

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pactada. De los términos de la resolución recurrida surge que el tema ha sido considerado con el alcance que de allí surge, esto es, la improcedencia de que tal capítulo pueda servir de sustento a la defensa de inhabilidad de título. Sin perjuicio de ello la tasa consignada en el mutuo, del 20% anual entre intereses compensatorios y punitivos, excede los límites admitidos por este tribunal.

En efecto, debe puntualizarse que en forma reiterada esta Sala ha decidido que la facultad de morigerar los mismos, puede ser incluso ejercitada de oficio cuando la establecida resulta abusiva y contraria a las buenas costumbres (conf. "Banco Popular Arg. SA, c/Pereyra, Jorge R. y ot. s/ ejec." del 27/2/92, entre muchos otros).

Ello sentado, y siendo que esta Sala admite una tasa máxima del 15% anual comprensiva de intereses compensatorios y punitivos sobre el capital actualizado (v. 8/6/84, "Bodegas y Viñedos Santa Ana c/Spiridon, Kolovos", ED, 110-600, entre muchos otros) se hará lugar a la queja con el alcance que infra se dirá.

En razón de todo lo expuesto se modifica el decisorio apelado fijándose una tasa del 15% anual comprensiva de ambos intereses. Las costas deberán ser soportadas por la contraria respecto de lo admitido y por la accionante en aquello que fue desestimado.

III. Por último en lo relativo al rechazo de la excepción de pago parcial opuesta, no se hace cargo el recurrente del argumento medular tenido en consideración por el señor juez a quo, esto es la falta de debida correspondencia entre los instrumentos acompañados para fundar la defensa y la deuda aquí ejecutada. Y ello en tanto los primeros fueron emitidos con anterioridad a la formalización del mutuo, luego no podrían ser los mismos imputados a una deuda posterior. Lo expuesto sella entonces la suerte del recurso.

Por ello, se confirma lo decidido al respecto a fs. 180/81. Con costas (art. 69, Cód. Proc.). La señora juez de Cámara Isabel Míguez de Cantore no interviene en la siguiente actuación por hallarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Devuélvase a primera instancia encomendándose al señor juez a quo disponga las notificaciones pertinentes. - Manuel Jarazo Veiras. - Carlos Viale (Prosec.: Susana M.I. Polotto).

VI SUCESIÓN. Testamento ológrafo. Fecha incompleta. Impugnación. Nulidad del testamento

DOCTRINA: 1) La circunstancia que el legislador, al hablar sobre la fecha en el testamento ológrafo -art. 3639, Cód. Civil-, no haya exigido la indicación precisa del día, mes y año, demuestra que ha querido dejar a los jueces más libertad para pronunciarse sobre los errores u omisiones que se deslizan en las fechas.

2) El artículo 3643 in fine del Cód Civil permite otorgar validez al testamento, sin que la fecha completa conste en él al admitir pruebas fuera del testamento, por lo que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

expresión completa de día, mes y año no es un requisito formal.

3) Cuando se impugna un testamento por no consignar la fecha completa, no es suficiente invocar que la forma no se ha cumplido, puesto que no se trata del incumplimiento de una formalidad, sino que es necesario reclamar la nulidad testamentaria basándose en la falta de capacidad del testador o en la revocación del testamento por otro ulterior en una época no consignada en el testamento (por ej. por falta de indicación del día o del mes), siendo en estos casos la cuestión decidida por el momento en que se confeccionó el testamento.

4) La invalidez del testamento ológrafo no puede ser decretada por el a quo de oficio y sin que nadie la invocara, puesto que en la validez o nulidad de un testamento lo único que está en juego son los intereses particulares de los eventuales herederos, no habiendo en juego ningún interés público y la nulidad, de existir, es siempre relativa.

5) Resulta imprescindible para poder invalidar un testamento ológrafo por insuficiencia de la fecha, la promoción de la nulidad o pretensión de invalidez por parte legitimada para ello, quien tendrá que invocar y probar que no es verdadera y que la inexistencia es obra de una falsedad deliberada del testador.

