/o leyes orgánicas del Poder Judicial, y también a la facultad discrecional del juez para acceder o negar la incorporación. Porque el expediente es judicial y el notario no puede disponer de él a su arbitrio. Si el juicio testamentario continúa tramitándose en el mismo expediente, lógicamente éste no puede incorporarse al protocolo. Si en el Archivo de los Tribunales no se archivan también los protocolos notariales, tampoco podría agregarse el expediente, porque los expedientes judiciales no se archivan fuera del Archivo del Poder Judicial. En el Archivo General de los Tribunales se archivarán expedientes y protocolos, podría agregarse el expediente judicial al protocolo, siempre que el Código Procesal no lo prohibiera y lo concediera el juez.

En consecuencia opino que, en la protocolización de testamento ológrafo no debe incorporarse al protocolo todo el expediente en que se decretó, sino sólo el testamento.

OPINIÓN DEL CONSEJERO OSVALDO S. SOLARI

Coincido con la opinión del consejero don Domingo Silva Montyn en cuanto a la innecesidad de protocolizar el expediente, siendo bastante la agregación al protocolo del escribano del testamento ológrafo. Pero arribo a esta conclusión en parte por una senda distinta.

En efecto, mi fundamento reside en la causa determinante de la protocolización. A ésta puede considerársela necesaria como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

procedimiento para evitar el extravío o deterioro del testamento (Fornieles, Tratado de las sucesiones. T. II, pág. 207) o además como formalidad que permite reconocer autenticidad al testamento al convertirlo en un instrumento público. (Borda, Trat. de der. arg. Suc, II pág. 248).

Yo me decido por lo primero, dado que la protocolización es trámite previo a las discusiones que puedan hacerse sobre la validez del testamento, respecto a cuya autenticidad aquélla no prejuzga, sin perjuicio de crear una situación de preferencia respecto a los herederos ab intestato. O sea que, en palabras de Lafaille, la protocolización de un testamento ológrafo no hace cosa juzgada ni enerva el derecho de todos los que, perjudicados por su contenido o existencia, pretendan se declare su nulidad o falsedad (Sucesiones, t. 2, pág. 285).

Es más, conforme al art. 733 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la aprobación del testamento, o sea la declaración de su validez, es trámite posterior a su protocolización, circunstancia que, en mi concepto, elimina dudas respecto a los efectos jurídicos de este trámite. Viene al caso la decisión de las Cámaras Civiles en pleno disponiendo que debe protocolizarse el testamento antes de admitir discusiones sobre su validez (J.A. 19-1122).

Este razonamiento es el que me lleva al convencimiento de que se emule con la ley al agregar al protocolo solamente el testamento, es decir, separándolo de las actuaciones judiciales en las que se dispuso su protocolización.

En sentido contrario, empero, se expide Segovia, quien en su comentario al art. 3692 (3697 no anterior) completa la frase del precepto " . . . y mandará protocolizar el testamento", diciendo en nota lo siguiente: "así como la carátula y el expediente todo de la verificación, como en el caso análogo del art. 3694 (se refiere al art. 3689 actual) y es de práctica" (L. Segovia, C. Civil). Pero se trata de una opinión no fundamentada por su autor, que no me aleja de mi dicho convencimiento.

OPINIÓN DEL CONSEJERO MIGUEL NORBERTO FALBO

La cuestión que se plantea es si al protocolizarse un testamento ológrafo debe incorporarse al protocolo todo el expediente en el que se dispone la protocolización o sólo el testamento.

I. A la protocolización preceptiva se refiere la segunda parte del art. 1003 del Cód. Civil (modificado por la ley 11846 del 27/6/934), y en su aspecto notarial consiste: a) en un hecho-diligencia que cumple el notario, agregando al protocolo un documento en virtud de expresa disposición de la ley; y b) en un acto que cumple el notario redactando un acta en la que relaciona los trámites procesales cumplidos; transcribe la resolución del juez que dispone la protocolización; identifica el documento que protocoliza y, desde luego, narra su propia diligencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. Uno de los documentos que por disposición de la ley tiene que protocolizarse es el testamento ológrafo: art. 3692; no con la finalidad de elevarlo a la categoría de documento público (ver Rébora, Derecho de las sucesiones, 2ª edic., II, pág. 299, nota 3709), sino como medida precautoria, instituida con el ánimo de afianzar la conservación del documento según señala el autor citado (op. cit., II, nº 494) y Fornieles (citado antes por el consejero Solari).

