

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho de arrepentimiento aparecen como indivisibles, ya que las partes habían pactado sobre el todo y no sobre la participación de los cónyuges en el bien individualmente consideradas.

Consecuentemente "las obligaciones indivisibles no pueden constituirse respecto de un objeto común a muchos, sino con el consentimiento de todos los condóminos" (7)(488).

Pero también puede justificarse la solución del tribunal por medio de las reglas de la sociedad conyugal, sin apelar a las del condominio.

La administración y disposición del inmueble enajenado correspondía en forma conjunta a ambos cónyuges. Y, por ello, el ejercicio por uno solo de ellos de la facultad de arrepentirse aparece como insuficiente. Máxime cuando la regla es la indivisibilidad.

5. UNA PEQUEÑA PIRUETA SOBRE EL LENGUAJE Y LAS NATURALEZAS JURÍDICAS

La asimilación de la sociedad conyugal a un condominio que realiza el fallo en análisis es correcta en el contexto del caso.

De ningún modo puede generalizarse al punto de aplicar las reglas del condominio, art. 2673 y sig., de manera masiva e indiscriminada a la regulación del régimen de bienes del matrimonio, sobre todo antes de la disolución de la sociedad conyugal.

Debe tenerse especialmente en cuenta la influencia que las particulares reglas y finalidades del derecho de familia otorgan a la institución y el matiz que señalamos al principio de nuestro comentario. De existir un condominio en la sociedad conyugal, éste es de tipo germano, atento al particular vínculo de carácter personal que liga a los cónyuges. De ningún modo un condominio romano puro y simple.

De extremarse el razonamiento de asimilación total, la posibilidad de pedir la partición en cualquier momento que brinda el art. 2692 destruiría toda idea de regulación particular y permitiría liquidar en forma parcial y forzosa la sociedad conyugal en supuestos no previstos por la ley.

IV TESTAMENTO. Nulidad. Actos propios. Capacidad de los testigos. ESCRITURA PÚBLICA. Falsedad ideológica. Abuso de firma en blanco. Nulidad

DOCTRINA: 1) Quien ejecuta un testamento no puede luego plantear su nulidad, por obstar a ello la doctrina de los propios actos.

2) Si bien uno de los testigos del testamento era menor de edad, al no poder cuestionarlo quien lo ejecutó, no puede decretarse la nulidad del mismo y queda así confirmado el testamento y la institución de herederos que contiene.

3) La falsedad de la escritura tratada y motivo del fallo en sede penal comprende a la civil (art. 1202, Cód. Civil).

4) El mandato irrevocable que no se ajusta a los requisitos del art. 1977, Cód. Civil, por carecer de limitación temporal afecta por ello el art. 953 y por ende en el caso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

corresponde admitir la querrela de falsedad ideológica y decretarse la nulidad de la escritura. P.D.L.

Cámara Civil y Comercial de San Martín, - Sala 1ª.

Autos: "Bula, Enrique H. c/, Losada, Clotilde y otros". (*) (489)

2ª INSTANCIA - San Martín, octubre 9 de 1991.

1ª - ¿Son justas las sentencias recaídas en las causas 29.287, 29.288 y 29.289?

2ª - ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. - La doctora Biocca dijo:

1. Conforme lo dispuesto a fs. 703/ 704 de la causa 29.289, deberá dictarse sentencia única en los siguientes expedientes acumulados: "Losada, Clotilde Viviana c/Bula, Enrique Hipólito y ot. s/ nulidad de escritura" (Expte. E - 5474; causa N° 29.289); "Losada, Clotilde Viviana c/Bula, Enrique Hipólito s/ordinario" (Expte. E - 5678, causa N° 29.288), y "Bula, Enrique Hipólito c/Losada, Clotilde y ot. s/nulidad de testamento" (Expte. E - 6283, causa N° 29.287).