6) Anular un testamento ológrafo, porque se desconoce el día en que fue otorgado - pero sí se conoce el mes y el año -, importa dar a la exigencia de fecha una rigidez que no tiene y equivale a asignar a cada uno de sus elementos integrantes (día, mes y año) la categoría de formas independientes en sí mismas, cuya omisión parcial acarrearía la nulidad del acto.

7) La ausencia sólo del día en la fecha de un testamento ológrafo, no produce su nulidad cuando no se encuentra impugnado por la incapacidad del testador al tiempo de la confección, o cuestionado por la existencia de otro testamento ológrafo posterior.

8) Cuando se impugna un testamento por no consignar la fecha completa, no es suficiente invocar que la forma no se ha cumplido, puesto que no se trata del incumplimiento de una formalidad, sino que es necesario reclamar la nulidad testamentaria basándose en la falta de capacidad del testador o en la revocación del testamento por otro ulterior en una época no consignada en el testamento.

Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala II.2º INSTANCIA. - Morón, junio 18 de 1992.

1º ¿Es arreglada a derecho la resolución apelada? 2º ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. - El doctor Suares dijo:

I. Antecedentes

1. Benigno Claros promovió la sucesión testamentaria de Augusto Angulo, fallecido el 8 de marzo de 1990, a cuyo fin acompañó un testamento ológrafo atribuido a éste por el que lo instituía como heredero. Dicho testamento llevaba como fecha "octubre 1989". Conforme con lo dispuesto por el art. 739 del Cód. de Proced. Civil y Comercial el juez de primera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instancia, en cuyo juzgado se radicó la sucesión, designó audiencia a la que comparecieron los dos testigos propuestos, quienes reconocieron la firma y letra del testador procediendo el juzgador a firmar y rubricar el principio y fin del referido testamento ológrafo, con la indicación sobre la inexistencia a simple vista de enmendaduras, raspaduras o interlineaciones -fs. 46 vta.-.

2. A fs. 49 vta. y 57 se procedió a la designación del escribano para proceder a la protocolización del testamento -art. 740, Cód. de Proced. Civil y Comercial- diligencia que se materializó el 29 de julio de 1991 por intermedio de la notaria Graciela I. Argondizza de Cerratto, según consta en el primer testimonio obrante a fs. 67/68 de estos autos.

3. Requerido por el heredero instituido la declaración formal sobre la validez del testamento conforme el art. 743 del Cód. de Proced. Civil y Comercial el a quo, de oficio, declaró a fs. 72 la invalidez del referido testamento ológrafo. Para así decidirlo consideró el juzgador que en aquél no se mencionaba el día en que fuera suscrito por el causante, ni tampoco contenía una mención perfectamente equivalente y precisa de ella que fije la fecha de manera cierta y que supla tal omisión. Citó los arts. 3639, 3642 y 3643 del Cód. Civil y jurisprudencia coincidente con dicho criterio.

4. Apeló a fs. 75 el heredero instituido, recurso que le fue concedido en relación, fundando sus agravios a fs. 76/78. A fs. 80 se dictó la providencia de autos, la que se suspendió en virtud de lo resuelto por el tribunal a fs. 81, por lo que se dispuso correr traslado al fiscal de Estado de la provincia de Buenos Aires, ante la presunción a que alude el art. 11 del dec.ley 7322/67 y lo dispuesto por el art. 1° del dec.-ley 7543/69 y sus modificatorias.

A fs. 88 y vta. se presentó el delegado del fiscal del Estado ante este Departamento Judicial, quien manifestó que hasta tanto no se pronunciara este tribunal sobre la resolución apelada, su representada no se consideraba legitimada para tomar intervención en estas actuaciones, y que en el supuesto de confirmarse la resolución recurrida y ante la existencia de un sucesorio presuntamente vacante así declarado, correspondería otorgar nueva vista a efectos de proponer curador provisorio de la herencia.