III. Pero, en estos casos, ¿qué es lo que tiene que protocolizar el escribano, sólo el testamento, o también el expediente judicial que se dispone la protocolización, donde se han cumplido los trámites previos del reconocimiento de la letra y firma del testador mediante el examen de los testigos y la rúbrica del juez al comienzo y fin de cada página del testamento?

Del texto del art. 1003 antes citado, del 3695, que se refiere a la protocolización del testamento cerrado, y del art. 740 del Cód. Procesal de la Provincia, resulta claro que lo que debe protocolizarse es sólo el testamento.

Pero el art. 3692 dispone que el juez " . . . mandará que se entregue (el testamento, anotamos) con todas las diligencias hechas, al escribano actuario, y que se den copias a quienes corresponda".

Rébora, analizando este artículo, indica -sin ningún comentario- que al escribano se le tiene que entregar el testamento (op. cit.).

IV. En nuestra opinión la protocolización de este documento puede hacerse en dos formas: Una, siguiendo el texto del art. 3692, y siempre que el juez así lo disponga en forma expresa, anexando al protocolo el expediente judicial.

No es la forma corriente como se instrumentan estos actos, pero es evidente que, de esta manera, se evitan dudas en la interpretación de la ley y, además, la posible pérdida o sustracción del expediente.

La otra forma se cumple anexando al protocolo sólo el testamento previamente rubricado por el juez.

Aunque no hay norma expresa que indique cómo debe redactarse esta acta de protocolización, entendemos que es de buena técnica que el notario, siguiendo el procedimiento de estilo en la mayoría de las llamadas escrituras judiciales, relacione con la mayor prolijidad los trámites cumplidos en el expediente, indicando juzgado y secretaría que intervino, carátula del juicio con el número y año que le corresponde; quién presentó el testamento al juez y formuló la petición correspondiente; testigos que reconocieron la letra y firma del testador; auto de designación del escribano y la aceptación del cargo y, por último, transcripción de la resolución del juez que dispone la protocolización.

Desde luego, la identificación del testamento como pieza escrituraria y su transcripción íntegra para los posteriores efectos que resultarán de la copia de esta acta en el juicio sucesorio y en el comercio jurídico

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(doctrina del art. 3692).

De esta manera, aun cuando mediara el supuesto de pérdida o sustracción del expediente judicial, la relación hecha por el escribano de las constancias que tuvo a la vista en la oportunidad de redactar el acta de protocolización, seguirán gozando de la fe pública que les confiere el ordenamiento (arts. 993 a 995 Cód. Civil). Si, por ejemplo, hubiere interesados en oponerse a la validez del testamento (art. 3650), el heredero instituido podría aprovecharse -en la medida que pudiere hacerlo valer en un juicio contradictorio- del testimonio que dieron en su momento los que ante el juez declararon reconocer la letra y firma del testador y que luego tal vez no podrá volver a obtener por fallecimiento o ausencia de tales testigos.

Es indudable que, de esta manera, la actuación notarial se cumple con todo el alcance y eficacia que supone el ordenamiento.

OPINIÓN DEL CONSEJERO CARLOS A. PELOSI

Doctrina

1. Con arreglo a lo dispuesto por el art. 3692 del Código Civil, antiguas disposiciones procesales y prácticas notariales concordantes, cuando se ordena la protocolización de un testamento ológrafo corresponde incorporar al protocolo el expediente.

2. A partir de la sanción de la ley 11846 y de los nuevos códigos procesales, priva el criterio de que sólo debe anexarse el testamento.

3. Para resolver el conflicto emanado de esa colisión de leyes, el escribano agregará todas las actuaciones si la ley ritual lo autoriza o si la orden judicial así lo dispone expresamente, de oficio o a petición de parte. Caso contrario deberá unir al protocolo solamente el testamento. Ello, sin perjuicio de las piezas que deben transcribirse en el acta.

I. El tema y sus digresiones

En atención a los diversos puntos examinados por los consejeros que se han expedido hasta el presente y que, a mi juicio, dan al tema una mayor extensión, pues se tratan cuestiones ajenas al objeto específico de la consulta, voy a referirme a los diferentes aspectos estudiados.