2. Apelan las partes la sentencia recaída en el primer expediente citado, a tenor de los agravios que expresan los demandados a fs. 684/686 y la actora a fs. 687/689, con réplica los primeros a fs. 693/ 694 y los segundos a fs. 691/692.

Asimismo, sostienen el recurso deducido contra la sentencia recaída en la segunda de las causas referidas, con los fundamentos que exponen los demandados a fs. 756/759 contestados a fs. 767/769 y la actora a fs. 761/763 contestados a fs. 765/ 766.

Por último, contra la sentencia dictada en el tercer expediente, que rechaza la demanda por nulidad de testamento y la reconvenición por revocación de un testamento anterior, deducen ambas partes el recurso que sostienen; el actor a fs. 1184/ 1194 contestado a fs. 1201/1206, y la accionada a f. 1198, con réplica a f. 1200.

Por razones metodológicas trataré en primer término los que constituyen el objeto del expte. E - 6283 sobre nulidad de testamento, para continuar luego con el E - 5678 sobre redargución de falsedad ideológica y material y concluir con el E - 5474 sobre nulidad de escritura.

3. Abordaré en primer término los agravios de la actora en el juicio sobre nulidad de testamento, y por tanto, corresponde analizar si es ajustado a derecho el rechazo de la acción que intentara, por aplicación de la teoría de los propios actos y del principio que sustenta el art. 1047 Cód. Civil, al privar del derecho a alegar la nulidad a quien conociéndola ha ejecutado el acto.

De los argumentos que fundan el fallo en este lema destaco el que se desarrolla en el consid. 11, pues en verdad el actor reconoce el carácter de herederos testamentarios a los actores en los autos "Losada c/Bula

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

s/nulidad de escritura" el 29/ 9/78 y en "Losada c/Bula s/ordinario" por redargución de falsedad, el 9/11/78.

En tales oportunidades pudo, conforme al art. 1058 bis, Cód. Civil, oponer la nulidad del testamento por vía de excepción o reconvención y no lo hizo, como tampoco antes inició la acción de nulidad, sino cuando la causa penal contra él incoada y en la cual resulta condenado, le hace temer con un alto grado de certeza, la pérdida de los bienes integrantes de la devolución testamentaria.

La impugnación por nulidad testamentaria resulta en definitiva un intento para retener lo derechos reales materia del despojo patrimonial que soportó el testador (causa penal cuya sentencia firme obra en los autos "Losada c/Bula" fs. 647/652).

Se ajusta así el obrar de mala fe del actor, que hasta entonces - como precisamos - conociendo el vicio que afectaba el testamento, no lo ataca ni por vía de acción o excepción, a la situación prevista en el art. 1047, Cód. Civil, como lo sostiene la sentenciante en su muy fundado fallo.

Cobra por lo dicho toda su fuerza la aplicada doctrina de los propios actos en atención a lo dispuesto en el art. 1047 cit. La norma en cuestión entrelaza la restricción que impone a quien ejecuta el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida, con la facultad del juez para declarar la nulidad aun de oficio, cuando ésta es absoluta.

En el caso, pese a encontrarse el actor impedido de actuar por esta restricción, su formulación debe ser materia de decisión y por tanto corresponde determinar cuáles son los alcances de la facultad atribuida al juez por la norma.

Es así que he de compartir el criterio de la judicante en cuanto la incapacidad por edad de uno de los testigos del acto, es en sí misma causal formal suficiente de nulidad (arts. 3654, 3696, Cód. Civil); la existencia de algún otro vicio formal - de dudosa procedencia por otra parte - no incide, pues no podría decirse que el testamento es más o menos nulo por ello. La nulidad es en ese orden una categoría absoluta.

Desestimo, por no haberse acreditado (arts. 474, 384, Cód. Procesal) las impugnaciones por nulidades intrínsecas, de suerte que lo invalidante es el vicio formal manifiesto por inhabilidad de uno de los testigos del acto.