A fs.89, punto II se reanudó el llamado de autos, resolución que, debidamente notificada, ha quedado firme, y ha dejado la causa en condiciones de resolver.

II. Las quejas

Considera el crítico que el pronunciamiento resulta equivocado al no diferenciar falta de fecha, de una data incompleta, lo que habría desembocado en una resolución injusta.

Sostiene el recurrente, con fundamento en doctrina de nuestro Superior Tribunal provincial, que la ausencia sólo del día, en la fecha de un testamento ológrafo, no produce su nulidad cuando no se encuentra impugnado por la incapacidad del testador al tiempo de la confección, o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuestionado por la existencia de otro testamento ológrafo posterior. Cita párrafos de los votos de los jueces preopinantes de la Suprema Corte de Justicia de fecha 3 de octubre de 1961 in re "Lahourcade c/ Lahourcade" y el voto en disidencia del ex juez de la Cámara Civil doctor Tobal y afirma el apelante que el art.3639 del Cód. Civil requiere que el testamento esté fechado, pero no exige como condición para su validez que la fecha se determine con aquella precisión. Recuerda la opinión de Fornieles y trae como precedente lo dispuesto por el Código Civil italiano y la doctrina esbozada en dicha República y concluye afirmando la validez del testamento de autos y reclamando la revocatoria de la resolución en crisis. Deja abierta la vía normada por el art. 14 de la ley 48.

III. La solución

1. Dispone el art. 3639 del Cód. Civil: "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 algunas de estas formalidades lo anula en todo su contenido".

Por su parte el art. 3642 establece: "Las indicaciones del día, mes y año en que se hace el testamento, no es indispensable que sean según el calendario: pueden ser reemplazadas por comunicaciones perfectamente equivalentes, que fijan de una manera precisa la fecha del testamento".

A su vez, el art. 3643 indica que "Una fecha errada o incompleta puede ser considerada suficiente, cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador, y existen en el testamento mismo, enunciaciones o elementos materiales que fijan la fecha de una manera cierta. El juez puede apreciar las enunciaciones que rectifiquen la fecha, y admitir pruebas que se obtengan fuera del testamento".

Ello sentado, resulta necesario precisar que en el caso de autos, no estamos ante un testamento ológrafo carente de fecha -art.3639, Cód. Civil - sino ante un supuesto de fecha incompleta, en donde se ha consignado el mes y el año, pero no el día.

2. Recordaba Santiago Fassi en su Tratado de los testamentos, vol I, pág.144 y sgts. que en el antiguo derecho francés la fecha no constituía una de las solemnidades del testamento ológrafo y que recién la Ordenanza de 1735 exigió la fecha integrada por el día, mes y año, agregando que "desde entonces la eficacia del testamento dependió de encontrarse fechado, no siendo suficiente una fecha incompleta por falta de uno o dos de sus enunciados". Esta exigencia se mantuvo después de la codificación, no obstante que el art. 970 del Cód. Napoleón no estableció expresamente que la fecha estaba integrada por el día, mes y año. Recuerda el jurista, que el art. 3639 de nuestro Código ha seguido el modelo francés que no incluye expresamente las tres enunciaciones pero que ello surgiría del art. 3642, lo que estaría corroborado con las citas de Aubry y Rau, Troplong y Durantou quienes coincidirían "en que la formalidad del testamento denominada fecha, consiste en la enunciación del día, mes y año".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El problema se ha creado según Fassi, porque también el Codificador ha citado a Coin-Delisle sobre el art. 970 del Cód. Civil francés, pues éste sostenía "una tesis original, tendiente a flexibilizar la rigidez del principio restándole a la triple mención el carácter de solemnidad, sobre todo cuando no es útil para resolver una controversia sobre la capacidad, no hay testamentos sucesivos ni otra causa en que la fecha completa pueda tener influencia decisiva".