II. Alcance de la investigación

Me parece oportuno señalar que el interrogatorio versa claramente sobre el procedimiento que debe seguirse en las protocolizaciones de testamentos ológrafos en cuanto a si corresponde incorporar todo el expediente en que se decretó o sólo el testamento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Su esclarecimiento parece necesario en razón de las tesis opuestas sostenidas por la doctrina (ver parte final del dictamen del consejero Solari) y de la discordancia y colisión que se comprueba entre lo dispuesto por el art. 3692 del Código Civil y lo prevenido por los actuales códigos de procedimientos (ver dictamen del consejero Falbo).

En consecuencia cabe puntualizar lo siguiente:

a) El problema a dilucidar versa tan sólo acerca de las piezas que deben incorporarse y no de las que sería necesario u obligatorio transcribir.

b) La solución no puede quedar subordinada a la facultad discrecional del juez (consejero Silva Montyn) porque los jueces también deben actuar con arreglo a las normas procesales, sino a la interpretación de los textos legales por métodos idóneos al efecto.

c) En conclusión, es necesario establecer cuál es el procedimiento que se ajusta a la ley a fin de que el escribano al intervenir en ese tipo de actuaciones no transgreda ningún precepto legal.

III. El antiguo procedimiento acorde con el Código Civil

1) Como ya se ha señalado (dictámenes consejeros Solari y Falbo), a tenor del art. 3692 debe protocolizarse el testamento y las diligencias hechas.

Las fuentes citadas por el codificador no arrojan mucha luz al respecto. Es pertinente tener en cuenta que el art. 693 del Código Civil español prescribe asimismo que la protocolización en el registro del notario correspondiente se acordará respecto del testamento y de las diligencias practicadas. Conforme a los artículos 691 y 692 de ese cuerpo legal, las diligencias están constituidas por la rúbrica de todas las hojas, comprobación de identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo, citación de las personas mencionadas, etc.

Según el precitado artículo 3692 de nuestro Código Civil, análogas piezas forman las diligencias, lo cual significa que abarcan todas las actuaciones del expediente.

2) El art. 717 del anterior Código de Procedimientos de la Capital estatúa que: "Practicadas esas diligencias, el juez mandará protocolizar..."

Ello justifica que Leandro M. González, en el modelo de protocolización de testamento ológrafo que inserta en su obra El auxiliar del escribano de registros de contratos civiles y testamentos, Buenos Aires, 1888, págs. 590/91, exprese textualmente: "Por tanto: el Señor Juez, después de haber rubricado el principio y fin de cada página, declara: que eleva a escritura pública el testamento ológrafo de que se trata, con las actuaciones que constituyen el expediente de la materia; quedando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desde luego protocolizado todo, y agregado por cabeza de este instrumento, en fojas 14 útiles, a que me remito."

Pero si lo que realmente vale es el libro de la vida y la experiencia, me permitiré decir que en la década del veinte, siendo estudiante y practicante voluntario en escribanías, aprendí que era ése el procedimiento. Al expedirse copia, ella era comprensiva también de la partida de defunción. Todo esto era lógico, pues con la protocolización se agotaba el proceso y el testamentario era diferente y autónomo.

3) En cuanto a la provincia de Buenos Aires, el art. 851 disponía asimismo: "practicadas esas diligencias, el juez las mandará protocolizar en el registro que designe la parte . . .".

El art. 859, que se refería a la protocolización de "los actos y contratos pasados fuera de la provincia", era más explícito y completaba el concepto al disponer: "la protocolización comprenderá el documento y las actuaciones que se hubieren producido . . .".

Así es como en su hora autoricé múltiples escrituras de protocolización ordenadas por jueces de La Plata (escrituras de operaciones sobre inmuebles ubicadas en la provincia y otorgadas fuera de ella, testamentos ológrafos, declaratorias de herederos), y en todos los casos anexé íntegro el expediente al protocolo, sin perjuicio de transcribir las piezas que en cada supuesto correspondía.