Frente a ello, corresponde adentrarse en el fin teleológico del art. 1047 Cód. Civil, apartándose de todo espíritu meramente formalista, si la exageración de esta necesidad incuestionable repugna en definitiva a la razón jurídica que lo sostiene y el sentimiento moral que la califica.

Similar solución adoptan Fornieles, Tratado de las sucesiones, t. 2., ps. 257 y ss., y Borda, Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, p. 215, para evitar "no sólo el desconocimiento de la voluntad del causante, sino también el despojo de los herederos instituidos", o en el decir de Roquin "Constituyendo un ejemplo típico de la inflexibilidad bárbara con que los hombres de la ley se complacen en asombrar al pueblo".

Estas expresiones son de exacta aplicación al caso de autos, por tanto una diversa solución en el fallo, hubiera tornado en disvaliosa la aplicación de la ley, volviéndose contra sí en su explícito contenido ético (art. 1047, Cód.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civil).

En atención a lo resuelto precedentemente, los restantes agravios pierden entidad recursiva. De tal modo, queda confirmado el testamento y la institución de herederos que contiene, y con ello legitimados los demandados para deducir las nulidades que se ventilan en los otros dos expedientes acumulados.

4. A su turno la accionada se agravia exclusivamente por la imposición de costas, materia de la aclaratoria de f. 1177.

Cabe razón a la recurrente. De los consids. 13 y 14 surge que la reconvenición deducida por los hermanos del testador y del actor poseía simple carácter subsidiario para el supuesto de declararse la nulidad del testamento (presentación de fs. 146/148).

La intervención de los mismos es la de un adherente simple (art. 90 inc. 1, Cód. Procesal), y por tanto de parte accesorio, por lo que seguirá la suerte de la parte a quien apoyase conforme lo dispone el art. 91 Cód. Procesal, párr. 1.

Habiéndose rechazado la acción principal, el vencido en ésta deberá soportar las costas de la actividad procesal producida por los terceros intervinientes (arts. 68, 91, Cód. Procesal), como consecuencia del principio objetivo de la derrota.

5. En el Expte. E - 5678 por redargución de falsedad material e ideológica, agravia a los accionados el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el escribano Pedrazzini y que "no se haya decretado la validez de las escrituras públicas N° 183 y 257".

A su vez, agravia a la actora la falta de concreta resolución en el fallo respecto de la falsedad de la escritura pública N° 183 y de la escritura pública N° 257; pide la nulidad de las mismas y la correspondiente anotación en las matrices.

De los escritos por los que se acciona y de la evaluación de las pruebas producidas en autos, surge que tanto se redarguyó por falsedad material - supuesto probado de la escritura n. 183 - cuanto por falsedad ideológica - escritura N° 257 -, pero como resulta de la sentencia penal firme, recaída en la causa incoada, el escribano

Pedrazzini es condenado por falsificaciones de instrumento público en concurso real entre sí y en concurso ideal con estafa (fs. 647/652 y 661/665, del Expte. E - 5474 "Losada c/Bula s/nulidad de escritura"), su intervención encuadra a su vez en el abuso de firma en blanco respecto de Carlos Bula, en la escritura pública N° 257 (art. 1102 Cód. Civil) y como secuencia necesaria para subsanar la primera falsedad material en la escritura pública N° 183 y concluir con la falsedad de la escritura pública N° 9.

En este supuesto, en consecuencia, es suficiente razón la dada en el fallo en crisis, para rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Pedrazzini (art. 345 inc. 3, Cód. Procesal), debiendo adunarse a ella los fundamentos que daré más adelante al tratar la cuestión de la extensión al escribano de la responsabilidad por los daños.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Respecto de la escritura pública N° 183 de fecha 5/7/76, cabe razón a las partes en cuanto que debe resolverse la querrela de falsedad deducida. De los términos del fallo podría suponerse que la señora jueza adhiere a la tesis de la inoponibilidad y que, por ende, tratándose de una escritura falsificada el acto que instrumenta es inoponible, porque, en definitiva, una escritura de venta sin ninguna intervención del titular del derecho de propiedad, mediante actos dolosos de terceros, es una venta de cosa ajena; o podría deducirse, siguiendo otra corriente, que a su juicio se trata de un acto inexistente.