Juan C. Rébora afirmaba que la fecha no estaría perfectamente expresada "si faltase totalmente la indicación del día", y cita en tal sentido un fallo de la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal del 5/12/27 publicado en JA, t.26-1132 y de la Corte de Casación Francesa, Sala de Recursos del 7/3/1898 publicado en Dalloz, R.P., 1898-1, 214 (confr. Derecho de las sucesiones, t.2º, pág. 286).

Héctor R. Goyena Copello considera que "una cosa es probar la verdadera fecha, y otra suplir lisa y llanamente una omisión del testador" y estima que "el art. 3642 es lo suficientemente claro como para pretender que la fecha no se compone de día, mes y año", y critica la opinión de Fornieles afirmando que "la fecha es una cosa, y sólo como tal puede formar parte de un testamento válido, si no es tal no es nada, y no se puede recurrir a fallos extranjeros con otros textos legales, ni a sentimentalismos del heredero despojado, porque quien hizo un testamento aparente que no reúne los requisitos necesarios para ser tal, ni testó ni benefició a nadie, así que a nadie se despoja" (contr. Tratado de derecho de sucesión, t. II, págs. 76/8).

Sin embargo, Fornieles recordaba que nuestro Código, a diferencia de otras legislaciones, no dice que la fecha se componga del día, mes y año: habla de la fecha y nada más y que la circunstancia que el legislador no haya exigido la indicación precisa del día, mes y año, demuestra que ha querido dejar a los jueces más libertad para pronunciarse sobre los errores u omisiones que se deslizan en las fechas. Respecto de este vocablo, ya en el terreno jurídico, nada impediría que se le dé una significación menos rígida para acomodarla al servicio que desempeña en los testamentos, ya que con un criterio estricto nos expondríamos a injusticias irreparables, agregando que cuando una formalidad se nos aparece vacía de contenido, es irritante prescindir por ella de la voluntad del testador y arrebatarse los bienes a su verdadero dueño para dárselos a quien el causante no quiso que pasaran. En semejante situación, el juez está en el deber de abrazar aquellos argumentos que satisfacen a la verdad y a la justicia, cuando son razonables, tienen algún apoyo de autoridad y no chocan con el texto expreso de la ley confr. Fornieles, Sucesiones, t. 2, N° 350-.

El doctor Guillermo Borda en su Tratado de derecho civil -Sucesiones-, t. II, págs. 243/44, luego de citar la opinión de Fornieles y de la jurisprudencia de la SCJBA y de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Mercedes, se manifiesta decidido partidario de la solución amplia en los supuestos de una fecha expresada con mes y año pero no con día, admitiendo no obstante dos excepciones: "si dentro del mes en que el testamento está fechado, el testador cayó en interdicción (o ella le fue levantada); o dentro de ese mes hay otro testamento del mismo causante, el defecto del día

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debe considerarse suficiente para la nulidad. En el primer caso porque no se sabe si lo otorgó siendo capaz; en el segundo, porque debe darse prioridad, o mejor dicho, debe reputarse hecho posteriormente el testamento en el cual la fecha ha sido expresada en forma completa".

José Luis Pérez Lasala, por su parte, luego de citar los arts. 3639 y 3642 del Cód. Civil expresa: "Ahora bien: para nosotros, esta exigencia formal no implica que la fecha tenga que constar en forma completa, es decir, indicando día, mes y año, sino que basta que haya una fecha, aunque ésta sea incompleta o no sea verdadera... El art. 3643 in fine permite otorgar validez al testamento sin que la fecha completa conste en él (ya que admite pruebas fuera del testamento) y está indicando que la expresión completa de día, mes y año no es un requisito formal, pues si lo fuera, el testamento tendría que ser nulo, ya que no aparece en el acto. Si la indicación completa de la fecha no forma parte de la teoría de las solemnidades del testamento, se vincula con cuestiones de fondo, que deciden la validez del testamento en virtud de la fecha precisa, es decir, con cuestiones referentes, principalmente, a la capacidad del testador y a la revocación del testamento. Por eso «cuando se impugna un testamento por no consignar la fecha completa» no es suficiente invocar que la forma no se ha cumplido, «puesto que no se trata de incumplimiento de una formalidad, sino que es necesario reclamar la nulidad testamentaria basándose en la falta de capacidad del testador o en la revocación del testamento por otro ulterior en una época no consignada en el testamento (p.ej. por falta de indicación del día o del mes)»; en esos casos, la cuestión, ajena a la formalidad en sí, es decidida por el momento en que se confeccionó el testamento" - autor citado en Curso de derecho sucesorio, págs. 629/30 (volveré sobre los párrafos que he encomillado).