Corresponde aclarar que la ley 11846, modificatoria del artículo 1003 del Código Civil, no alteró el procedimiento, a pesar de que habla de la "entrega al escribano del documento a protocolizarse". Ello así, porque la norma legisla el supuesto abstracto y general de documentos cuya protocolización exige la ley y nada justifica que entrara en detalles de procedimiento. Por lo demás, las disposiciones de este género que deben operar con carácter reglamentario son las que en definitiva prescriben si la protocolización puede o debe extenderse a otras actuaciones.

Pero no es posible negar que los términos de la ley 11846 han influido en los códigos de procedimientos sancionados con posterioridad, especialmente en aquellos que habían comprender "las diligencias" o "demás actuaciones" reduciendo el ámbito material o físico de la protocolización.

IV. El procedimiento instituido actualmente

Sea por las razones expresadas al final del punto anterior, sea como consecuencia de una mejor técnica legislativa o por otras causas, lo cierto es, como lo ha destacado el consejero Falbo en su dictamen, que de las disposiciones por él citadas y de lo establecido por el art. 731 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17454) surge que sólo debe incorporarse el testamento.

Además, del Código Procesal de la Capital Federal se infiere que el proceso testamentario puede tramitarse en el de protocolización, lo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no acontecía antes, según lo expliqué más arriba.

Indudablemente, estos preceptos de los códigos procesales de la Capital Federal y provincia de Buenos Aires (que son los considerandos a los efectos de este examen), de carácter local, se hallan en pugna con las prescripciones del art. 3692 del Código Civil, que deben prevalecer por ser de rango superior. Al respecto, Ayarragaray y De Gregorio Lavie (Código Procesal Civil y Comercial Comentado. Edit. Zavalía, Bs. As., 1968, págs. 807/08) estiman que las nuevas normas son deficientes y que las omisiones de que padecen deben ser salvadas por el contenido del Código Civil (arts. 3690 a 3695).

Para resolver este conflicto, creo que es adecuado seguir las pautas sugeridas por el consejero Falbo, vale decir, utilizando cualquiera de las dos formas posibles. Una, con arreglo al texto del art. 3692 del Código Civil, anexar todo el expediente y siempre que el juez así lo disponga de modo expreso. La otra, incorporando al protocolo sólo el testamento previamente rubricado por el juez.

Sin embargo, en lo atinente a la innecesidad de protocolizar el expediente no participo de la postura de los consejeros Silva Montyn y Solari.

En todos los casos son múltiples las ventajas de que se incorporan al protocolo todas las actuaciones, asegurando su permanencia y reproducción, objetivos esenciales de la función notarial. El extravío de expedientes judiciales ha adquirido caracteres alarmantes y obvio resulta expresar los inconvenientes que esta situación trae aparejados.

V. Declaración de validez

Dado que el consejero Solari opina que la declaración de validez del testamento ológrafo es trámite posterior a su protocolización, me parece prudente significar que la validez formal debe ser declarada con anterioridad.

Por experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía me consta que los señores agentes fiscales de la Capital Federal no se expiden al respecto sin tener a la vista el testamento, lo cual crea la necesidad de darle vista antes de que se ordene la protocolización.

VI. Objeto de la protocolización

También se ha tocado este asunto, que es ajeno al tema.

En mi criterio, la protocolización del testamento ológrafo produce su adveración, con los siguientes efectos:

a) Comprobación de la identidad del testamento (en cuanto a la letra y firma de su autor).

b) Conversión en instrumento público (art. 984 del Código Civil) sin que ello impida impugnar su validez con posterioridad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VII. Redacción del acta de protocolización

Pienso que este aspecto excede en mucho el contenido del tema y por lo tanto me abstengo de ocuparme de él.

OPINIÓN DEL CONSEJERO ALBERTO VILLALBA WELSH

El art. 3692 del Código Civil no manda protocolizar el testamento ológrafo sino entregarlo al secretario con las diligencias hechas, disponiendo, además, que se den copias a quienes corresponda. Es la ley ritual la que dispone su protocolización (art. 740 Cód. Proc. Pcia.; 731 Cód. Proc. Nac.), la que debe llevarse a cabo con arreglo a lo dispuesto en el art. 1003 de aquel cuerpo legal, o sea con relación de lo actuado en sede judicial en vista a precisar la identidad del documento que se incorpora al protocolo y a legitimar la intervención notarial.