Pero, y más allá de la cuestión doctrinaria en cuanto a si el Código Civil admite la teoría de los actos inexistentes o, si como resulta de la nota al art. 1038, Cód. Civil, la falta de elementos esenciales queda, en nuestro sistema, subsumido en la teoría de la nulidad ésta debe ser declarada; tanto en el supuesto de la escritura pública N° 183, como en la que figura un poder irrevocable - escritura pública N° 257 - .

Esta declaración expresa de nulidad es necesaria pues lo contrario da lugar a la pretensión de validez que reclaman en esta instancia los accionados y podría constituir el inicio de un desbaratamiento de derechos (arg. art. 1046, Cód. Civil).

En la escritura N° 183 en cuestión, hay una esencial falsedad; ésta es: la firma atribuida a Carlos Bula, pues así lo dictamina el informe pericial concluyente de los calígrafos de parte y del perito calígrafo oficial (f.1.443; arts. 474 y 384, Cód. Procesal).

En consecuencia, corresponde admitir la querrela de falsedad deducida (art. 993, Cód. Civil).

La falsedad - como consecuencia de la maniobra para sustraer el bien del patrimonio de Carlos Bula - ha sido tratada y motiva el fallo en sede penal, y ella comprende a la civil (art. 1102, Cód. Civil).

Surge por tanto un seudo otorgante que hace una seudo declaración, falsificando la firma de Carlos Bula, titular del dominio del bien inmueble.

La escritura pública N° 3, de fecha 5/7/76, que obra en el folio 449 del Registro Público Notarial a cargo del escribano interviniente Gustavo A. Pedrazzini, es nula (arts. 973, 999, 976, 1004, 1037, 1044 y 1047, Cód. Civil) y así debe declararse, registrándose esta declaración en la escritura matriz y expedirse testimonio de la predicha escritura con la anotación de su declaración de nulidad.

La escritura pública N° 257, por la que aparece Carlos Bula otorgando un poder irrevocable de venta, es atacada por falsedad ideológica. En la causa penal mencionada precedentemente, el fallo destaca el abuso de firma en blanco; éste resulta de las manifestaciones de Carlos Bula en la escritura pública cuya copia obra a fs. 7/ 9 del Expte. E - 5474 y de las propias declaraciones del presunto mandatario Ortúzar, quien manifiesta a f. 135 vta., del sumario notarial agregado, que "no tiene conocimiento que Carlos Bula quisiera vender un inmueble a su hermano", elementos a los que aduno que la firma de Ortúzar en la escritura pública N° 9, en la que se utilizó el poder en cuestión, fue falsificada por el escribano Pedrazzini según surge de la sentencia penal condenatoria (art. 1102 cit.) y que el citado Ortúzar,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por esa época, trabajaba bajo las órdenes de la esposa del escribano Pedrazzini.

Todos los elementos conducen a una única conclusión, constitutiva de una presunción eficiente (art. 163 inc. 5, Cód. Procesal) para acreditar la indebida utilización de firma en blanco.

Esta escritura, mediante la cual aparece Carlos Bula otorgando poder irrevocable al señor Ortúzar, es una evidente "mentira técnica" que sin embargo no alcanza, según la concepción de Ihering a constituir una ficción jurídica.

Por otra parte, cabe destacar que el mandato instrumentado por el poder conferido, tampoco se ajusta a los requisitos que exige el art. 1977, Cód. Civil, carece de limitación temporal, por lo que afecta también al art. 953, Cód. Civil; máxime que no hay otro negocio jurídico principal o antecedente del cual pueda surgir la delimitación de plazo implícito.