3. No obstante la controversia doctrinaria que he tratado de presentar a través de sus más prestigiosos exponentes, y de compartir las tesis que han defendido Fornieles, Borda y Pérez Lasala, y que además ha seguido la Suprema Corte de Justicia de nuestra provincia in re: "Lahourcade de Carrillo, Clotilde c/ Lahourcade de Gurruchaga Marín, A.M., suc." de fecha 3/10/61 -AyS., 1961-IV, 365; DJBA, t. 64- 129 y ED, t.2-165/8-el caso de autos presenta características especiales que hacen a mi juicio insoslayable la procedencia de la queja.

Como surge de los antecedentes reseñados en el primer capítulo de este voto, la invalidez del testamento ológrafo de Augusto Angulo ha sido decretada por el a quo de oficio, y sin que nadie la invocara.

Con todo acierto Guillermo A. Borda, al criticar un fallo de la Corte Suprema de Salta del 2/11/77 publicado en JA, 1978-III, 49 con nota de Ferrer, sostenía que "Lo sorprendente de este fallo es que el tribunal decretó de oficio la nulidad, sosteniendo que es de orden público. Se trata de un grave error. En la validez o nulidad de un testamento lo único que está en juego son los intereses particulares de los eventuales herederos: no hay en juego ningún interés público. Por consiguiente, es obvio que la nulidad, de existir, es simplemente relativa, y que, por tanto, no puede ser declarado de oficio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por los jueces" -confr. Sucesiones, t. II, pág. 242-.

No se ha presentado en autos ningún presunto heredero -ni ab intestado ni testamentario cuestionando el testamento ológrafo del causante; ni se ha cuestionado en momento alguno la capacidad del testador invocándose que dentro del mes de octubre de 1989 carecía de los requisitos exigidos por los arts. 3606, 3614, 3615, 3616 y 3617 del Cód. Civil; ni se ha denunciado la existencia de otro testamento fechado en ese mismo mes que pueda haber revocado el protocolizado a fs. 67/ 68, ni ha sido impugnado por parte interesada, por alguna otra causal de nulidad de testamento.

Como afirma Pérez Lasala, es necesario "reclamar la nulidad testamentaria basándose en la falta de capacidad del testador o en la revocación del testamento por otro ulterior en una época no consignada en el testamento"-ob. cit., pág. 630-.

No debe olvidarse que el art. 3643 del Cód. Civil establece que: "Una fecha errada o incompleta puede ser considerada suficiente, cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador...", apuntando Fassi, que participa de la doctrina invalidante, que: "Frente a una fecha inexacta, debe presumirse que hubo error y no mala fe, porque la buena fe se presume y al fraude hay que probarlo - Segovia, El Código Civil de la República Argentina, t. II n° 50, pág. 575; Cicu, Testamento, parág. 1, N° 6, pág. 49; Borda, t. II, N° 1175-1176, págs.242/243-; por lo tanto, al que impugna la fecha de un testamento, le incumbe probar que no es verdadera y, además, que la inexactitud es obra de una falsedad deliberada del testador", Tratado de los testamentos, vol. 1, págs. 155/6.

Ello está demostrando, que es imprescindible para poder invalidar un testamento ológrafo por insuficiencia en la fecha, la promoción de la nulidad o pretensión de invalidez por parte legitimada para ello, quien tendría que invocar y probar alguna de las causas ut supra referidas-art. 375, Cód. de Proced. Civil y Comercial-.