Aclaro que no se trata de una escritura de protocolización sino de un acta, coma expresamente surge del art. 1003 citado, en concordancia con la doctrina dominante.

No me refiero a otros aspectos tratados por algunos de los consejeros preopinantes por no ser objeto de la cuestión planteada.

OPINIÓN DEL CONSEJERO EDUARDO BAUTISTA PONDE

Doctrina:

Acorde con la legislación procesal vigente, no es necesario incorporar al protocolo el expediente en que se dispuso la protocolización de testamento ológrafo, sino solamente el testamento ya rubricado por el juez.

La cautela y prudencia típica de la función notarial son el solo motivo que aconseja protocolizar todo el expediente.

I. Autenticidad del testamento ológrafo

El artículo 3650 del Código Civil asienta que "El testamento ológrafo vale como acto público y solemne". No obstante la firmeza de la letra del artículo, la doctrina oscila entre considerarlo documento privado (Segovia, citado por Solari) o, sin tenerlo como privado, no son propiamente instrumentos públicos" (Llerena, Código Civil argentino, t. X, pág. 40) o le asigna categoría de instrumento público (Machado, Exposición y comentario del Código Civil argentino, t. IX, pág. 536). Borda lo da como acto público, pero, agrega, "una vez protocolizado", con lo que siembra más dudas (Borda, Derecho Civil argentino, Sucesiones, t. II, pág. 247).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El tema fue tan controvertido que se le declaró como una de las cuestiones más arduas en Derecho" (Llerena, ob. cit., t. X, pág. 40, apuntado con citas de Demolombe y Troplong).

No es prudente sumergirnos en la polémica, máxime que la controversia es más que suficiente para que no limitemos los alcances de la protocolización al carácter conservador en previsión de extravío o deterioro, sino que cabe admitirle fuerza autenticante.

De todos modos, una cosa son las posiciones doctrinarias y otra el derecho positivo. Pensamos que nuestra legislación de fondo se inclina en favor de dar al testamento ológrafo valoración de instrumento público porque entendemos -como surgirá del desarrollo de nuestras ideas- que no requiere autenticación por vía de su protocolización, sino que esa torna autenticante resulta exclusivamente de las legislaciones locales.

II. Testamento cerrado, testamento ológrafo abierto y testamento ológrafo cerrado

El Código de Vélez distingue nítidamente el testamento cerrado del testamento ológrafo, aun cuando éste pueda presentarse a veces bajo sobre cerrado y esas diferencias se extienden a la necesidad o innecesidad de protocolizarlos.

Refiriéndose al testamento cerrado, el art. 3695 del Código Civil impone que "el juez rubricará el principio y fin de cada página y mandará protocolizar el testamento y dar a los interesados las copias que pidiesen". Hay énfasis en el "mandará protocolizar el testamento y dar a los interesados las copias que pidiesen". Ello es así porque se tiene al testamento cerrado como documento privado y ha menester previa protocolización para adquirir autenticidad.

El testamento ológrafo puede colocarse dentro de un sobre o no. Esta circunstancia es la que dará al testamento ológrafo las conocidas denominaciones de ológrafo cerrado o abierto. La condición del testamento ológrafo no cambia por ese hecho. Para unos -como antes dijéramos- está en la línea del instrumento público y no necesita la autenticidad que le daría la protocolización; para otros, es documento privado y su autenticidad advendrá con la protocolización.

El Código Civil regula el procedimiento de apertura del testamento ológrafo cerrado, pero omite tratar sobre qué hace el juez con el testamento ológrafo abierto. A presencia de esa falta de regulación no es imprudente preguntarnos si el codificador cmitió involuntariamente o si consideró que, no es preciso protocolizar el testamento ológrafo abierto.

III. Las exigencias del artículo 3692 del Código Civil

El artículo se refiere excluyentemente al testamento ológrafo cerrado y dispone que después de cumplidas las diligencias que el artículo prevé, el juez "rubricará el principio y fin de cada una de sus páginas y mandará que se entregue con todas las diligencias hechas al Escribano actuario y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se den copias a quienes corresponda".

Desde ya que -conforme a la ley de fondo- esto no rige para el testamento abierto.