Por ende, también debe admitirse esta querrela de falsedad ideológica y decretarse la nulidad de la escritura N° 257, Folio 612 del R.N. 20 (arts. 993, 1001, 1044, 1047, 1977, Cód. Civil), anotándose en la escritura matriz la nulidad decretada y expidiéndose testimonio de esta escritura pública con la anotación de esta nulidad.

La sentencia que decreta la nulidad de la escritura N° 9 de fecha 24/1/77 e inscrita en el Registro de la Propiedad inmobiliaria es también materia de agravio de ambas partes.

Pese al intento recursivo de los accionados, ha quedado fehacientemente probado que la firma atribuida a Emilio S. De Ortuzar como apoderado de Carlos Bula, en la escritura pública N° 9, es falsa (pericia caligráfica de fs.493/497 y explicaciones rendidas a f. 534; arts.474 y 384 Cód. Procesal) y que no puede afirmarse que medió confirmación, atento los claros términos de fs. 173/174, corroborados con las afirmaciones al absolver posiciones a f. 502 de Emiliano S. De Ortúzar y las demás declaraciones reseñadas ut supra al referirme a la escritura pública N° 257. Además, la nulidad por falsedad ideológica propiciada respecto de la escritura pública N° 257, invalida la cualidad de apoderado de quien en ella aparece instituido como tal, y hace jurídicamente imposible la convalidación del acto por parte del nombrado (art. 1060, Cód. Civil), lo que basta para rechazar esta pretensión.

Por consiguiente, es plena la acreditación de la falsedad material y es ajustada a derecho la sentencia que declara la nulidad de la escritura pública N° 9 de fecha 24/1/77 por la cual se intentó transmitir el dominio del inmueble ubicado en la calle Saavedra 171/177 y 87 nom. catastral circ. 1, sec. A, mza 9, par. 9; dominio inscripto bajo el N° 1396.

La sentencia que declara la nulidad deberá anotarse en la escritura matriz y en la pertinente inscripción registral, extendiéndose testimonio de la primera con anotación de su nulidad.

Corresponde desestimar los restantes argumentos de los accionados por inexactos e improcedentes.

Por último, corresponde analizar los agravios de la actora por el resarcimiento que reclama.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No media en autos prueba que permite extender los daños sufridos, de suerte que deviene pleno el resarcimiento por el reintegro del bien y de sus frutos civiles.

En cambio, cabe razón en cuanto limita la responsabilidad al codemandado Enrique Bula, siendo de aplicación al caso lo dispuesto en el Cód. Civil, art. 1107.

Ha quedado probado que los hechos materia del análisis precedente han sido extraños a la primigenia vinculación contractual entre Carlos Bula y el escribano Pedrazzini (la escritura ordenada en autos "Bula, Carlos c/Bula, Anselmo s/división de condominio" y un poder judicial a favor del doctor Biglieti), por lo que estos hechos ilícitos se producen en ocasión de la primera relación contractual aludida, pero introduciéndole unilateral e ilícitamente un objeto distinto al tenido en miras por el firmante (falsedad ideológica), y por tanto generan una responsabilidad extracontractual, en los precisos términos del art. 1107, Cód. Civil, y en tal sentido cabe tener en cuenta que al contestar los agravios así lo admiten los obligados (f.691 vta.). Por tanto, es de aplicación al presente lo dispuesto en los arts. 1081, 1082, 1083, Cód. Civil, debiéndose en la medida de los mismos, extenderse la condena del fallo apelado al escribano Gustavo A. Pedrazzini.

Por último, cabe acoger el agravio de la actora en cuanto a la fecha desde la cual deben reintegrarse los frutos civiles. En efecto, surge de la escritura pública N° 9, que Enrique Bula detentaba desde antes de la fecha de dicho instrumento la tenencia del bien y por tanto fijó como fecha de la obligación de restituir los frutos civiles la de la escritura pública N° 183, 5/7/76, cuya nulidad fue decretada y porque con ella se tomó la indebida posesión del inmueble iniciándose la maniobra que desapodera a Carlos Bula del mismo, mediante la comisión de los delitos a que se refiere la sentencia penal (art. 1050, Cód. Civil).