En el caso citado al comienzo de este apartado, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de este Estado, con fecha 3 de octubre de 1961, existía al menos impugnación de parte interesada; sin embargo, el más alto tribunal provincial declaró la validez de un testamento que - como el de autos - no precisaba el día en que fue suscrito. Sostuvo allí que "debe estarse siempre al respeto y cumplimiento de la voluntad de la testadora, cuando esa voluntad, como en el caso, se manifiesta clara y no surge duda sobre su mantenimiento ni sobre la capacidad del otorgante" -voto del doctor Fernández-, agregando el doctor Portas que "Anular el testamento de autos porque se desconoce en qué día del mes de mayo del año 1948 fue otorgado, importa dar a la exigencia de fecha, una rigidez que no tiene y equivale a asignar a cada uno de sus elementos integrantes (día, mes y año) la categoría de formas independientes en sí mismas, cuya omisión parcial acarrearía la nulidad del acto (véase parte transcrita de la nota al art. 3622)".

Trayendo un voto anterior del doctor Argañarás (A. y S., Serie 19a, 8-8) que la Corte hizo suyas, citó las palabras de Fornieles: "la fecha desempeña una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

doble función: cuando hay más de un testamento sirve a determinar cuál es el que prevalece ya que el último revoca al anterior, y cuando el testador ha atravesado por un período de incapacidad, nos indica si ha obrado fuera o dentro de ese período. Apartadas estas dos circunstancias, la fecha queda como una formalidad sin contenido, buena únicamente para provocar pleitos" confr. ED, 2-168-.

En otro precedente donde también medió demanda por nulidad de testamento ológrafo, la C. 2ª Civil y Com. de Mercedes, con fecha 21/7/64 declaró la validez del testamento aunque su fecha sólo estaba indicada por el año en que se lo redactó, pues no habiendo ningún otro testamento o no demostrándose incapacidad del testador, la fecha deja de revestir el carácter de una formalidad ineludible - confr. ED, t. 8-851/858-.

En autos, tampoco la Fiscalía del Estado, a quién se le confirió traslado a fs. 81, impugnó el testamento ni reclamó su invalidez, por lo que no existe interés legítimo en mantener la decisión del a quo de fs. 72, dispuesta de oficio sin petición de parte alguna legitimada.

En consecuencia, y de merecer la adhesión de mis distinguidos colegas, corresponderá revocar la resolución de fs. 72, debiendo el juez de la anterior instancia dictar la resolución a que se refiere el art. 743 del Cód. de Proced. Civil y Comercial. Sin costas, atento el carácter oficioso de la resolución revocada. Voto por la negativa.

El doctor Calosso por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando por la negativa.

El doctor Conde dijo:

Por tratarse de un supuesto de fecha incompleta, pues como se indica en el primer voto se consignó en el testamento mes y año y no el día, adhiero a la solución que en el mismo se propone, votando en esta cuestión por la negativa.

2ª cuestión. - El doctor Suares dijo:

Conforme ha quedado resuelta la primera cuestión, corresponde revocar la resolución de fs. 72, debiendo el juez de la anterior instancia dictar la resolución a que se refiere el art. 743, Cód. de Proced. Civil y Comercial.

Sin costas, atento el carácter oficioso de la resolución revocada. Así lo voto. Los doctores Calosso y Conde, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhieren votando en el mismo sentido.

Conforme al resultado obtenido en la votación de que instruye el acuerdo que antecede se revoca la resolución de fs. 72, debiendo el juez de la anterior instancia dictar la resolución a que se refiere el art. 743 del Cód. de Proced. Civil y Comercial.

Sin costas, atento el carácter oficioso de la resolución revocada. -Roberto C. Suares.- Severo J. Calosso.- Héctor N. Conde.

VII HIPOTECA. Constitución. Acreedor hipotecario. Tercero adquirente de buena fe.