Para con el testamento ológrafo abierto -prescindiendo, claro está, de la legislación adjetiva- el procedimiento que estaría indicando el Código Civil, por comparación con el que reserva para el testamento ológrafo cerrado, sería el de ser presentado al juez del último domicilio del testador (art. 3691 Cód. Civil) al solo efecto de que lo declare válido en cuanto a sus formas (art. 3639 Cód. Civil). Es decir que declarada esa validez hará entrega de las copias necesarias sin diligencia otra, porque nada dice en ese sentido el Código Civil.

Esto compagina con el texto del artículo 3650 del Código Civil en cuanto a que tiene fuerza de instrumento público y consolida los argumentos de sus defensores, por lo menos en nuestro derecho.

¿Quién ha de ser el que entregue las copias? ¿El juez? No, seguramente esa es función del secretario, vale decir, del escribano actuario.

En cambio, con respecto al testamento ológrafo cerrado no hay que hacer construcciones imaginativas porque es explícito el Código a tenor de la última parte del artículo 3692: "El Juez rubricará el principio y fin de cada una de sus páginas y mandará que se entregue con todas las diligencias hechas, al Escribano actuario y que se den copias a quienes corresponda."

Esto lo dispondrá el juez, naturalmente, después de declarar la validez en cuanto a sus formas (art. 3639 Cód. Civil); las actuaciones pasan al escribano actuario, quien dará copia a quienes corresponda.

¿Copia de qué? Copia del testamento ológrafo y copia de las diligencias producidas y del auto que lo declara válido.

El artículo 3692 del Código Civil no impone la protocolización. No lo dice en ninguna parte ni hay por qué deducirlo. Más aún, ¿cómo va a ordenar tal cosa el artículo si el escribano actuario, que no es otro que el secretario del Juzgado, no tiene registro en cuyo protocolo asentar el acta de protocolización!

El hecho de que en alguna época los secretarios de juzgado ejercieran también el notariado, no debe confundirnos. Desempeñaban dos funciones bien diferenciadas. Una como escribano actuario, es decir, secretario del juez, con ejercicio de fe judicial; y otra, como escribano titular de un registro de escrituras o de "contratos públicos", como se les denominaba entonces, ejercitando fe notarial. A pesar de que algunos tenían su notaría en la propia oficina de la secretaría del juzgado, las dos funciones eran totalmente independientes. Si Vélez hubiera querido la protocolización del testamento ológrafo, hubiese hecho mención al escribano de registro y no al escribano actuario.

Borda asienta con drasticidad: "El artículo 3691 dispone que el testamento ológrafo debe siempre ser protocolizado". Pero eso lo dice Borda y no el artículo 3691 que determina: "El testamento ológrafo y el cerrado deben presentarse tales como se hallen al Juez del último domicilio del testador" y nada más. El artículo que dispone la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

protocolización es el 3695, pero para el testamento cerrado y no para el testamento ológrafo, sea abierto o cerrado.

Es, pues, inexacto que el Código Civil ordene la protocolización del testamento ológrafo.

Esto es lo que, breve y jugosamente, dice Villalba Welsh en su dictamen y que nos ha parecido oportuno desarrollar más extensamente.

IV. La norma procesal anterior

La ley ritual -como también señala Villalba Welsh- fue la que dispuso la protocolización.

Pelosi es amplio y detallista en la enumeración de textos procesales y costumbres determinantes de la necesidad de la protocolización del testamento ológrafo. Como bien dice, se hizo normativo protocolizar el testamento y el expediente judicial.

No cabe duda que hasta 1967, época en que se sanciona el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, correspondía protocolizar al testamento y las diligencias, vale decir, también el expediente judicial.

Es momento de hacer una comparación que afianza el concepto de que la necesidad de protocolizar deviene de las leyes procesales y no del Código Civil.

El Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, presentado por Juan Antonio Bibiloni a la Comisión redactora, al referirse a la apertura y protocolización del testamento ológrafo, modifica el texto del artículo 3692 del Código Civil, así: "El testamento ológrafo será presentado al Juez, en el estado en que se encuentre y si estuviese cerrado será abierto por él. Se procederá al examen de testigos que reconozcan la letra y firma del testador. Si afirmasen la identidad, el Juez hará constar el estado del testamento y si contuviese la fecha y no estuviere rasgado o testado o cancelado en su cuerpo, fecha o firma, rubricará el principio y fin de cada una de sus páginas y mandará protocolizarlo por escribano público. Se darán copias a quienes corresponda. En otro caso negará la protocolización, sin perjuicio del derecho de los interesados, para deducir las acciones que les correspondan" (Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, t. IV. Sucesiones, pág. 471). Ahora sí que cabría la afirmación de que es necesaria la protocolización el texto proyectado es claro y definitivo. Y, por el contrario, por oposición de un texto y otro, resulta que de la redacción del artículo dada por Vélez no se desprende esa obligatoriedad.