Con el alcance dado, voto por la afirmativa.

Los doctores Mares y Cabanas votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. - La doctora Biocca dijo: Visto el resultado que arroja la votación a la cuestión anterior, corresponde: 1) Confirmar en lo principal que decide la sentencia dictada en el juicio por nulidad de testamento, modificándola en orden a las costas por la intervención de terceros, que se imponen al actor; 2) Confirmar parcialmente por ser ajustada a derecho, la sentencia recaída en autos "Losada, Clotilde Viviana y ot. c/Bula, Enrique Hipólito s/ordinario" (redargución de falsedad), modificándola y declarando la nulidad de las escrituras públicas N° 183, obrante en folio 449/450 del Registro Público Notarial San Marón N° 20 a cargo del escribano Gustavo A. Pedrazzini, de fecha 5/7/76, y N° 257, obrante al folio 612 del Registro Público Notarial de San Marón a cargo del escribano Gustavo A. Pedrazzini, de fecha 15/9/76, debiéndose inscribir en las respectivas escrituras matrices las nulidades declaradas y expedirse testimonio de las mismas con su anotación permanente; 3) Confirmar parcialmente la sentencia recaída en los autos "Losada, Clotilde Viviana c/Bula, Enrique Hipólito

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

s/nulidad de escritura" por ser ajustada a derecho, modificándola y haciendo extensiva la condena resarcitoria al escribano Gustavo A. Pedrazzini, fijando en el 5/7/76 la fecha de la obligación de restituir los frutos civiles del inmueble, que deberá reintegrarse a los actores; 4) Las costas de alzada quedan a cargo de los demandados vencidos (art. 68, Código Procesal).

Así lo voto.

Los doctores Mares y Cabanas votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos. - Stella M. Biocca - Horacio A. Mares - Raúl E. Cabanas.

Ver comentario siguiente(490)

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

EMILIO PATRICIO NAVAS Y RAÚL FRANCISCO NAVAS (H.) (**)(491)

SUMARIO

1. El problema de la norma aplicable al caso. 2. La directiva del artículo 16 del Código Civil. 3. La balanza de Abelardo. 4. Un intento de reconstrucción de los hechos. 5. Un viejo conocido: el fraude a la ley. 6. El valor del precedente. 7. Conclusiones provisionarias.

1. EL PROBLEMA DE LA NORMA APLICABLE AL CASO

La sugestión de la existencia de una "regla de reconocimiento" para detectar la norma general aplicable a la solución de cada caso concreto que plantea Hart (1) es verdaderamente subyugante.

Buena parte de ello es el desarrollo e importancia que le asigna Fikentscher (2)(492) en su teoría de la "norma aplicable al caso", entreviendo la posibilidad de resolver por su intermedio el problema que plantea en la actualidad la imperiosa necesidad de unificar los derechos de cuño anglosajón y continental europeo, como consecuencia de la integración alcanzada por la Comunidad Económica Europea.

Intentamos resumirla: La solución de un litigio no se encuentra directamente en una única norma legal, sino que la norma aplicable al caso debe generarse de una combinación de disposiciones concordantes que deben ser previamente detectadas.

A primera vista se trata de un problema del derecho anglosajón. La necesidad de encontrar un "precedente" y de justificar su validez.

Pero en la visión que adoptamos para redactar este comentario es el detonante necesario para volver a analizar la jurisprudencia como fuente de derecho (3)(493).

Como última aclaración previa vale intentar precisar los límites del término "fuente de derecho" ayudados por la autoridad doctrinaria de Karl Larenz: "Los precedentes, y el «derecho judicial» de ellos precedente, pueden, por ello, si los siguen los tribunales y el tráfico jurídico se orienta por ellos, conseguir la misma vigencia fáctica o efectividad que una ley.