No es, consecuentemente, el Código Civil que ordena la protocolización de los testamentos ológrafos. Si se hizo así, fue porque de tal modo lo ordenaba el art. 717 del Código de Procedimientos de la Capital: "Practicadas esas diligencias, el Juez las mandará protocolizar en el registro que designe ordenando al mismo tiempo que se den a los interesados los testimonios que pidieren". E igualmente el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, cuyo art. 851 copia el 717 del Código Procesal capitalino con el solo agregado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que la protocolización se hará en el registro que designe la parte".

V. El procedimiento actual

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dictado en 1967, unificó el procedimiento para la protocolización de los testamentos, sean cerrados u ológrafos.

Este Código Procesal incidió sumamente en los códigos procesales de las provincias. Bien sabemos cómo la legislación sancionada en la Capital Federal con carácter local ejerce marcada influencia en la legislación provinciana. Y, en el caso de este Código, por las circunstancias políticas del país, mucho más.

El artículo 731 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, referido a ambos tipos de testamentos, indica: "Si los testigos reconocieren la letra y firma del testador, el juez rubricará el principio y fin de cada una de las páginas del testamento y designará un escribano para que lo protocolice". De suyo, para que protocolice lo que el artículo señala: el testamento y nada más que el testamento.

Asidos al texto procesal vigente en la Capital Federal, con la significativa influencia que de manera deliberada se le quiso dar en el país y que se revela en la propia denominación de Código "de la Nación", la coincidencia con todos los preopinantes es plena: sólo hay que protocolizar el testamento.

Las sugerencias del consejero Falbo (punto IV de su dictamen) vinculada con el acta de protocolización y sus constancias y también las acotaciones del consejero Pelosi (punto IV de su dictamen) son de aquilatarse merecidamente, pero hacen tangencialmente a la temática. Ello juega en otro campo, cuya importancia está directamente conectada con la función notarial en su faz cautelar y prudente.

VI. Cautela y prudencia notarial

Paralelamente a lo que dispone la ley, sin duda que es constructivo protocolizar todo cuanto en el futuro contribuya a neutralizar ataques al testamento protocolizado. Los abundantes argumentos del dictamen del Consejero Falbo, ratificados por el consejero Pelosi, torna innecesario extendernos en más consideraciones.

Bajo ese enfoque, aceptamos con plenitud todo cuanto enuncian porque hace típicamente a la función notarial: empero es preciso asentar que esas argumentaciones, y no la ley, constituyen el solo motivo que aconseja protocolizar todo el expediente.

VII. Declaración de validez del testamento ológrafo

El tema ha sido rozado y aunque no hace al estudio del objeto de este expedientillo, damos nuestra opinión.

Entendemos que hay dos instancias posibles en lo concerniente a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

validez del testamento ológrafo. Una con respecto a su forma; otra relacionada con su contenido.

La referida a su forma es la que regula el artículo 3639 del Código Civil, según lo enuncia "El testamento ológrafo, para ser válido en cuanto a sus formas. debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de esas formalidades lo anula en todo su contenido". Y quien ha de juzgar sobre su validez formal es el juez del último domicilio del testador (artículo 3691 del Cód. Civil).

Que el testamento sea declarado válido en cuanto a sus formas, no obsta a que, posteriormente, pueda ser cuestionado su contenido. Creemos que el procedimiento no ha cambiado y que la declaración de validez formal debe ser anterior a la protocolización. Coincidimos con el dictamen de Pelosi.

Sin embargo, el enfoque que hace Solar; no carece de fundamento, ya que el artículo 733 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dice lo que sostiene Solar. Pero aquí juega, sí, muy oportunamente, el comentario de Ayarrazaray y de Gregorio Lavié que cita Pelosi (punto IV de su dictamen) sobre el nuevo Código Procesal de la Nación en el sentido de que "las nuevas normas son deficientes y que las omisiones de que padecen deben ser salvadas por el contenido del Código Civil (arts. 3690 a 3695) ".

En este caso, sí, efectivamente, hay una disposición de fondo (arts. 3639 y 3691 Cód. Civil) que impone la declaración de validez formal como actividad del juez anterior a la iniciación del juicio testamentario y ante ella tiene que ceder la redacción confusionista del art. 733 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Eso explica que los agentes fiscales continúen exigiendo ese requisito (dictamen Pelosi, punto V).

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO FERRARI CERETTI

De los dictámenes precedentes surgen dos corrientes aparentemente contradictorias.

Para Silva Montyn, Solari, Villalba Welsh y Pondé, sólo debe agregarse el testamento en el acta de protocolización dispuesta por la ley 11846.

En cambio, Falbo y Pelosi se inclinan por la tesis conservadora y protectora de los documentos, entienden que debe protocolizarse todo el expediente, o por lo menos relacionárselo.

El suscripto se inclina por esta última postura, que es la tradicional, anterior a la ley 11846.

El argumento del extravío alarmante de los expedientes judiciales es más que valedero para seguir el procedimiento de los vicios y meritísimos escribanos.

La jurisprudencia había establecido que: la protocolización consiste en... agregar y transcribir en la escritura pública que deberá labrar el escribano (J.A., 1946. pág. 705)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

También, que corresponde que se transcriba en idioma original y su traducción, en el caso planteado por el escribano Rezzónico Nosedá, por resolución de la mayoría del Tribunal que suscribieron Salvat, Juárez Celman, Gigena, Lagos, Casabal y Campos –en disidencia, Senillosa, Loza, Pera y Colmo (J.A., t. 19, pág. 1122).

La Cámara Civil, por abordada de 7/5/934 (José Máximo Paz, Repertorio de derecho notarial, pág. 230 N° 108) también había dicho, con antelación a la ley 11846: la operación de protocolización consiste en la agregación al protocolo del documento objeto del acto, y en su transcripción en la escritura pública que deberá extender el escribano (Cód. Civil, art. 1003 y ley 9151).

Por su parte el Colegio de Escribanos (R. del N., N° 410, pág. 474) determinó el alcance de la ley 11846, estableciendo que:

"Con la agregación al protocolo de los documentos originales, cuya protocolización se dispone por mandato judicial, se llenan todos los fines de la ley, no siendo necesaria su transcripción.

"La misión notarial queda cumplida al extender el acta que contenga los datos que dejen individualizado el documento de que se trata y el mandato judicial que lo ordena".

"La ley 11846 importa una modificación a las disposiciones pertinentes del Código Civil relativas a las escrituras públicas".

El Código Civil, en los arts. 3690 a 3695, no distingue, como afirma el consejero Pondé, el testamento ológrafo que él llama "abierto", del cerrado.

El título de ese capítulo V es bien claro: "De la apertura, publicación y protocolización de algunos testamentos".

Igualmente el art. 3692: el testamento ológrafo, si estuviere cerrado.

¿Es que el testamento cerrado por esa circunstancia deja de ser ológrafo?

El mismo codificador da la respuesta en el art. 3670: El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo él escrito y firmado por el testador.

Luego las disposiciones procesales del Código Civil contenidas en los indicados artículos valen tanto para uno como para otro.

Las disposiciones rituales, art. 717 de la Capital Federal y 851 de la Provincia, no hacían más que completar la ley de fondo.

Igual cosa ocurre ahora con la ley nacional 17454, art. 731 y la provincial de Buenos Aires, art. 740, que sólo ordenan la protocolización.

Pienso con Pelosi que el art. 3092, Cód. Civil debe primar sobre las disposiciones locales, y con Falbo, que agregando todas las piezas del expediente se evitan dudas sobre la interpretación de la ley.

Finalmente, que los escribanos, velando por su deber primordial de dar seguridad a los instrumentos que otorgan, deben por lo menos relacionar y transcribir las piezas de autos que revisten carácter primordial y tienden a la validez del testamento, si el juez no dispone la protocolización de todas las actuaciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No me expido sobre las demás cuestiones que plantean los consejeros preopinantes por considerarlas ajenas al tema planteado.